



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1997, Vol. 3, Part 2

1997, Vol. 3, 2^e fascicule

Cited as [1997] 3 F.C., 235-495

Renvoi [1997] 3 C.F., 235-495

Published by

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

Editorial Board

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

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

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

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager
LAURA VANIER

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 1997.

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Court Reports should be directed to the Executive Editor at area code 613-995-2706.

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

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

Publié par

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

Bureau des arrêtistes

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

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

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

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 1997.

Les rubriques suivantes du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada, ajoutées par les arrêtistes, sont protégées par le droit d'auteur de la Couronne: abstrats 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 des arrêts de la Cour fédérale, doivent être adressées au Directeur général au (613) 995-2706.

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

Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés aux Éditions du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

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

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

Federal Court decisions, as handed down by the Court, as well as the edited versions of those selected for publication in the Federal Court Reports, are available on the Internet at the following Web site: <http://www.fja-cmf.gc.ca/cf>

Les décisions de la Cour fédérale, telles que rendues par la Cour, ainsi que, pour les décisions choisies, les versions préparées pour la publication dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale, peuvent être consultées sur Internet au site Web suivant: <http://www.fja-cmf.gc.ca/cf>

CONTENTS

DigestsD-11

Appeal Noted I

ACTRA Fraternal Benefit Society v. Canada (C.A.) 441

Income tax — Exemptions — Fraternal benefit society life insurance fund — Where assets in life insurance fund exceed amount necessary for purposes of life insurance business, only investment income earned on necessary amounts should be treated as taxable income under Income Tax Act, s. 149 — Canadian and British Insurance Companies Act, s. 81(1) examined — Decision not to withdraw surplus monies out of fund not determinative of appeal — Inference all assets in fund necessary for life insurance operation rebuttable — Objective standard applicable.

Insurance — Fraternal benefit society life insurance fund — Income tax payable on investment income — Where assets in life insurance fund exceed amount necessary for purposes of life insurance business, tax payable on investment income earned on necessary amounts only — Canadian and British Insurance Companies Act, s. 81(1) examined — Decision not to withdraw surplus monies out of fund not determinative of appeal — Inference all assets in fund necessary for life insurance operation rebuttable.

Archibald v. Canada (T.D.) 335

Agriculture — Action for declaratory relief Canadian Wheat Board Act breaching plaintiffs' Charter rights, freedoms — Individual plaintiffs grain farmers residing in "designated area" in Western provinces — Challenging Board's monopoly as single-desk marketing agency in designated area —

Continued on next page

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-13

Appel noté I

ACTRA Fraternal Benefit Society c. Canada (C.A.) 441

Impôt sur le revenu — Exemptions — Caisse d'assurance-vie d'une société de secours mutuels — Lorsque l'actif de la caisse d'assurance-vie excède le montant nécessaire pour l'entreprise d'assurance-vie, seul le revenu de placement tiré des sommes nécessaires devrait être traité comme un revenu imposable aux fins de l'art. 149 de la Loi de l'impôt sur le revenu — L'art. 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques est examiné — La décision de ne pas retirer l'excédent de la caisse d'assurance-vie ne règle pas l'appel — L'inférence selon laquelle la totalité de l'actif de la caisse est nécessaire aux fins de l'entreprise d'assurance-vie est réfutable — Une norme objective est applicable.

Assurance — Caisse d'assurance-vie d'une société de secours mutuels — Impôt sur le revenu payable sur le revenu de placement — Lorsque l'actif de la caisse d'assurance-vie excède le montant nécessaire aux fins de l'entreprise d'assurance-vie, l'impôt est payable sur le revenu de placement tiré des sommes nécessaires seulement — L'art. 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques est examiné — La décision de ne pas retirer l'excédent de la caisse ne règle pas l'appel — L'inférence selon laquelle la totalité de l'actif de la caisse est nécessaire aux fins de l'entreprise d'assurance-vie est réfutable.

Archibald c. Canada (1^{re} inst.) 335

Agriculture — Action sollicitant une mesure de redressement déclaratoire portant que la Loi sur la Commission canadienne du blé viole des droits et libertés des demandeurs conférés par la Charte — Les individus demandeurs sont des producteurs de grain qui résident dans la région

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Rationale for monopoly under Act, s. 5 to secure orderly marketing, in interprovincial and export trade, of grain grown in Canada — Act not infringing plaintiffs' rights.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of association — Canadian Wheat Board Act compelling farmers living in “designated area” to sell grain to CWB in extraprovincial market — Freedom of association in Charter, s. 2(d) including right not to be compelled to associate — Plaintiffs not associated with Board, with each other, free to form preferred associations — Charter not protecting economic freedom, commercial or property rights.

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Charter, s. 6(2)(b) guarantees right to pursue gaining of livelihood anywhere in Canada, not right to livelihood itself — Case law on mobility rights reviewed — Economic disadvantage not impairment of ability to pursue livelihood — Western farmers challenging Canadian Wheat Board, single-desk marketing agency — No denial of plaintiffs' mobility rights to pursue gaining of livelihood — “Designated area” most natural, efficient, economic area to grow grain, not impeding mobility.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Whether Canadian Wheat Board Act distinguishes between plaintiffs, farmers not residing in designated area — Residence in “designated area” not analogous ground under Charter, s. 15(1) — Plaintiffs not discreet, insular minority discriminated against on basis of irrelevant personal characteristics — Agronomic equality not Charter right — Legislation not violating plaintiffs' human dignity, freedom.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Application of *Oakes* test — Deference essential aspect of s. 1 analysis — Objective of Canadian Wheat Board Act to provide for orderly grain marketing — Board given monopoly to avoid fluctuation of grain prices — Rational connection between objective, achievement of legislation — Minimal impairment of plaintiff's rights — Deleterious

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

désignée» des provinces de l'Ouest — Ils contestent le monopole exercé par la Commission comme organisme de commercialisation à comptoir unique dans la région désignée — La raison d'être du monopole accordé par l'art. 5 de la Loi est d'assurer la commercialisation méthodique, dans le cadre du marché interprovincial et de l'exportation, du grain cultivé au Canada — La Loi ne viole pas les droits des demandeurs.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d'association — La Loi sur la Commission canadienne du blé force les agriculteurs résidant dans la «région désignée» de vendre leur grain à la CCB pour le marché interprovincial — La liberté d'association conférée par l'art. 2d) de la Charte comporte le droit de ne pas être forcé de s'associer — Les demandeurs ne sont pas associés avec la Commission, ni l'un avec l'autre, et sont libres de former des associations privilégiées — La Charte ne protège pas les droits commerciaux ou relatifs à la propriété ou à la liberté économique.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — L'art. 6(2)b) de la Charte garantit le droit de gagner sa vie partout au Canada, non le droit d'exercer un métier — Examen de la jurisprudence sur la liberté de circulation — Un désavantage économique n'est pas une restriction à la capacité de gagner sa vie — Des agriculteurs de l'Ouest contestent l'organisme de commercialisation à comptoir unique de la Commission canadienne du blé — Il n'y a pas eu négation de la liberté de circulation des demandeurs pour gagner leur vie — La «région désignée» est la région la plus naturelle, efficace et économique pour cultiver le grain et elle n'entrave pas la liberté de circulation.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Il s'agit de savoir si la Loi sur la Commission canadienne du blé établit une distinction entre les demandeurs et les agriculteurs ne résidant pas dans la «région désignée» — La résidence dans la «région désignée» n'est pas un motif analogue sous le régime de l'art. 15(1) de la Charte — Les demandeurs ne sont pas une minorité discrète et isolée faisant l'objet d'une discrimination fondée sur des caractéristiques personnelles non pertinentes — L'égalité agronomique n'est pas un droit protégé par la Charte — La loi ne viole pas la dignité humaine ou la liberté des demandeurs.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Application du critère de l'arrêt *Oakes* — La retenue est un aspect essentiel d'une analyse faite en vertu de l'art. premier — L'objectif de la Loi sur la Commission canadienne du blé est d'organiser la commercialisation du grain — Un monopole a été accordé à la Commission pour éviter les variations des prix du grain — Lien rationnel entre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

effects of impugned legislation not outweighing salutary benefits provided by CWB monopoly — S. 1 test met.

Constitutional law — Distribution of powers — Charter cannot override head of legislative power distributed in original Constitution — Canadian Wheat Board Act valid exercise of Parliament's power over trade and commerce under Constitution Act, 1867, s. 91, class 2.

Arduengo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 468

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Judicial review of Immigration Expulsion Officer's (IEO) decision to execute deportation orders by removal of applicants to Chile — Applicants unsuccessful Convention refugee claimants but in Canada for 20 years — While in Canada, implicating senior Chilean Police Force officials in human rights abuses — Fearing serious harm, death if returned to Chile — Execution of deportation orders stayed pending outcome of Immigration Act, s. 114(2) applications for landing on humanitarian, compassionate grounds.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Immigration Expulsion Officer making travel arrangements to remove applicants to Chile — Applicants unsuccessful refugee claimants but in Canada some 20 years — While in Canada, implicating senior Chilean Police Force officials in human rights abuses — Fearing serious harm, death if returned to Chile — Request for declaration Immigration Act, ss. 48, 52 unconstitutional not properly before Court as no notice of constitutional question — Removal provisions not violating principles of fundamental justice — Immigration Act, s. 114(2) application for landing on humanitarian, compassionate grounds according sufficient procedural safeguards to unsuccessful refugee claimants to satisfy principles of fundamental justice.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Immigration Expulsion Officer making travel arrangements to remove applicants to Chile — While in Canada,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'objectif et l'accomplissement de la loi — Atteinte minimale aux droits des demandeurs — Les effets négatifs des dispositions contestées ne l'emportent pas sur les effets favorables du monopole de la CCB — Le critère de l'art. premier est respecté.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — La Charte ne peut avoir préséance sur une rubrique de compétence législative attribuée dans le texte original de la Constitution — La Loi sur la Commission canadienne du blé constitue un exercice valide de l'autorité du Parlement sur le trafic et le commerce en vertu de l'art. 91, catégorie 2, de la Loi constitutionnelle de 1867.

Arduengo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 468

Citoyenneté et immigration — Expulsion et renvoi — Contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'expulsion d'exécuter les mesures d'expulsion forçant les requérants à retourner au Chili — Ces derniers étaient des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au sens de la Convention qui résidaient au Canada depuis 20 ans — Durant leur séjour au Canada, ils avaient fait connaître des violations des droits de la personne commises par des officiers supérieurs de la police chilienne — Ils craignaient de subir un préjudice grave, et même d'être tués, s'ils retournaient au Chili — L'exécution des mesures d'expulsion a été suspendue jusqu'à ce qu'une décision soit rendue concernant les demandes d'établissement pour des motifs d'ordre humanitaire fondées sur l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'agente d'expulsion avait pris des arrangements de voyage en vue du renvoi des requérants au Chili — Ces derniers étaient des demandeurs non reconnus du statut de réfugié qui résidaient au Canada depuis 20 ans — Durant leur séjour au Canada, ils avaient fait connaître des violations des droits de la personne commises par des officiers supérieurs de la police chilienne — Ils craignaient de subir un préjudice grave, et même d'être tués, s'ils retournaient au Chili — En l'absence d'un avis d'une question constitutionnelle, la Cour n'était pas à bon droit saisie de la demande de jugement déclaratoire sur la non-constitutionnalité des art. 48 et 52 de la Loi sur l'immigration — Les dispositions attaquées n'enfreignaient pas les principes de justice fondamentale — Une demande d'établissement pour des motifs d'ordre humanitaire fondée sur l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration accorde aux demandeurs non reconnus du statut de réfugié des garanties procédurales suffisantes pour satisfaire aux principes de justice fondamentale.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L'agente d'expulsion avait pris des arrangements de voyage en vue du renvoi des requérants au

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

applicants exposing human rights abuses of senior Chilean Police Force officials — Fearing serious harm, death if returned to Chile — Request for declaration Immigration Act, ss. 48, 52 unconstitutional not properly before Court as no notice of constitutional question — While Charter, s. 12 engaged in removal process, not violated where risk assessment conducted under provisions of Act, Regulations — No assessment of current risk herein — Inadmissible evidence on both sides of issue — Removal of applicants stayed until decision made on Immigration Act, s. 114(2) applications for landing on humanitarian, compassionate grounds.

Practice — Affidavits — Judicial review of Immigration Expulsion Officer's (IEO) decision to execute deportation orders by removal of applicants to Chile — Affidavits in application record as to: medical opinion regarding applicants' children; human rights conditions in Chile; translation of news articles, inadmissible — Facts contained therein not before IEO — Court bound to record before tribunal — Although difficult to characterize IEO's act as decision of tribunal, record of what was before IEO proper evidentiary basis on which to proceed.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Judicial review of Immigration Expulsion Officer's decision to execute deportation orders by removal of applicants to Chile — IEO's decision administrative, not adjudicative — Not properly subject of review.

Canada v. Folster (C.A.) 269

Native peoples — Taxation — Exemptions — Personal property of Indian situated on reserve — Appellant employed at Government-funded hospital located adjacent to reserve (formerly on reserve), serving mostly status Indians on reserve — Difficulty in formulating rule governing *situs* of intangible property (such as wages) — Purpose of legislative provision must be considered in selecting criteria for determining *situs* — Policy to prevent erosion of Indians' property held *qua* Indians — Purpose not to remedy Indians' economic disadvantage — Indians' employment income not tax exempt if earned in "commercial mainstream" — Connecting factors test — Weight to be assigned

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Chili — Durant leur séjour au Canada, ils avaient fait connaître des violations des droits de la personne commises par des officiers supérieurs de la police chilienne — Ils craignaient de subir un préjudice grave, et même d'être tués, s'ils retournaient au Chili — En l'absence d'un avis d'une question constitutionnelle, la Cour n'était pas à bon droit saisie de la demande de jugement déclaratoire sur la non-constitutionnalité des art. 48 et 52 de la Loi sur l'immigration — Même si l'art. 12 de la Charte s'applique au processus de renvoi, il n'est pas enfreint lorsqu'une évaluation du risque a été effectuée en vertu des dispositions de la Loi et du Règlement — Il n'y a pas eu d'évaluation du risque actuel en l'espèce — Il y avait des éléments de preuve non admissibles fournis par les deux parties sur la question — Le renvoi des requérants a été suspendu jusqu'à ce qu'une décision soit rendue concernant les demandes d'établissement pour des motifs d'ordre humanitaire fondées sur l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration.

Pratique — Affidavits — Contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'expulsion d'exécuter les mesures d'expulsion forçant les requérants à retourner au Chili — Les affidavits contenus dans le dossier de la demande et concernant l'avis d'expert médical au sujet des enfants des requérants, la situation des droits de la personne au Chili et une traduction d'articles de journaux n'étaient pas admissibles — Des faits contenus dans les affidavits n'étaient pas connus de l'agente d'expulsion — La Cour est liée par le dossier déposé devant un office fédéral — Bien qu'il fût difficile de qualifier la mesure prise par l'agente d'expulsion de décision d'un tribunal, le dossier regroupant les éléments dont était saisie l'agente d'expulsion était le fondement approprié de la preuve.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'expulsion d'exécuter les mesures d'expulsion forçant les requérants à retourner au Chili — La décision de l'agente était simplement administrative — Elle n'était pas susceptible de contrôle judiciaire.

Canada c. Folster (C.A.) 269

Peuples autochtones — Taxation — Exemptions — Biens meubles d'une Indienne situés sur une réserve — Appellante employée par un hôpital subventionné par le gouvernement situé à proximité de la réserve (autrefois sur la réserve) offrant des services principalement aux Indiens inscrits vivant sur la réserve — Difficulté de formuler une règle du *situs* applicable à un bien intangible (comme le salaire) — L'objet de la disposition législative doit être pris en considération pour le choix d'un critère de détermination du *situs* — Politique visant à empêcher qu'il soit porté atteinte aux biens détenus par les Indiens à titre d'Indiens — L'objet n'est pas de remédier à la situation économique désavanta-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

each factor varies from case to case — Necessity for purposive interpretation to preserve substance of tax exemption, economic climate of reservations having changed — Trial Judge accorded excessive weight to geographical location of employment, employer's place of residence — More weight to be placed on: circumstances of taxpayer's employment, place of residence, hospital's history — Tax exemption necessary herein to avoid erosion of Indian entitlement — Income not earned in commercial mainstream.

Income tax — Exemptions — Indians — Personal property of Indian situated on reserve — Employment income — Employee of Federally-funded hospital not on but adjacent to reserve, patients mostly Indians — Reliance on test for *situs* unconnected to purpose of tax exemption arbitrary in application — Purpose of exemption neither to afford Indians unlimited protection from taxation nor to remedy economic disadvantage — Indian not tax exempt if entering "commercial mainstream" — Ultimate question: whether taxing particular property causing erosion of entitlement of Indian *qua* Indian — Trial Judge's "slippery slope" worries, that allowing exemption herein meaning all Indians resident on reserves escaping income tax, unjustified as ignoring factors connecting employment income to reserve — Revenue Canada guidelines useful in routine cases but Court having to conduct relative weighting of connecting factors in each case.

Construction of statutes — Indian Act, s. 87 exempting from taxation Indians' personal property situated on reserve — *Situs* of employment income — *Situs* principle firmly entrenched in language of section — Reliance on test for *situs* unconnected to purpose of tax exemption arbitrary in application — Policy of legislation: shield Indians from being dispossessed of property by non-natives — Purpose neither to afford Indians unlimited protection from taxation nor to remedy economic disadvantage — Court not to stretch tax exemption beyond what supportable by purposive reading of legislation — Purposive interpretation necessary to preserve substance of tax exemption, economic situation on reserves having changed since enactment — Statutes express will of Parliament and, unlike treaties, ambiguities not necessarily resolved in Indians' favour — Revenue Canada's interpretation guidelines useful in routine cases but Court decides each case by relative weighting of connecting factors.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

geuse des Indiens — Le revenu d'emploi des Indiens n'est pas exempté de l'impôt s'il est tiré du «marché» — Critère des facteurs de rattachement — Le poids à donner à chaque facteur varie en fonction des circonstances — L'interprétation fondée sur l'objet s'impose pour préserver la substance de l'exemption d'impôt, même si la situation économique sur les réserves indiennes a changé — Le juge de première instance a accordé trop de poids à l'emplacement géographique précis de l'emploi et à la résidence de l'employeur — Il n'a pas accordé assez de poids aux circonstances véritables touchant l'emploi de la contribuable, son lieu de résidence et l'historique de l'hôpital — Exemption d'impôt nécessaire en l'espèce pour éviter qu'il ne soit porté atteinte à un droit indien — Revenu non tiré du marché.

Impôt sur le revenu — Exemptions — Indiens — Biens meubles d'une Indienne situés sur une réserve — Revenu tiré d'un emploi — Employée d'un hôpital financé par le gouvernement fédéral situé sur un terrain adjacent à la réserve, les patients étant principalement des Indiens — L'application d'un critère de détermination du *situs* qui ne se rattache pas à l'objet de la disposition créant l'exemption d'impôt devient arbitraire — L'exemption ne vise pas à accorder aux Indiens une protection illimitée contre la taxation ni à remédier à une situation désavantageuse sur le plan économique — Un Indien qui entre sur le «marché» n'est pas exempté de l'impôt — La question cruciale est de savoir si l'imposition du bien en cause représente une atteinte aux droits de l'Indien à titre d'Indien — La crainte du juge de première instance d'un «terrain glissant», soit qu'une exemption accordée en l'espèce puisse signifier que tous les Indiens qui vivent sur une réserve sont exemptés de l'impôt n'est pas justifiée, parce qu'elle néglige les facteurs liant le revenu d'emploi à la réserve — Les lignes directrices de Revenu Canada sont utiles dans les cas habituels, mais la Cour doit évaluer dans chaque cas l'importance relative des facteurs de rattachement.

Interprétation des lois — L'art. 87 de la Loi sur les Indiens exempte de l'impôt les biens meubles des Indiens situés sur une réserve — *Situs* d'un revenu d'emploi — Le principe du *situs* fermement inscrit dans le libellé de l'article — L'application d'un critère de détermination du *situs* qui ne se rattache pas à l'objet de la disposition créant l'exemption d'impôt devient arbitraire — Politique de la loi: protéger les Indiens contre les efforts entrepris par les non-Indiens pour les déposséder de leurs biens — L'exemption ne vise pas à accorder aux Indiens une protection illimitée contre la taxation ni à remédier à une situation désavantageuse sur le plan économique — Il ne revient pas aux tribunaux d'étirer les limites de l'exemption fiscale plus que ne le permet une interprétation de la Loi fondée sur l'objet — L'interprétation fondée sur l'objet s'impose pour préserver la substance de l'exemption d'impôt, même si la situation économique sur les réserves indiennes a changé depuis l'adoption de l'exemption — Contrairement aux traités, les lois sont

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Dale v. Canada (C.A.) 235

Practice — Judgments and orders — As consideration for transfer of apartment building to corporation, preference shares issued to taxpayers — To effect necessary increase in authorized capital, supplementary letters patent required, but not obtained — Building sold, dividends declared — Eventually corporation obtaining provincial superior court order based on provincial legislation deeming preference shares to have been validly issued within taxation year — Order not pronounced before reassessment assessing dividends as taxable shareholder benefit under Income Tax Act, s. 15 — General rule: superior court order cannot be attacked collaterally unless lawfully set aside — Review of principles governing binding effect of superior court orders — Retroactive orders made on basis of statutory authority generally immune from jurisdictional collateral attack — Provincial superior court order binding on Minister, constituting proof shares validly issued as of December 31, 1985.

Income tax — Income calculation — Dividends — Tax Court judgment holding dividend payment taxable shareholder benefit under Income Tax Act, s. 15(1) — As consideration for transfer of apartment building to corporation, preference shares issued to taxpayers — To effect necessary increase in authorized capital, supplementary letters patent required, but not obtained — Eventually corporation obtaining provincial superior court order deeming preference shares to have been validly issued within taxation year — Appeal allowed as provincial superior court order binding on Minister, constituting proof shares validly issued as of December 31, 1985 — Dividends not shareholder benefits.

Income tax — Corporations — Cross-appeal from Tax Court judgment holding s. 85 rollover valid — Income Tax Act,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'expression de la volonté du Parlement et les ambiguïtés ne doivent pas toujours profiter aux Indiens — Les lignes directrices de Revenu Canada sont utiles dans les cas habituels, mais la Cour doit évaluer dans chaque cas l'importance relative des facteurs de rattachement.

Dale c. Canada (C.A.) 235

Pratique — Jugements et ordonnances — En contrepartie de la cession d'un immeuble d'habitation à une société, des actions privilégiées ont été émises aux contribuables — Pour augmenter le capital-actions autorisé, des lettres patentes supplémentaires étaient nécessaires, mais elles n'ont jamais été obtenues — L'immeuble a été vendu et les dividendes déclarés — Par la suite, la société a obtenu une ordonnance d'une cour supérieure provinciale en s'appuyant sur une loi provinciale en vertu de laquelle les actions privilégiées étaient réputées avoir été valablement émises au cours de l'année d'imposition en cause — L'ordonnance n'a pas été rendue avant que la nouvelle cotisation établie n'affirme que les dividendes étaient un avantage conféré à un actionnaire en vertu de l'art. 15 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Règle générale: une ordonnance d'une cour supérieure ne peut être attaquée indirectement à moins qu'elle ne soit légalement infirmée — Examen des principes régissant l'effet obligatoire des ordonnances des cours supérieures — Les ordonnances rétroactives rendues en s'appuyant sur une loi sont généralement à l'abri des attaques indirectes concernant la compétence — L'ordonnance de la cour supérieure provinciale lie le ministre et constitue une preuve que les actions avaient été valablement émises le 31 décembre 1985.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Le jugement de la Cour de l'impôt conclut que les dividendes versés sont un avantage conféré à un actionnaire en vertu de l'art. 15(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — En contrepartie de la cession d'un immeuble d'habitation à une société, des actions privilégiées ont été émises aux contribuables — Pour effectuer l'augmentation nécessaire du capital-actions autorisé, des lettres patentes supplémentaires étaient exigées, mais elles n'ont pas été obtenues — Par la suite, la société a obtenu une ordonnance d'une cour supérieure provinciale dans laquelle il était déclaré que les actions privilégiées étaient réputées avoir été valablement émises au cours de l'année d'imposition en cause — L'appel est accueilli étant donné que l'ordonnance de la cour supérieure provinciale lie le ministre et constitue une preuve que les actions avaient été valablement émises le 31 décembre 1985 — Les dividendes ne sont pas des avantages conférés à un actionnaire.

Impôt sur le revenu — Corporations — Appel incident concernant un jugement de la Cour de l'impôt statuant qu'un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

s. 85 requiring consideration on rollover of property from individual to corporation to include at least one share of capital stock — As consideration for transfer of apartment building to corporation, preference shares issued to taxpayers — To effect necessary increase in authorized capital, supplementary letters patent required, but not obtained — Eventually corporation obtaining provincial superior court order deeming preference shares to have been validly issued within taxation year — Cross-appeal dismissed — Provincial superior court order binding on Minister, constituting proof shares validly issued as of December 31, 1985 — Rollover valid.

Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 299

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of permanent residents — Judicial review of IRB, Appeal Division's affirmation of Adjudicator's decision applicant entering Canada by reason of "fraudulent or improper means or misrepresentation" of "material fact" pursuant to Immigration Act, s. 27(1)(e) — Wording of provision interpreted — Applicant not disclosing change in marital status because unaware necessary to do so — Immigration forms completed by others — Not understanding English, French — Person may only enter Canada, if at time of entry, fulfils requirements of Act, Regulations — Onus of establishing that on applicant — Duty to inform immigration officials of any change in circumstances relevant to issuance of visa, both at stage of process for gaining admission to Canada, and upon entering Canada, particularly in regard to marital status — Lack of knowledge of English, French not absolving applicant of failure to meet statutory obligation.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of IRB, Appeal Division's affirmation of Adjudicator's decision applicant entering Canada by reason of "fraudulent or improper means or misrepresentation" of "material fact" pursuant to Immigration Act, s. 27(1)(e) — Applicant not disclosing change in marital status as unaware necessary to do so — S. 27(1)(e) not contravening Charter, s. 7 as no violation of principles of fundamental justice — S. 27(1)(e) dealing with

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

transfert en franchise d'impôt fondé sur l'art. 85 est valide — En vertu de l'art. 85 de la Loi de l'impôt sur le revenu, la contrepartie versée dans le cadre d'une opération de transfert en franchise d'impôt d'un particulier à une société doit comprendre au moins une action du capital-actions de la cessionnaire — En contrepartie de la cession d'un immeuble d'habitation à une société, des actions privilégiées ont été émises aux contribuables — Pour effectuer l'augmentation nécessaire du capital-actions autorisé, des lettres patentes supplémentaires étaient exigées, mais elles n'ont pas été obtenues — Par la suite, la société a obtenu une ordonnance d'une cour supérieure provinciale dans laquelle il était déclaré que les actions privilégiées étaient réputées avoir été valablement émises au cours de l'année d'imposition en cause — L'appel incident est rejeté — L'ordonnance de la cour supérieure provinciale lie le ministre et constitue une preuve que les actions avaient été valablement émises le 31 décembre 1995 — Le transfert en franchise d'impôt est valide.

Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 299

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la CISR, confirmant la décision de l'arbitre que le requérant était entré au Canada «par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important» au sens de l'art. 27(1)e de la Loi sur l'immigration — Libellé de la disposition interprétée — Le requérant n'a pas divulgué son changement d'état matrimonial parce qu'il ne savait qu'il devait le faire — Formules d'immigration remplies par d'autres personnes — Il ne comprend pas l'anglais ni le français — Une personne ne peut être admise au Canada que si, au moment de son entrée, elle satisfait aux exigences de la Loi et de ses règlements — La charge de cette preuve incombe au requérant — Obligation d'informer les fonctionnaires de l'immigration de tout changement de situation pertinent relativement à la délivrance du visa, à la fois à l'étape de la procédure d'obtention de l'admission au Canada et à l'arrivée au Canada, particulièrement en ce qui concerne l'état matrimonial — La non-connaissance de l'anglais ou du français ne relève pas le requérant de son défaut de remplir l'obligation que lui imposait la Loi.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la CISR, confirmant la décision de l'arbitre que le requérant était entré au Canada «par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important» au sens de l'art. 27(1)e de la Loi sur l'immigration — Le requérant n'a pas divulgué son changement d'état matrimonial parce qu'il ne savait qu'il devait le faire — L'art. 27(1)e ne contrevient pas à l'art. 7

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

circumstances of misrepresentation of material facts by one entering Canada — No larger social purpose, no public redressing of wrong done to society to maintain public order and welfare within public sphere of activity — No public goal of deterrence — Application of regime provided by Parliament for removal on ground landing improperly obtained not violating principles of fundamental justice.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Deportation of permanent resident granted landing by misrepresentation of marital status not cruel, unusual treatment contrary to s. 12 — No evidence deportation would expose applicant to danger of persecution, torture, death — Nothing in applicant's circumstances "grossly disproportionate" or so excessive as to outrage public standards of decency.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Judicial review of IRB, Appeal Division's affirmation of Adjudicator's decision applicant entering Canada by reason of "fraudulent or improper means or misrepresentation" of "material fact" pursuant to Immigration Act, s. 27(1)(e) — Applicant not disclosing change in marital status because unaware necessary to do so — Ignorance of law, Canada's official languages, neither "disability" nor any other enumerated ground under Charter, s. 15 — Not "analogous" ground of discrimination, but personal capacities particular to applicant — Differential treatment based on particular personal capacities, divorced from historically disadvantaged group, rarely characterized as discrimination.

SOMMAIRE (Fin)

de la Charte car il n'y a pas violation des principes de justice fondamentale — L'art. 27(1)e) traite de fausse indication sur un fait important par une personne entrant au Canada — Il n'a pas d'objectif social plus large, il ne vise pas à redresser publiquement un tort causé à la société, ni à maintenir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activités publique — Aucun objectif public de dissuasion — L'application de ce régime adopté par le législateur pour le renvoi d'une personne parce qu'elle a obtenu le droit d'établissement de façon irrégulière ne viole pas les principes de justice fondamentale.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L'expulsion d'un résident ayant reçu le droit d'établissement par fausse indication sur son état matrimonial ne constitue pas un traitement cruel et inusité au sens de l'art. 12 — Aucune preuve que l'expulsion exposerait le requérant à un risque de persécution, de torture ou de mort — Rien dans la situation du requérant n'est «exagérément disproportionné», ni ne constitue une mesure excessive incompatible avec la dignité humaine.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la CISR, confirmant la décision de l'arbitre que le requérant était entré au Canada «par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important» au sens de l'art. 27(1)e) de la Loi sur l'immigration — Le requérant n'a pas divulgué son changement d'état matrimonial parce qu'il ne savait qu'il devait le faire — L'ignorance de la loi et l'incapacité de comprendre les langues officielles du Canada ne sont ni une «déficience» ni d'autres motifs énumérés de discrimination interdits par l'art. 15 de la Charte — Elles ne constituent pas un motif de discrimination «analogue», mais sont des capacités personnelles propres au requérant — Les distinctions fondées sur des caractéristiques particulières personnelles d'un individu qui n'est pas associé à un groupe historiquement défavorisé sont rarement qualifiées de discriminatoires.

APPEAL NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Samson Indian Nation and Band v. Canada, [1996] 2 F.C. 528 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-756-96). The reasons for judgment, handed down 27/10/97, will be published in the *Federal Court Reports*.

APPEL NOTÉ

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 528 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-756-96). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 27-10-97, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1997, Vol. 3, Part 2

1997, Vol. 3, 2^e fascicule

A-15-94

Peter Dale and Bernard Dale (*Appellants*) (*Respondents by Cross-Appeal*)

v.

Her Majesty the Queen (*Respondent*) (*Appellant by Cross-Appeal*)

INDEXED AS: DALE v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Décary and Robertson J.J.A.
—Vancouver, February 3; Ottawa, April 21, 1997.

Practice — Judgments and orders — As consideration for transfer of apartment building to corporation, preference shares issued to taxpayers — To effect necessary increase in authorized capital, supplementary letters patent required, but not obtained — Building sold, dividends declared — Eventually corporation obtaining provincial superior court order based on provincial legislation deeming preference shares to have been validly issued within taxation year — Order not pronounced before reassessment assessing dividends as taxable shareholder benefit under Income Tax Act, s. 15 — General rule: superior court order cannot be attacked collaterally unless lawfully set aside — Review of principles governing binding effect of superior court orders — Retroactive orders made on basis of statutory authority generally immune from jurisdictional collateral attack — Provincial superior court order binding on Minister, constituting proof shares validly issued as of December 31, 1985.

Income tax — Income calculation — Dividends — Tax Court judgment holding dividend payment taxable shareholder benefit under Income Tax Act, s. 15(1) — As consideration for transfer of apartment building to corporation, preference shares issued to taxpayers — To effect necessary increase in authorized capital, supplementary letters patent required, but not obtained — Eventually corporation obtaining provincial superior court order deeming preference shares to have been validly issued within taxation year — Appeal allowed as provincial superior court order binding on Minister, constituting proof shares validly issued as of December 31, 1985 — Dividends not shareholder benefits.

A-15-94

Peter Dale et Bernard Dale (*appelants*) (*intimés dans l'appel incident*)

c.

Sa Majesté la Reine (*intimée*) (*appelante dans l'appel incident*)

RÉPERTORIÉ: DALE c. CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Pratte, Décary et Robertson, J.C.A.—Vancouver, 3 février; Ottawa, 21 avril 1997.

Pratique — Jugements et ordonnances — En contrepartie de la cession d'un immeuble d'habitation à une société, des actions privilégiées ont été émises aux contribuables — Pour augmenter le capital-actions autorisé, des lettres patentes supplémentaires étaient nécessaires, mais elles n'ont jamais été obtenues — L'immeuble a été vendu et les dividendes déclarés — Par la suite, la société a obtenu une ordonnance d'une cour supérieure provinciale en s'appuyant sur une loi provinciale en vertu de laquelle les actions privilégiées étaient réputées avoir été valablement émises au cours de l'année d'imposition en cause — L'ordonnance n'a pas été rendue avant que la nouvelle cotisation établie n'affirme que les dividendes étaient un avantage conféré à un actionnaire en vertu de l'art. 15 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Règle générale: une ordonnance d'une cour supérieure ne peut être attaquée indirectement à moins qu'elle ne soit légalement infirmée — Examen des principes régissant l'effet obligatoire des ordonnances des cours supérieures — Les ordonnances rétroactives rendues en s'appuyant sur une loi sont généralement à l'abri des attaques indirectes concernant la compétence — L'ordonnance de la cour supérieure provinciale lie le ministre et constitue une preuve que les actions avaient été valablement émises le 31 décembre 1985.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Le jugement de la Cour de l'impôt conclut que les dividendes versés sont un avantage conféré à un actionnaire en vertu de l'art. 15(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — En contrepartie de la cession d'un immeuble d'habitation à une société, des actions privilégiées ont été émises aux contribuables — Pour effectuer l'augmentation nécessaire du capital-actions autorisé, des lettres patentes supplémentaires étaient exigées, mais elles n'ont pas été obtenues — Par la suite, la société a obtenu une ordonnance d'une cour supérieure provinciale dans laquelle il était déclaré que les actions privilégiées étaient réputées avoir été valablement émises au cours de l'année d'imposition en cause — L'appel est accueilli étant donné que l'ordonnance de la cour supérieure provinciale lie le

Income tax — Corporations — Cross-appeal from Tax Court judgment holding s. 85 rollover valid — Income Tax Act, s. 85 requiring consideration on rollover of property from individual to corporation to include at least one share of capital stock — As consideration for transfer of apartment building to corporation, preference shares issued to taxpayers — To effect necessary increase in authorized capital, supplementary letters patent required, but not obtained — Eventually corporation obtaining provincial superior court order deeming preference shares to have been validly issued within taxation year — Cross-appeal dismissed — Provincial superior court order binding on Minister, constituting proof shares validly issued as of December 31, 1985 — Rollover valid.

This was an appeal from a Tax Court judgment holding that a capital dividend payment was a taxable benefit under *Income Tax Act*, subsection 15(1) and a cross-appeal from the finding that a section 85 rollover was valid. To avoid recapture and capital gain on the sale of an apartment building in Nova Scotia, the taxpayers sold the building to their company, which had sufficient losses to offset any capital gain and recapture. *Income Tax Act*, section 85 provides that the consideration on a rollover of property from an individual to a corporation must include at least one share of the capital stock of the transferee. The consideration for the transfer was the assumption of the mortgage on the building and the issuance to each taxpayer of a preference share having a redemption value of \$1.1 million. As the authorized capital of the company, incorporated by letters patent under the laws of Prince Edward Island, did not permit the issuance of preference shares, the shareholders passed a by-law authorizing the increase in capital and the making of an application for supplementary letters patent. The company then issued the preference shares. The sale to the company was completed December 30, 1985 and the next day the company sold the building and declared and paid a capital dividend of \$80,000 on each of the preference shares. The taxpayers and the company executed and filed the section 85 elections as required by the Act. In 1988 it was discovered that the supplementary letters patent had not been obtained. The shareholders subsequently ratified the requisite increase in share capital both before and after the company had obtained its certificate of continuance under

ministre et constitue une preuve que les actions avaient été valablement émises le 31 décembre 1985 — Les dividendes ne sont pas des avantages conférés à un actionnaire.

Impôt sur le revenu — Corporations — Appel incident concernant un jugement de la Cour de l'impôt statuant qu'un transfert en franchise d'impôt fondé sur l'art. 85 est valide — En vertu de l'art. 85 de la Loi de l'impôt sur le revenu, la contrepartie versée dans le cadre d'une opération de transfert en franchise d'impôt d'un particulier à une société doit comprendre au moins une action du capital-actions de la cessionnaire — En contrepartie de la cession d'un immeuble d'habitation à une société, des actions privilégiées ont été émises aux contribuables — Pour effectuer l'augmentation nécessaire du capital-actions autorisé, des lettres patentes supplémentaires étaient exigées, mais elles n'ont pas été obtenues — Par la suite, la société a obtenu une ordonnance d'une cour supérieure provinciale dans laquelle il était déclaré que les actions privilégiées étaient réputées avoir été valablement émises au cours de l'année d'imposition en cause — L'appel incident est rejeté — L'ordonnance de la cour supérieure provinciale lie le ministre et constitue une preuve que les actions avaient été valablement émises le 31 décembre 1985 — Le transfert en franchise d'impôt est valide.

Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Cour de l'impôt statuant que le paiement d'un dividende en capital était un avantage imposable en vertu du paragraphe 15(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et d'un appel incident contestant la conclusion qu'un transfert en franchise d'impôt fondé sur l'article 85 était valide. Pour éviter de réaliser un gain en capital et de récupérer l'amortissement au moment de la vente d'un immeuble d'habitation en Nouvelle-Écosse, les contribuables ont vendu l'immeuble à leur société, qui avait accumulé suffisamment de pertes pour absorber tout gain en capital et toute récupération de l'amortissement. En vertu de l'article 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la contrepartie versée dans le cadre d'une opération de transfert en franchise d'impôt d'un particulier à une société doit comprendre au moins une action du capital-actions de la cessionnaire. La contrepartie du transfert était constituée de la prise en charge de l'hypothèque en cours et de l'émission à chaque contribuable d'une action privilégiée ayant une valeur de rachat de 1,1 million de dollars. Étant donné que le capital-actions autorisé de la société, constituée par voie de lettres patentes en vertu du droit de l'Île-du-Prince-Édouard, n'était pas suffisant pour permettre l'émission de ces actions privilégiées, les actionnaires ont adopté un règlement intérieur autorisant l'augmentation du capital social et le dépôt d'une demande de lettres patentes supplémentaires. La société a ensuite émis les actions privilégiées. La vente à la société a eu lieu le 30 décembre 1985 et le lendemain, la société vendait l'immeuble et déclarait et versait un dividende en capital de 80 000 \$ sur chacune des actions privilégiées. Les contri-

the laws of Nova Scotia. They also obtained an order from the Supreme Court of Nova Scotia confirming that preference shares had been validly issued as of December 31, 1985. That order had not yet been pronounced when the appellant's 1985 income taxes were reassessed on the basis that the preference shares had not been validly issued in 1985. As dividends could not be declared on shares that did not exist, the capital dividends were assessed as appropriations to shareholders under subsection 15(1). The Tax Court agreed that the dividends were not dividends since they had been declared when the shares did not exist, but held that the section 85 rollover was valid. The Tax Court held that "consideration that includes shares" in section 85 did not imply that the shares must be issued simultaneously with the transfer of property or within the same taxation year. It was sufficient that there be an actual issuance of shares or a binding obligation to issue shares at the time the property was transferred and that the shares be issued within a reasonable period.

The issues were (1) whether the preference shares were validly issued in 1985; and, (2) if not, whether the section 85 requirements had been met.

Held (Pratte J.A. *dissenting*), the appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

Per Robertson J.A. (Décary J.A. concurring): The general rule is that an order of a superior court cannot be attacked collaterally unless it is lawfully set aside. The following general statements of law govern the binding effect of orders issued by superior courts: (1) The record of a superior court is to be treated as "absolute verity so long as it stands unreversed". (2) An order which has not been set aside must receive full effect according to its terms. (3) The order is binding on all the world. (4) A collateral attack is deemed to include proceedings other than those whose specific object is to effect a reversal or nullification of the order.

The Nova Scotia Supreme Court granted the order on the basis of the Nova Scotia *Companies Act*, section 44, which permits applications to rectify the register. If a provincial legislature authorizes its courts to deem something to have occurred on a date already past, the Minister

and the company have made the choice provided for in article 85 and they have made the declaration as required by the Law. In 1988, it was discovered that the letters patent had never been obtained. The shareholders have since ratified the increase in capital before and after the company obtained its certificate of incorporation in accordance with the law of Nova Scotia. They also obtained an order from the Supreme Court of Nova Scotia confirming that the privileged shares had been validly issued on December 31, 1985. This order had not yet been pronounced when the appellant's 1985 income taxes were reassessed on the basis that the preference shares had not been validly issued in 1985. As dividends could not be declared on shares that did not exist, the capital dividends were assessed as appropriations to shareholders under subsection 15(1). The Tax Court agreed that the dividends were not dividends since they had been declared when the shares did not exist, but held that the section 85 rollover was valid. The Tax Court held that "consideration that includes shares" in section 85 did not imply that the shares must be issued simultaneously with the transfer of property or within the same taxation year. It was sufficient that there be an actual issuance of shares or a binding obligation to issue shares at the time the property was transferred and that the shares be issued within a reasonable period.

The questions to be decided were (1) whether the preference shares were validly issued in 1985; and, (2) if not, whether the section 85 requirements had been met.

Arrêt (le juge Pratte, J.C.A., *dissident*), l'appel doit être accueilli et l'appel incident rejeté.

Le juge Robertson, J.C.A. (avec l'appui du juge Décary, J.C.A.): La règle générale veut que l'ordonnance d'une cour supérieure ne peut être attaquée indirectement à moins d'avoir été légalement infirmée. Les déclarations générales de droit suivantes régissent l'effet obligatoire des ordonnances rendues par les cours supérieures: (1) le dossier d'une cour supérieure doit être considéré comme «la vérité absolue tant qu'il n'a pas été infirmé». (2) Une ordonnance qui n'a pas été annulée doit être appliquée intégralement. (3) L'ordonnance a force exécutoire pour tous. (4) Une attaque indirecte est réputée englober des procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité ou l'annulation de l'ordonnance.

La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a accordé une ordonnance fondée sur l'article 44 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse qui autorise les demandes de rectification du registre. Si la législature d'une province autorise ses tribunaux à déclarer que des événements passés sont

cannot undermine the legislation by refusing to recognize the clear effect of the deemed event. Regardless, section 44 did not have the revisionist effect advanced by the Minister. The court order did not deem shares to have been issued when in fact they were not, but that the shares which had been issued were validly issued.

The Nova Scotia Supreme Court order was binding on the Minister and constituted proof of the fact that the preference shares were validly issued as of December 31, 1985.

To impose the requirement that retroactive orders not be based on facts arising after the end of the taxation year, if such orders are to have any force in tax proceedings, would be to unduly restrict the effectiveness of such orders and provide the Minister with a more effective means of avoiding the rule against collateral attacks.

Per Pratte J.A. (dissenting): Save when the law prescribes otherwise, when assessing the tax for a given year the Minister must take into consideration the facts as they existed during that year. On an appeal from an income tax assessment, the question is whether the assessment was valid when it was made. In performing his assessment function, the Minister must determine what were the relevant facts during the taxation year after considering all pertinent evidence, whether it came to light before or after the end of the taxation year. The Minister may not ignore a judgment that determines a taxpayer's situation during the taxation year, solely because it was rendered after the end of the taxation year. But the Minister must ignore a judgment that declares the situation that existed during that year to be different from what it really was if it is based on facts which occurred after the end of the taxation year, because it is irrelevant to the assessment of the taxpayer's liability on the basis of the facts existing at the end of the taxation year. The Nova Scotia Supreme Court judgment was based on evidence of facts that occurred long after the end of the taxation year and long after the date on which the appellants and their company made their election. It could not affect the validity of the Minister's assessment. The two preferred shares were irregularly issued and this irregularity was not corrected before the reassessment.

The Tax Court erred when it concluded that the conditions prescribed by subsections 85(1) and (2) had been met. "Consideration that includes shares" does not refer to

réputés s'être produits à une date antérieure, le ministre n'a pas le pouvoir de saper l'autorité de la loi en refusant de reconnaître l'effet manifeste de cet événement réputé. Quoi qu'il en soit, l'article 44 n'a pas l'effet révisionniste que lui prête le ministre. L'ordonnance judiciaire n'a pas déclaré que des actions sont réputées avoir été émises alors qu'en fait elles ne l'ont pas été, mais bien que les actions qui ont été émises l'ont été valablement.

L'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse lie le ministre et constitue une preuve du fait que les actions privilégiées avaient été valablement émises le 31 décembre 1985.

Exiger que les ordonnances rétroactives ne soient pas fondées sur des faits qui se sont produits après la fin de l'année d'imposition, si l'on veut que de telles ordonnances aient un effet quelconque dans les instances en matière de fiscalité, revient à restreindre indûment leur efficacité et à donner au ministre des moyens beaucoup plus efficaces de contourner la règle interdisant les attaques indirectes.

Le juge Pratte, J.C.A. (*dissident*): Sauf disposition contraire de la Loi, le ministre, quand il évalue l'impôt à payer dans une année donnée, doit tenir compte des faits qui existaient au cours de cette année. Dans un appel formé à l'encontre d'une cotisation d'impôt sur le revenu, la question à trancher est de savoir si la cotisation était valide au moment où elle a été faite. Pour déterminer l'impôt à payer, le ministre doit d'abord déterminer quels étaient les faits pertinents au cours de l'année d'imposition après avoir examiné tous les éléments de preuve pertinents, que ceux-ci soient portés à son attention avant ou après la fin de l'année d'imposition. Le ministre ne peut ignorer un jugement qui établit quelle était la situation du contribuable au cours de l'année d'imposition, pour la simple raison que ce jugement a été rendu après la fin de l'année d'imposition. Mais il ne doit pas tenir compte d'un jugement qui déclare que la situation qui existait au cours de cette année est différente de ce qu'elle était réellement si ce jugement est fondé sur des faits qui se sont produits après la fin de l'année d'imposition, parce que cela ne se rapporte pas à l'évaluation de la responsabilité fiscale du contribuable à partir des faits existant à la fin de l'année d'imposition. L'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été rendue en s'appuyant sur des faits qui se sont produits longtemps après la fin de l'année d'imposition et bien longtemps après la date à laquelle les appelants et leur société ont fait leur choix. Cela ne peut porter atteinte à la validité de la cotisation établie par le ministre. Les deux actions privilégiées ont été irrégulièrement émises et cette irrégularité n'a pas été corrigée avant l'établissement de la nouvelle cotisation.

La Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant que les conditions prescrites par les paragraphes 85(1) et (2) avaient été respectées. L'expression «contrepartie

consideration that consists of a simple promise to issue shares. The Minister must be in a position, as soon as an election is made under section 85, to assess the amount of tax owed by the taxpayer who chose to take advantage of that section. He must, at that time, be able to determine whether the conditions prescribed by the section are met and he must make that determination on the basis of the facts as they existed at that time. The taxpayers had not acquired the preferred shares when they made their election in 1986; they acquired them more than three years later.

comprenant des actions» ne peut faire référence à une contrepartie qui comprend une simple promesse d'émettre des actions. Le ministre doit être en mesure, aussitôt que le choix est exercé en vertu de l'article 85, d'évaluer le montant de l'impôt que doit payer le contribuable qui a choisi de tirer parti de cet article. Le ministre doit, dès ce moment, être en position de déterminer si les conditions prescrites par l'article sont respectées et il doit faire cette détermination en s'appuyant sur les faits tels qu'ils existent à ce moment. Les appelants n'avaient pas acquis les actions privilégiées lorsqu'ils ont fait leur choix en 1986; ils les ont acquises plus de trois ans plus tard.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Companies Act, R.S.N.S. 1989, c. 81, ss. 44, 109.
Companies Act, R.S.P.E.I. 1974, c. C-15, ss. 11.2 (as enacted by S.P.E.I. 1984, c. 14, s. 2), 18, 32(1) (as am. *idem*, s. 12), 34(1), 35 (as am. *idem*, s. 14), 36 (as am. *idem*, s. 15), 85(1),(3).
Excise Act, R.S.C. 1952, c. 99.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 15(1) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 8; 1980-81-82-83, c. 48, s. 7), 83(2) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 37), 85(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 45), (2) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 48; 1980-81-82-83, c. 48, s. 45; 1984, c. 45, s. 26).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Wilson v. R., [1983] 2 S.C.R. 594; (1983), 4 D.L.R. (4th) 577; [1984] 1 W.W.R. 481; 26 Man. R. (2d) 194; 9 C.C.C. (3d) 97; 37 C.R. (3d) 97; 51 N.R. 321.

DISTINGUISHED:

Bently v. M.N.R. (1954), 54 DTC 510 (T.A.B.); *Hobbs v. M.N.R.* (1970), 70 DTC 1744 (T.A.B.).

CONSIDERED:

Stuart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Walsh v. Lonsdale* (1882), 21 Ch. D. 9.

REFERRED TO:

Hillis v. R., [1983] 6 W.W.R. 577; [1983] CTC 348; (1983), 83 DTC 5365; 15 E.T.R. 156; 49 N.R. 1 (F.C.A.); *Boger (A.) Estate v. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 81; (1993), 93 DTC 5276; 50 E.T.R. 1; 155

LOIS ET RÈGLEMENTS

Companies Act, R.S.N.S. 1989, ch. 81, art. 44, 109.
Companies Act, R.S.P.E.I. 1974, ch. C-15, art. 11.2 (édicte par S.P.E.I. 1984, ch. 14, art. 2), 18, 32(1) (mod., *idem*, art. 12), 34(1), 35 (mod., *idem*, art. 14), 36 (mod., *idem*, art. 15), 85(1),(3).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 15(1) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 8; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 7; 1985, ch. 45, art. 126), 83(2) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 37; 1985, ch. 45, art. 126), 85(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 45), (2) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 48; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 45; 1984, ch. 45, art. 26; 1985, ch. 45, art. 126).
Loi sur l'accise, S.R.C. 1952, ch. 99.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Wilson c. R., [1983] 2 R.C.S. 594; (1983), 4 D.L.R. (4th) 577; [1984] 1 W.W.R. 481; 26 Man. R. (2d) 194; 9 C.C.C. (3d) 97; 37 C.R. (3d) 97; 51 N.R. 321.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Bently c. M.R.N. (1954), 54 DTC 510 (C.A.I.); *Hobbs c. M.R.N.* (1970), 70 DTC 1744 (C.A.I.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Stuart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Walsh v. Lonsdale* (1882), 21 Ch. D. 9.

DÉCISIONS CITÉES:

Hillis c. R., [1983] 6 W.W.R. 577; [1983] CTC 348; (1983), 83 DTC 5365; 15 E.T.R. 156; 49 N.R. 1 (C.A.F.); *Succession Boger (A.) c. M.R.N.*, [1993] 2 C.T.C. 81; (1993), 93 DTC 5276; 50 E.T.R. 1; 155

N.R. 303 (F.C.A.); *Atinco Products Ltd v The Queen*, [1978] CTC 566; (1978), 78 DTC 6387; 22 N.R. 485 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1979] 1 S.C.R. v; *The Queen v. Paxton, J.D.* (1996), 97 DTC 5012 (F.C.A.); *Can. Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury et al.*, [1953] 1 D.L.R. 385; (1952), 7 W.W.R. (N.S.) 49; 105 C.C.C. 20 (B.C.C.A.).

N.R. 303 (C.A.F.); *Atinco Products Ltd c La Reine*, [1978] CTC 566; (1978), 78 DTC 6387; 22 N.R. 485 (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée à [1979] 1 R.C.S. v; *La Reine c. Paxton, J.D.* (1996), 97 DTC 5012 (C.A.F.); *Can. Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury et al.*, [1953] 1 D.L.R. 385; (1952), 7 W.W.R. (N.S.) 49; 105 C.C.C. 20 (C.A.C.-B.).

AUTHORS CITED

Snell's Principles of Equity, 28th ed. by P. V. Baker and P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1982.

APPEAL from Tax Court judgment holding that a capital dividend payment was a taxable benefit under *Income Tax Act*, subsection 15(1) and cross-appeal from the finding that a section 85 rollover was valid (*Dale (P.) v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2303; (1993), 94 DTC 1100 (T.C.C.)). Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

COUNSEL:

D. Laurence Armstrong for appellants (respondents on cross-appeal).
Naomi Goldstein and *James C. Yaskowich* for respondent (appellant on cross-appeal).

SOLICITORS:

Armstrong, Nikolich, Victoria, for appellants (respondents by cross-appeal).
Deputy Attorney General of Canada, for respondent (appellant by cross-appeal).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

1 PRATTE J.A. (*dissenting*): The appellants appeal and the respondent cross-appeals from judgments of the Tax Court of Canada [[1994] 1 C.T.C. 2303] allowing in part the appellants' appeals to that Court from the reassessments of their 1985 income taxes.

2 In 1985, the appellants, who are father and son, owned 23 of the 26 issued shares of the Dale Cor-

DOCTRINE

Snell's Principles of Equity, 28th ed. by P. V. Baker and P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1982.

APPEL d'un jugement de la Cour de l'impôt statuant que le versement d'un dividende en capital était un avantage imposable en vertu du paragraphe 15(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et appel incident contestant la conclusion qu'un transfert en franchise d'impôt fondé sur l'article 85 était valide (*Dale (P.) c. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2303; (1993), 94 DTC 1100 (C.C.I.)). Appel accueilli et appel incident rejeté.

AVOCATS:

D. Laurence Armstrong, pour les appelants (intimés dans l'appel incident).
Naomi Goldstein et *James C. Yaskowich*, pour l'intimée (appelante dans l'appel incident).

PROCUREURS:

Armstrong, Nikolich, Victoria, pour les appelants (intimés dans l'appel incident).
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimée (appelante dans l'appel incident).

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

1 LE JUGE PRATTE, J.C.A. (*dissident*): Dans l'appel principal et dans l'appel incident, les appelants et l'intimée contestent les jugements de la Cour canadienne de l'impôt [[1994] 1 C.T.C. 2303] qui accueilleraient en partie les appels formés à l'encontre des nouvelles cotisations d'impôt sur le revenu établies pour 1985.

2 En 1985, les appelants, qui sont père et fils, étaient propriétaires de 23 des 26 actions émises de

poration. That company was incorporated by letters patent under the *Companies Act* of Prince Edward Island [R.S.P.E.I. 1974, c. C-15] with an authorized capital of \$5,000 divided into 50 shares of a par value of \$100. The appellants also owned an apartment building in Halifax, Nova Scotia, that they wanted to sell to an arm's-length purchaser. They knew that, if the sale was made directly to that purchaser, they would have to pay substantial tax on the capital gain and recapture of capital cost allowance that they would realize. In order to avoid that unpleasant result, they proposed to take advantage of subsection 83(2) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 37] and section 85 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 48; 1980-81-82-83, c. 48, s. 45; 1984, c. 45, s. 26] of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63].¹ Their plan was to dispose of the apartment building to their company (it had sufficient losses to offset the capital gain and recapture) which, in return, would assume the mortgage on the building and issue to each of them a fully paid redeemable preference share of \$1,142,702 on which the company would, after having sold the building at a profit, declare a tax-free capital dividend of \$80,000 under subsection 83(2).

3 The appellants, by an agreement with their company dated December 30, 1985, disposed of their apartment building in consideration of the assumption of the mortgage by the company and the issuance to each of them of a fully paid preference share having a redemption value of \$1,142,702. The signature of that contract, which also contained a clause whereby the parties agreed to "do and perform all such further acts . . . as are necessary to implement this Agreement," had been authorized by the shareholders and directors of the company who had also resolved, at the same time, that "the Company make application through its solicitors for amendment to the Letters Patent of the Company" to increase its capital stock from \$5,000 to \$6,000,000 so as to enable it to issue the two preference shares. Anticipating that the supplementary letters patent

la Dale Corporation. La société avait été constituée par lettres patentes en vertu de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard [R.S.P.E.I. 1974, ch. C-15], avec un capital social autorisé de 5 000 \$ divisé en 50 actions d'une valeur nominale de 100 \$ chacune. Les appelants étaient également propriétaires d'un immeuble d'habitation à Halifax (N.-É.) qu'ils voulaient vendre à un acquéreur n'ayant avec eux aucun lien de dépendance. Ils savaient que, si la vente était faite directement à cet acquéreur, ils devraient payer un impôt substantiel sur le gain en capital et la récupération de l'amortissement ainsi réalisés. Afin d'éviter ce résultat défavorable, ils ont proposé de tirer parti du paragraphe 83(2) [mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 37; 1985, ch. 45, art. 126] et de l'article 85 [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 48; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 45; 1984, ch. 45, art. 26; 1985, ch. 45, art. 126] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63]¹. Leur plan était de céder l'immeuble d'habitation à leur société (celle-ci avait suffisamment de pertes pour absorber le gain en capital et la récupération) qui, en retour, prendrait en charge l'hypothèque de l'immeuble et émettrait au nom de chacun des propriétaires une action privilégiée entièrement payée et rachetable de 1 142 702 \$ sur laquelle la société pourrait, après avoir vendu l'immeuble à profit, déclarer un dividende en capital exempt d'impôt de 80 000 \$ aux termes du paragraphe 83(2).

3 Dans une entente avec leur société en date du 30 décembre 1985, les appelants ont cédé leur immeuble en contrepartie de la prise en charge de l'hypothèque par la société et de l'émission à chacun d'eux d'une action privilégiée entièrement payée ayant une valeur de rachat de 1 142 702 \$. La signature de l'entente, qui comprenait également une clause en vertu de laquelle les parties «prendront toutes autres mesures nécessaires à la mise en œuvre de la présente entente», avait été autorisée par les actionnaires et administrateurs de la société qui avaient également adopté une résolution, au même moment, afin que la société demande «par l'intermédiaire de ses avocats que ses lettres patentes soient modifiées» afin de porter le capital-actions de 5 000 \$ à 6 000 000 \$, ce qui lui permettrait d'émettre les deux actions privilégiées. En prévision de

would be obtained, the company then issued a fully paid preference share certificate to each of the appellants, sold the building at a profit and immediately declared "a dividend out of its Capital Dividend Account pursuant to subsection 83(2) of the income tax [act] in the amount of \$80,000 per share on each of the two issued, outstanding and fully paid preference shares". The appellants and their company subsequently filed the election required by section 85 and the company filed the election required by subsection 83(2).

4 In their income tax returns for 1985, the appellants, as one could expect, assumed the validity of the section 85 rollover and the tax-free character of the dividends they had received on their preference shares. Nobody could have challenged that assumption with any chance of success had it not been for an omission which was apparently discovered three years later, at a time when the Dale Corporation was about to apply for a certificate of continuance under the *Companies Act* of Nova Scotia [R.S.N.S. 1989, c. 81], a jurisdiction where companies are constituted by memorandum of association rather than by letters patent as in Prince Edward Island.

5 In the fall of 1988, the appellants found that the supplementary letters patent authorizing the increase of the capital stock of their company had never been obtained. Realizing the serious fiscal consequences that this omission might have, they did everything in their power, short of obtaining letters patent under the *Companies Act* of Prince Edward Island, to remedy it. The increase in the capital stock of the company that had been decided by the shareholders in 1985 was thus ratified not only by further resolutions of the shareholders before and after the company had obtained its certificate of continuance under the *Companies Act* of Nova Scotia, but also by the increase of its capital stock under the *Companies Act* of Nova Scotia and by an order of the Supreme Court of that province. That order, made on June 25, 1992, declared "the authorized capital of the Dale Corporation . . . to have been amended . . .

la délivrance des lettres patentes supplémentaires, la société a ensuite émis un certificat d'action privilégiée entièrement payée à chacun des appelants, a vendu l'immeuble à profit et a immédiatement déclaré «sur son compte de dividende en capital, conformément au paragraphe 83(2) de la [loi] de l'impôt sur le revenu, un dividende de 80 000 \$ sur chacune des deux actions émises, qui sont en circulation et qui sont entièrement payées». Les appelants et leur société ont ensuite fait le choix exigé à l'article 85 et la société a déposé le formulaire prévu au paragraphe 83(2) pour l'exercice de ce choix.

4 Dans leurs déclarations de revenus pour 1985, les appelants, comme on peut s'y attendre, ont présumé de la validité du transfert en franchise d'impôt prévu à l'article 85 et de l'exonération touchant les dividendes qu'ils avaient déjà reçus sur leurs actions privilégiées. Personne n'aurait pu contester cette hypothèse avec une quelconque chance de succès, n'eût été cette omission qui a apparemment été découverte trois ans plus tard, au moment où la Dale Corporation était sur le point de demander un certificat de prorogation en vertu de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse [R.S.N.S. 1989, ch. 81], un ressort dans lequel les sociétés sont constituées par actes constitutifs plutôt que par lettres patentes comme c'est le cas à l'Île-du-Prince-Édouard.

5 À l'automne 1988, les appelants se sont rendu compte que les lettres patentes supplémentaires autorisant l'augmentation du capital-actions de leur société n'avaient jamais été obtenues. Se rendant compte des conséquences fiscales sérieuses qu'une telle omission pouvait entraîner, ils ont fait tout ce qui était en leur pouvoir, à défaut de pouvoir obtenir les lettres patentes en vertu de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, pour remédier à cette situation. L'augmentation du capital-actions de la société qui avait été décidée par les actionnaires en 1985 a donc été ratifiée, non seulement par l'adoption d'autres résolutions des actionnaires avant et après que la société obtienne son certificat de prorogation en vertu de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, mais également par l'augmentation de son capital-actions en vertu de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse et par la délivrance d'une ordon-

effective December 28, 1985,” and ratified the two preference shares “as having been validly issued and outstanding as at December 31, 1985.”²

6 That order had not yet been pronounced when the appellants’ income taxes for 1985 were reassessed on the basis that the two preference shares had not been validly issued in 1985.³ It followed, in the Minister’s view, that the apartment building had not been transferred to the Dale Corporation, as required by section 85, for a “consideration that include[d] shares of the capital stock of the corporation” and that, as a consequence, the appellants were deemed to have disposed of their building at fair market value. It also followed, as dividends cannot be declared on shares that do not exist, that the capital dividends of \$80,000 received by the appellants were not tax-free dividends but appropriations to shareholders under subsection 15(1) of the Act.

7 The appellants’ appeals from those reassessments were allowed only in part. The Tax Court Judge was of the view that, as long as the Dale Corporation had been governed by the *Companies Act* of Prince Edward Island, the preference shares could not be validly issued since the initial authorized capital stock had not been increased by supplementary letters patent. He was also of opinion that, from the moment when the company had ceased to be a letters patent Prince Edward Island company to become a memorandum of association Nova Scotia company with an increased authorized share capital, the irregularity in the issuance of the preference shares had been cured. Accordingly, he held that the \$80,000 dividends were not dividends since they had been declared at a time when the shares did not exist. On that point, he upheld the reassessments. However, on the question of the validity of the section 85 rollover, he ruled in favour of the appellants. He was of the view [at page 2317] that the requirement of section 85 that the taxpayers shall

nance de la Cour suprême de cette province. Cette ordonnance, délivrée le 25 juin 1992, déclarait que «le capital-actions autorisé de la Dale Corporation . . . [avait] été modifié . . . avec prise d’effet le 28 décembre 1985», et considérait les deux actions privilégiées «comme ayant été valablement émises et comme étant en circulation le 31 décembre 1985»².

6 Cette ordonnance n’avait pas encore été prononcée quand l’impôt sur le revenu des appelants pour l’année 1985 a fait l’objet d’une nouvelle cotisation au motif que les deux actions privilégiées n’avaient pas été valablement émises en 1985³. Il s’ensuit, d’après l’opinion du ministre, que l’immeuble n’a pas été transféré à la Dale Corporation, comme l’exigeait l’article 85, pour «une contrepartie comprenant des actions du capital-actions de la [société]» et que, par conséquent, les appelants sont censés avoir disposé de leur immeuble à la juste valeur marchande. Il s’ensuit également, comme il est impossible de déclarer des dividendes sur des actions qui n’existent pas, que les dividendes en capital de 80 000 \$ touchés par chacun des appelants ne sont pas des dividendes exonérés d’impôt, mais bien des avantages accordés aux actionnaires en vertu du paragraphe 15(1) de la Loi.

7 Les appels formés à l’encontre de ces nouvelles cotisations ont été accueillis en partie seulement. Le juge de la Cour d’impôt s’est dit d’avis que, tant et aussi longtemps que la Dale Corporation avait été régie par la *Companies Act* de l’Île-du-Prince-Édouard, les actions privilégiées ne pouvaient valablement avoir été émises puisque le capital-actions initialement autorisé n’avait pas été augmenté au moyen des lettres patentes supplémentaires. Il était également d’avis que, dès que la société avait cessé d’être une société de l’Île-du-Prince-Édouard constituée par lettres patentes pour devenir une société de la Nouvelle-Écosse dotée d’un acte constitutif et d’un capital-actions autorisé accru, on avait remédié à l’émission irrégulière des actions privilégiées. Par conséquent, il a statué que les dividendes de 80 000 \$ n’étaient pas des dividendes puisqu’ils avaient été déclarés à un moment où les actions n’existaient pas. Sur ce point, il a maintenu les nouvelles cotisations. Toutefois, sur la question de la validité du transfert en franchise d’impôt prévu à

dispose of their property to a corporation for “consideration that includes shares’ [of the capital stock of the corporation] does not . . . imply that the share must necessarily be issued simultaneously with the transfer of property to the company or indeed within the same taxation year.” According to him, “What is essential is that there be either an actual issuance of shares or a binding obligation to do so at the time of transfer and that the shares be issued within a period of time that, in all the circumstances, is reasonable.” He considered that, in the unusual circumstances of this case, the shares had been issued within a reasonable time. He therefore concluded that the section 85 rollover was valid.

l’article 85, il a tranché en faveur des appelants. Il s’est dit d’avis [à la page 2317] que l’exigence prévue à l’article 85 selon laquelle les contribuables devaient aliéner leur bien à une société pour une «contrepartie incluant des actions» [du capital-actions de cette société] n’implique pas . . . que les actions doivent être émises en même temps que le bien est transféré ou, en fait, dans la même année d’imposition». Selon lui, «[l’]essentiel est que l’on émette effectivement les actions ou qu’une obligation à force exécutoire en prévoit l’émission à l’époque du transfert et que les actions soient émises dans un délai qui, eu égard à l’ensemble des circonstances, est raisonnable». Il a jugé que, compte tenu des circonstances inhabituelles de cette affaire, les actions avaient été émises dans un délai raisonnable. Il a donc conclu à la validité du transfert en franchise d’impôt effectué en application de l’article 85.

8 The appellants appeal from the part of the judgment that relates to the \$80,000 dividends; the respondent, by Her cross-appeal, challenges the conclusion that the section 85 rollover was valid.

8 Les appelants contestent la partie du jugement qui traite des dividendes de 80 000 \$; l’intimée, dans un appel incident, conteste la conclusion selon laquelle le transfert en franchise d’impôt fondé sur l’article 85 est valide.

9 The first question to be considered is the correctness of the Judge’s decision that the two preference shares had not been validly issued in 1985. If he was wrong on that point and if, contrary to what he decided, the shares were really issued in 1985, there would be no reason to doubt either the validity of the section 85 rollover or the reality of the declaration of dividends; such a finding would dispose of the appeal, which would succeed, and the cross-appeal, which would be dismissed.

9 La première question à analyser est la justesse de la décision du juge selon laquelle les deux actions privilégiées n’ont pas été valablement émises en 1985. S’il a tort sur ce point et si, contrairement à ce qu’il a décidé, les actions ont réellement été émises en 1985, il n’y aurait aucune raison de douter ni de la validité du transfert en franchise d’impôt fondé sur l’article 85 ni de la réalité de la déclaration des dividendes; une telle conclusion trancherait définitivement l’appel, qui serait accueilli, ainsi que l’appel incident, qui serait rejeté.

10 If, however, the Judge was right on that point, the appeal would have to be dismissed and, in order to dispose of the cross-appeal, it would be necessary to determine the correctness of the Judge’s finding that the requirements of section 85 had been met even though the two preference shares had not been validly issued in 1985.

10 Toutefois, si le juge a raison sur ce point, il faudra rejeter l’appel et, pour trancher définitivement l’appel incident, il sera nécessaire de déterminer la justesse de la conclusion du juge selon laquelle les exigences de l’article 85 ont été respectées même si les deux actions privilégiées n’ont pas été valablement émises en 1985.

The Validity of the Issuance of the Preferred Shares

La validité de l’émission des actions privilégiées

11 According to the appellants, the failure of the Dale Corporation to obtain supplementary letters

11 Selon les appelants, l’omission de la Dale Corporation d’obtenir les lettres patentes supplémentaires

patent increasing its capital stock did not invalidate the issuance of the two preference shares. Of the many arguments that they put forward in support of that contention, only three deserve consideration.

augmentant son capital-actions n'invalide pas l'émission des deux actions privilégiées. Parmi les nombreux arguments qu'ils ont formulés à l'appui de cette prétention, trois seulement méritent notre attention.

12 First, they say that, under the *Companies Act* of Prince Edward Island,⁴ the two preference shares could be legally issued without any amendment to the letters patent of the company.

Tout d'abord, ils prétendent qu'en vertu de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard⁴, les deux actions privilégiées pouvaient légalement être émises sans modification des lettres patentes de la société. 12

13 The Dale Corporation had been created by letters patent on December 9, 1969, pursuant to the *Companies Act* of Prince Edward Island. The letters patent described the capital stock of the company in the following terms:

La Dale Corporation a été constituée par lettres patentes le 9 décembre 1969, aux termes de la *Companies Act* du l'Île-du-Prince-Édouard. Les lettres patentes décrivent le capital-actions de la société dans les termes suivants: 13

The Capital Stock of the said Company shall be Five Thousand Dollars divided into Fifty Common Shares of One Hundred Dollars each subject to the increase of such Capital Stock under the provisions of the said Act.

[TRADUCTION] Le capital-actions de ladite société sera de cinq mille dollars divisés en cinquante actions ordinaires de 100 \$ chacune, sous réserve de l'augmentation du capital-actions conforme aux dispositions de ladite Loi.

14 The appellants' contention that the issuance of the two preferred shares did not require an amendment to the letters patent of the company is based on two premises: first, they say that, under subsection 85(1) of the *Companies Act* of Prince Edward Island, the issuance of preferred shares did not need to be authorized by the letters patent of the company and, second, that, as the preferred shares here in question had no par value, they could be issued without increasing the capital stock of the company.

La prétention des appelants selon laquelle l'émission des deux actions privilégiées n'exigeait pas une modification des lettres patentes de la société se fonde sur deux prémisses: premièrement, selon leur affirmation, aux termes du paragraphe 85(1) de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, il n'était pas nécessaire que les lettres patentes de la société autorisent l'émission des actions privilégiées et, deuxièmement, comme les actions privilégiées en l'espèce n'ont pas de valeur nominale, elles pouvaient être émises sans qu'il y ait augmentation du capital-actions de la société. 14

15 Both these propositions are wrong.

Ces deux propositions sont erronées. 15

16 Under subsection 85(1) of the Prince Edward Island *Companies Act*, the directors and shareholders of a company may decide to issue part of the authorized capital stock of the company as preferred stock. They may not, however, create preferred stock in addition to the authorized capital stock of the company.

En vertu du paragraphe 85(1) de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, les administrateurs et actionnaires d'une société peuvent décider d'émettre une partie du capital-actions autorisé de la société sous forme d'actions privilégiées. Ils ne peuvent pas, toutefois, créer des actions privilégiées qui dépassent le capital-actions autorisé de la société. 16

17 As to the assertion that the issuance of the two preferred shares did not increase the amount of the capital stock of the company, all that I can say is

Quant à l'affirmation selon laquelle l'émission des deux actions privilégiées n'a pas augmenté le montant du capital-actions de la société, tout ce que je 17

that I disagree: it is obvious that the issuance, for consideration exceeding two million dollars, of two shares without par value but with a redemption and retraction value of more than a million dollars each, had the effect of increasing the capital of the company.

18 The appellants' second argument regarding the validity of the issuance of the preference shares is based on section 18 of the *Companies Act* of Prince Edward Island which, they say, makes it clear that the failure to obtain letters patent increasing the capital stock of the company was of no consequence. Section 18 reads, in part, as follows:

18. This Part as it relates to matters preliminary to the issue of the letters patent and supplementary letters patent are directory only; and no letters patent, or supplementary letters patent, issued under this Part shall be held void for any irregularity, insufficiency or want of compliance herewith as respects such preliminary matter, . . .

19 This section does not help the appellants. It does not apply when, as in this case, no letters patent have been issued.

20 The appellants' third argument is based on the order of the Supreme Court of Nova Scotia of June 25, 1992, which declared that the "authorized share capital of the Dale Corporation . . . [had] been amended . . . effective December 28, 1985," and confirmed "the two Preference Shares issued . . . as having been validly issued and outstanding as at December 31, 1985."

21 As that order was made by a superior court, the appellants argue that it cannot be attacked collaterally until it is lawfully set aside or quashed (see *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594) and that the Tax Court erred in ignoring it.

22 I do not agree.

peux dire c'est que je ne peux accepter cet argument; il est évident que l'émission, pour une contrepartie de plus de deux millions de dollars, de deux actions sans valeur nominale mais avec une valeur de rachat et d'encaissement par anticipation de plus d'un million de dollars chacune, a eu pour effet d'augmenter le capital-actions de la société.

Le deuxième argument des appelants concernant la validité de l'émission des actions privilégiées se fonde sur l'article 18 de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard qui, selon leur prétention, indique clairement que l'omission d'obtenir des lettres patentes augmentant le capital-actions de la société n'entraîne aucune conséquence. L'article 18 se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] 18. Les dispositions de la présente partie portant sur des questions préliminaires à la délivrance de lettres patentes et de lettres patentes supplémentaires, sont directrices seulement; les lettres patentes ou lettres patentes supplémentaires, délivrées en vertu de la présente partie, ne peuvent être déclarées nulles par suite de toute irrégularité, insuffisance ou non-respect des présentes dispositions concernant ces questions préliminaires . . .

Cet article n'aide pas les appelants. Il ne s'applique pas, lorsque, comme en l'espèce, des lettres patentes n'ont pas été délivrées.

Le troisième argument des appelants se fonde sur l'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse en date du 25 juin 1992, déclarant que le [TRADUCTION] «capital-actions autorisé de la Dale Corporation . . . [avait été] modifié . . . avec prise d'effet le 28 décembre 1985», et considérant que «les deux actions privilégiées qui ont été émises . . . comme ayant été valablement émises et comme étant en circulation le 31 décembre 1985».

Étant donné que cette ordonnance a été rendue par une cour supérieure, les appelants prétendent qu'elle ne peut être attaquée indirectement tant qu'elle n'est pas légalement annulée ou infirmée (voir *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594) et que la Cour de l'impôt a commis une erreur en ne tenant pas compte de ce principe.

Je ne peux accepter cet argument.

18

19

20

21

22

23 We are dealing here with the validity of an income tax assessment for the 1985 taxation year. Under our law, income tax is an annual affair. Taxpayers must file an income tax return for each taxation year and the Minister of National Revenue must thereafter assess the tax for that year. It follows, in my view, that, save when the law prescribes otherwise,⁵ the Minister, when he assesses the tax for a given year, must take into consideration the facts as they existed during that year. It also follows that, if there is an appeal from the Minister's assessment, the correctness and validity of the assessment must be decided on the basis of the facts that existed at the end of the taxation year. An assessment which was correct when it was made cannot, with the passage of time, degenerate into an incorrect assessment. On an appeal from an income tax assessment, the question to be decided is whether the assessment was valid when it was made.

24 This is not to say that the Minister, in assessing or reassessing, must ignore all judgments concerning the taxpayer that are rendered after the end of the taxation year. In performing his assessment function, the Minister must first determine what were the relevant facts during the taxation year and, in making that determination, he must consider all pertinent evidence, whether it came to light before or after the end of the taxation year. If a judgment pronounced against or in favour of the taxpayer determines what was his situation during the taxation year, the Minister may not ignore it for the sole reason that it was rendered after the end of the taxation year. The situation is different, however, when a judgment, on the basis of facts which occurred after the end of the taxation year, declares the situation that existed during that year to be different from what it really was. Then, the judgment must be ignored by the Minister because it is irrelevant to the question that he has to address, namely the assessment of the taxpayer's liability on the basis of the facts existing at the end of the taxation year. In other words, if the Minister may not, in the performance of his assessment function, take into consideration facts that

23 Nous traitons en l'espèce de la validité d'une cotisation d'impôt sur le revenu pour l'année d'imposition 1985. En vertu de notre droit, l'impôt sur le revenu est exigible tous les ans. Les contribuables doivent produire une déclaration de revenus pour chaque année d'imposition, et le ministre du Revenu national doit par la suite évaluer l'impôt payable dans l'année. Il s'ensuit, à mon avis, que, sauf disposition contraire de la Loi⁵, le ministre, quand il évalue l'impôt à payer dans une année donnée, doit tenir compte des faits qui existaient au cours de cette année. Il s'ensuit également que, si un appel est formé à l'encontre de la cotisation du ministre, la justesse et la validité de la cotisation établie doivent être décidées en se fondant sur les faits qui existaient à la fin de l'année d'imposition en question. Une cotisation qui était exacte au moment où elle a été établie ne peut, du seul fait de l'écoulement du temps, devenir inexacte. Dans un appel formé à l'encontre d'une cotisation d'impôt sur le revenu, la question à trancher est de savoir si la cotisation était valide au moment où elle a été faite.

24 Je ne veux pas dire que le ministre, en établissant une première cotisation ou une nouvelle cotisation, doit ignorer tous les jugements concernant le contribuable qui ont été rendus après la fin de l'année d'imposition. Pour déterminer l'impôt à payer, le ministre doit d'abord déterminer quels étaient les faits pertinents au cours de l'année d'imposition et, pour ce faire, il doit considérer tous les éléments de preuve pertinents, que ceux-ci soient portés à son attention avant ou après la fin de l'année d'imposition. Si un jugement prononcé en faveur ou à l'encontre du contribuable établit quelle était sa situation au cours de l'année d'imposition, le ministre ne peut ignorer ce jugement pour la simple raison que celui-ci a été rendu après la fin de l'année d'imposition. Bien entendu, la situation est différente lorsqu'un jugement, se fondant sur des faits qui se sont produits après la fin de l'année d'imposition, déclare que la situation qui existait au cours de cette année est différente de ce qu'elle était réellement. Dans ce cas, le ministre ne peut pas tenir compte du jugement parce que celui-ci ne se rapporte pas à la question qu'il doit trancher, c'est-à-dire évaluer la responsabilité fiscale du contribuable à partir des faits

occur after the end of the taxation year, he may not, either, take into consideration judgments based on such facts.

25 In this instance, the order of the Nova Scotia Supreme Court was made *ex parte* on an application by the Dale Corporation Limited under section 44 of the *Companies Act* of Nova Scotia upon reading the affidavit of Peter Dale who swore that, after issuing the two preferred shares, the company had become a Nova Scotia company with an increased capital stock and that the shareholders of the company, before and after the continuation of the company as a Nova Scotia company, had ratified the issuance of the two preferred shares. That judgment was clearly based on evidence of facts that occurred long after the end of the taxation year and long after the date on which the appellants and their company made their election (May 5, 1986). It could not affect the validity of the assessment made by the Minister.⁶

26 The Judge of the Tax Court was therefore right when he held that the two preferred shares had been irregularly issued in 1985 and that this irregularity had not been corrected before 1989. Was he also right in his interpretation of section 85 and his conclusion that the invalidity of the issuance of the two preferred shares in 1985 did not affect the validity of the section 85 rollover?

The Section 85 Rollover

27 In order for the provisions of subsections 85(1) and (2) to apply, the taxpayers and the partnership concerned must have disposed of property to a taxable Canadian corporation "for consideration that includes shares of the capital stock of the corporation." As the Dale Corporation, when it acquired the appellants' apartment building, could not issue the two preferred shares, the Minister of National

existant à la fin de l'année de l'imposition. Autrement dit, si le ministre ne peut, dans l'accomplissement de sa fonction d'évaluation, tenir compte de faits qui se sont produits après l'expiration de l'année d'imposition, il ne peut pas non plus tenir compte de jugements rendus à partir de ces mêmes faits.

25 En l'espèce, l'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été rendue *ex parte*, par suite du dépôt d'une demande par la Dale Corporation Limited en vertu de l'article 44 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, en s'appuyant sur l'affidavit de Peter Dale qui a déclaré sous serment que, après avoir émis les deux actions privilégiées, la société était devenue une société néo-écossaise avec un capital-actions accru et que les actionnaires de la société, avant et après la prorogation de la société en Nouvelle-Écosse, avaient ratifié l'émission des deux actions privilégiées. Ce jugement se fondait clairement sur la preuve de faits qui se sont produits longtemps après la fin de l'année d'imposition et bien longtemps après la date à laquelle les appelants et leur société ont fait leur choix (le 5 mai 1986). Cela ne peut porter atteinte à la validité de la cotisation établie par le ministre⁶.

26 Le juge de la Cour de l'impôt a donc conclu à bon droit que les deux actions privilégiées avaient été irrégulièrement émises en 1985 et que cette irrégularité n'avait pas été corrigée avant 1989. Son interprétation de l'article 85 et sa conclusion selon laquelle l'invalidité de l'émission des deux actions privilégiées en 1985 n'a pas porté atteinte à la validité du transfert en franchise d'impôt fondé sur l'article 85 sont-elles tout aussi justes?

Le transfert en franchise d'impôt fondé sur l'article 85

27 Pour que les dispositions des paragraphes 85(1) et (2) s'appliquent, les contribuables et la société de personnes en cause doivent avoir disposé des biens en faveur d'une corporation canadienne imposable «moyennant une contrepartie comprenant des actions du capital-actions de la corporation». Étant donné que la Dale Corporation, quand elle a acquis l'immeuble des appelants, ne pouvait émettre les deux

Revenue reassessed the appellants on the basis that the requirements of subsections 85(1) and (2) were not met because the consideration for which the appellants had disposed of their property did not, in fact, “include shares.” The Trial Judge disagreed. He conceded that, in fact, the appellants had disposed of their property in consideration of the mere promise of the company to obtain supplementary letters patent and issue the two preferred shares. In his view, however, it did not follow that the consideration for which the appellants had disposed of their property did not include shares. As it is trite law that consideration may be of two kinds, executed and executory, and as he saw no reason to restrict the meaning of the word “consideration” in section 85 to executed consideration, he concluded that the requirement of subsections 85(1) and (2) concerning consideration is met not only when, at the time of the transfer of the property to the corporation, there is an actual issue of shares but also when, as here, there is at that time a binding obligation to do so provided, in such a case, that the shares be issued within a reasonable time.

28 I am not convinced by the reasoning of the Judge.

29 First, I am of opinion that the phrase “consideration that includes shares,” in its plain and ordinary meaning, cannot refer to consideration that consists of a simple promise to issue shares.

30 Second, the interpretation adopted by the Judge of first instance is difficult to reconcile with the intention of Parliament which, I assume, did not enact section 85 simply to allow taxpayers to gain tax advantages by disposing of property through the intermediary of a corporation. Parliament clearly intended that the taxpayer disposing of the property should acquire shares of the corporation. This, the Judge clearly acknowledged by requiring, when the consideration consists of a mere promise to issue shares, that the shares be issued within a reasonable

actions privilégiées, le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation pour les appelants en se fondant sur le fait que les exigences des paragraphes 85(1) et (2) n’avaient pas été respectées étant donné que la contrepartie versée en échange de la cession du bien des appelants ne comprenait pas d’actions. Le juge de première instance n’a pas accepté cet argument. Il reconnaît qu’en fait les appelants ont cédé leur bien en contrepartie de la simple promesse faite par la société d’obtenir des lettres patentes supplémentaires et d’émettre les deux actions privilégiées. Toutefois, à son avis, il ne s’ensuit pas que la contrepartie pour laquelle les appelants ont aliéné leur propriété ne comprenait pas d’actions. Comme il est bien établi en droit qu’il y a deux types de contrepartie, soit les contreparties réalisées et celles qui dépendent d’un événement futur, et comme il n’a pas vu de raisons de restreindre le sens du mot «contrepartie» utilisé à l’article 85 à une contrepartie réalisée, il a conclu que les conditions des paragraphes 85(1) et (2) concernant la contrepartie sont respectées non seulement lorsque, au moment du transfert du bien à la société, il y a une émission réelle d’actions mais aussi lorsque, comme en l’espèce, il y a à ce moment une obligation à force exécutoire de le faire pourvu, dans ce cas, que les actions soient émises dans un délai raisonnable.

Ce raisonnement ne me convainc pas.

29 Tout d’abord, je suis d’avis que l’expression «contrepartie comprenant des actions», selon son sens ordinaire, ne peut faire référence à une contrepartie qui comprend une simple promesse d’émettre des actions.

30 Deuxièmement, l’interprétation adoptée par le juge de première instance est difficile à rapprocher de l’intention du législateur qui, je le présume, n’a pas adopté l’article 85 simplement pour autoriser les contribuables à profiter d’avantages fiscaux en aliénant leur bien par l’intermédiaire d’une société. Le législateur avait manifestement l’intention de faire en sorte que le contribuable qui aliène un bien acquière des actions de la société, ce qui suppose, comme l’a clairement reconnu le juge, que, lorsque la contrepartie est constituée d’une simple promesse d’émet-

time. He failed to recognize, however, that the Minister of National Revenue must be in a position, as soon as an election is made under section 85, to assess the amount of tax owed by the taxpayer who chose to take advantage of that section. The Minister must, at that time, be able to determine whether the conditions prescribed by the section are met and, as he is not endowed with a gift of divination, he must make that determination on the basis of the facts as they exist at that time. Now, it is clear that the appellants had not acquired the preferred shares when they made their election on May 5, 1986; they acquired them more than three years later.

31 I am therefore of opinion that the Judge of first instance was wrong when he concluded that the conditions prescribed by subsections 85(1) and (2) had been met in this case.

32 Contrary to what was argued by counsel for the appellants, I think that this conclusion is consistent with paragraph 85(1)(b) which refers to the "non-share" portion of the consideration received by the taxpayer from the corporation as being the total consideration for the disposition "other than any shares of the capital stock of the corporation or a right to receive any such shares." That phrase certainly shows that the author of subsections 85(1) and (2) was very conscious of the difference between shares and a right to receive shares and of the possibility that the consideration received by the taxpayer could include both shares and a right to receive shares. I cannot draw any other inference from the use of those words in that paragraph.

33 I would, therefore, dismiss the appeal, allow the cross-appeal, set aside the judgment of the Tax Court as it relates to the appellants' 1985 taxation year, and restore the Minister's assessments for that year. I would, in addition, order the appellants to pay the respondent's costs both here and below.

tre des actions, ces actions soient émises dans un délai raisonnable. Il n'a pas vu cependant que le ministre du Revenu national doit être en mesure, aussitôt que le choix est exercé en vertu de l'article 85, d'évaluer le montant de l'impôt que doit payer le contribuable qui a choisi de tirer parti de cet article. Le ministre doit, dès ce moment, être en position de déterminer si les conditions prescrites par l'article sont respectées et, comme il n'est pas devin, il doit faire cette détermination en s'appuyant sur les faits tels qu'ils existent à ce moment. Il est clair que les appelants n'avaient pas acquis les actions privilégiées lorsqu'ils ont fait leur choix le 5 mai 1986; ils les ont acquises plus de trois ans plus tard.

Je suis donc d'avis que le juge de première instance a eu tort de conclure que les conditions prescrites par les paragraphes 85(1) et (2) avaient été respectées en l'espèce. 31

Contrairement à ce qu'a soutenu l'avocat des appelants, je crois que cette conclusion est compatible avec l'alinéa 85(1)b) qui fait référence à la fraction «non composée d'actions» de la contrepartie touchée par le contribuable de la société comme étant la contrepartie totale reçue pour la disposition «autre que toutes actions du capital-actions de la corporation ou un droit d'en recevoir». Cette expression démontre certainement que l'auteur des paragraphes 85(1) et (2) était très conscient de la différence qui existe entre des actions et un droit de recevoir des actions et de la possibilité que la contrepartie touchée par le contribuable puisse inclure à la fois des actions et un droit d'en recevoir. Je ne puis tirer aucune autre inférence de l'emploi de ces mots dans cet alinéa. 32

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel, d'accueillir l'appel incident, d'annuler la partie du jugement de la Cour de l'impôt qui traite de l'année d'imposition 1985 et de rétablir les cotisations établies par le ministre pour cette année. En outre, je suis d'avis d'ordonner aux appelants de payer les dépens de l'intimée tant devant cette instance que devant la Cour de l'impôt. 33

The following are the reasons for judgment rendered in English by

34 ROBERTSON J.A.: This is yet another case in which the Court is called on to determine whether a taxpayer is to be denied a tax advantage on the basis of what the Minister of National Revenue characterizes as an ineffective or invalid transaction. Section 85 of the *Income Tax Act* (hereinafter the Act) requires that the consideration on a rollover of property from an individual to a corporation must include at least one share of the capital stock of the transferee. In this instance preference shares were issued to the transferor, the appellant taxpayers, but at a time when the authorized capital of the corporate transferee did not permit such. To effect the necessary increase in capital, supplementary letters patent were required but never obtained. Eventually, the corporate transferee did obtain an order of the Supreme Court of Nova Scotia which deemed the preference shares to have been validly issued within the relevant taxation year. Both the appeal and cross-appeal can be disposed of in favour of the taxpayers if the Nova Scotia order is accepted according to its terms. I conclude that the law requires the Minister to give full legal effect to the order in question and, therefore, the taxpayers are entitled to the tax relief claimed.

35 Bernard Dale and his son Peter, the taxpayers, were the beneficial owners of an apartment building located in the city of Halifax. In 1985 they decided to sell the building. Rather than effecting a direct transfer to a third party the taxpayers proposed to convey the property to the Dale Corporation, incorporated under the laws of Prince Edward Island. The taxpayers owned 23 of the 26 issued shares of that corporation. The remaining shares were owned by Bernard's wife and the two other Dale children. All the shareholders of Dale Corporation approved the purchase of the apartment building. The consideration for the transfer was the assumption of the

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Il s'agit encore une fois d'une affaire dans laquelle la Cour est appelée à décider si un contribuable doit se voir refuser un avantage fiscal sur la base de ce que le ministre du Revenu national qualifie d'opération invalide ou sans effet. L'article 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) exige que, lorsqu'un particulier envisage de transférer en franchise d'impôt des biens à une société, le transfert comprenne au moins une action du capital-actions de la cessionnaire. En l'espèce, des actions privilégiées ont été émises aux cédants, c'est-à-dire les contribuables appelants, mais à un moment où le capital social autorisé de la société cessionnaire ne permettait pas une telle opération. Pour effectuer l'augmentation nécessaire du capital social, des lettres patentes supplémentaires étaient exigées, mais elles n'ont jamais été obtenues. Par la suite, la société cessionnaire a effectivement obtenu une ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans laquelle il était déclaré que les actions privilégiées étaient réputées avoir été valablement émises au cours de l'année d'imposition en cause. L'appel, tout comme l'appel incident, pourront être tranchés en faveur des contribuables si l'ordonnance de la Nouvelle-Écosse est acceptée selon les conditions qui y sont énoncées. Je conclus que la loi exige que le ministre donne son plein effet juridique à l'ordonnance en question et, par conséquent, que les contribuables ont droit à l'allègement fiscal réclamé.

Bernard Dale et son fils Peter, les contribuables, étaient propriétaires bénéficiaires d'un immeuble d'habitation situé dans la ville d'Halifax. En 1985, ils ont décidé de vendre cet immeuble. Au lieu de le céder directement à un tiers, les contribuables ont proposé de céder l'immeuble à la Dale Corporation, constituée en vertu des lois de l'Île-du-Prince-Édouard. Les contribuables possédaient 23 des 26 actions émises de cette société. Le reste des actions était la propriété de l'épouse de Bernard et des deux autres enfants Dale. Tous les actionnaires de la Dale Corporation ont approuvé l'achat de l'immeuble. La contrepartie du transfert était constituée de la prise

existing mortgage indebtedness and the issuance to each taxpayer of a preference share having a redemption value of approximately \$1.1 million. However, the Dale Corporation did not, at that time, have an authorized capital which would permit the issuance of preference shares. Accordingly, at a meeting held on December 28, 1985, the shareholders of Dale Corporation passed a by-law authorizing the increase in capital and the making of an application for supplementary letters patent as required by section 35 of the *Companies Act* of Prince Edward Island. In anticipation of the grant of supplementary letters patent, the Dale Corporation issued the two preference shares.

en charge de l'hypothèque en cours et de l'émission à chaque contribuable d'une action privilégiée ayant une valeur de rachat d'environ 1,1 million de dollars. Toutefois, la Dale Corporation n'avait pas, à ce moment, le capital social autorisé lui permettant d'émettre des actions privilégiées. Par conséquent, au cours d'une réunion qui s'est tenue le 28 décembre 1985, les actionnaires de la Dale Corporation ont adopté un règlement intérieur autorisant l'augmentation du capital social et le dépôt d'une demande de lettres patentes supplémentaires comme l'exigeait l'article 35 de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard. En prévision de la délivrance des lettres patentes, la Dale Corporation a émis les deux actions privilégiées.

36 The obvious purpose of the transaction was to ensure that the taxpayers did not realize the recapture and capital gain on the disposition of a property to an arm's-length party. In addition, the Dale Corporation had sufficient losses to offset any capital gain and recapture which it would have had to include in its income tax return upon disposition of the property to a third party. As described by Judge Bowman of the Tax Court the transaction was "a perfectly acceptable form of tax planning" (at page 2305). I would simply add that this is one instance where the Act expressly provides for and encourages beneficial tax planning.

36 Le but évident de l'opération était de faire en sorte que les contribuables ne réalisent pas de gain en capital et ne bénéficient pas de la récupération sur l'amortissement en aliénant l'immeuble à une partie n'ayant avec eux aucun lien de dépendance. En outre, la Dale Corporation avait suffisamment de pertes pour absorber tout gain en capital et récupération sur l'amortissement qu'elle devrait inclure dans sa déclaration de revenus au moment de l'aliénation de l'immeuble à un tiers. Comme l'indique le juge Bowman de la Cour de l'impôt, l'opération était «une forme de planification fiscale parfaitement acceptable» (à la page 2305). J'ajouterais simplement qu'il s'agit d'un cas où la Loi prévoit expressément et encourage même une planification fiscale en faveur des contribuables.

37 The sale by the taxpayers to the Dale Corporation was completed on December 30, 1985. On the following day the Dale Corporation transferred the property to a third party and declared and paid what was thought to be a tax-free capital dividend of \$80,000 on each of the two preference shares. At the time of the transfer all the necessary corporate steps to give effect to the transactions were properly taken, except for the supplementary letters patent requirement. As well, the taxpayers and the Dale Corporation executed and filed the section 85 elections by March of 1986 as required by the Act. It was not until 1988 that it was discovered that supplementary letters patent had not been obtained. This

37 La vente par les contribuables à la Dale Corporation a eu lieu le 30 décembre 1985. Le lendemain, la Dale Corporation cédait le bien à un tiers, déclarait et versait un dividende de 80 000 \$, qu'elle croyait exempt d'impôt, sur chacune des deux actions privilégiées. Au moment de la cession, toutes les mesures nécessaires pour donner effet aux opérations avaient été dûment prises au niveau de la société, sauf en ce qui concerne la délivrance des lettres patentes supplémentaires. De même, les contribuables et la Dale Corporation ont fait le choix prévu à l'article 85 et en ont fait la déclaration en mars 1986, comme l'exigeait la Loi. Ce n'est qu'en 1988 que l'on a découvert que les lettres patentes supplémentaires

may have been due to the fact that the records of the Dale Corporation were held by the receiver-manager appointed on February 13, 1985. Those records were not returned until after the discharge of the receiver-manager on September 1, 1988. As well the intervening death of Mrs. Dale, the corporate secretary, is advanced as another reason for the failure to apply for supplementary letters patent.

n'avaient jamais été obtenues. Cela est peut-être dû au fait que les registres de la Dale Corporation étaient sous le contrôle d'un séquestre-gérant nommé le 13 février 1985. Ces registres n'ont été remis qu'après la destitution du séquestre le 1^{er} septembre 1988. De même, le décès de M^{me} Dale, qui était la secrétaire de la société, pourrait expliquer que les lettres patentes n'ont pas été obtenues.

38 On December 6, 1988, the shareholders of Dale Corporation ratified the requisite increase in share capital and resolved that the Corporation would continue under the laws of Nova Scotia. A certificate of continuance was issued by the Registrar of Joint Stock Companies of that province on July 27, 1989. On May 22, 1991, the shareholders again ratified the increase in share capital. They also passed a resolution on the same day authorizing an application to the Supreme Court of Nova Scotia to permit the late filing under section 109 of the Nova Scotia *Companies Act* of the contract entered into by the taxpayers and the Dale Corporation in December of 1985 with respect to the issuance of the preference shares as partial consideration for the apartment building. Section 109 requires, when shares are issued for consideration other than cash, that a copy of the underlying contract be filed with the Registrar before the shares are issued. In instances where that requirement has not been met subsection 109(3) enables a corporation to obtain retroactive relief. On June 28, 1991, the Dale Corporation obtained from the Supreme Court of Nova Scotia an order under subsection 109(3) of the *Companies Act* of that province. The relevant portion of that order reads as follows:

IT IS ORDERED THAT the Contract appended as Schedule "A" to this Order bearing execution date December 30, 1985, be and is hereby declared to be a sufficient Contract executed in due compliance with the requirements of Section 109 of the Companies Act, R.S.N.S. 1989, c. 81;

AND IT IS FURTHER ORDERED THAT upon the filing of that Contract with the Registrar aforesaid within Thirty (30) days next following the date of this Order that

38 Le 6 décembre 1988, les actionnaires de la Dale Corporation ont ratifié l'augmentation exigée du capital-actions et ont adopté une résolution selon laquelle la société serait prorogée en vertu des lois de la Nouvelle-Écosse. Un certificat de prorogation a été émis par le registraire des compagnies par actions de cette province le 27 juillet 1989. Le 22 mai 1991, les actionnaires ont de nouveau ratifié l'augmentation du capital-actions. Ils ont également adopté une résolution le même jour autorisant une demande à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour permettre le dépôt tardif en vertu de l'article 109 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse du contrat conclu entre les contribuables et la Dale Corporation en décembre 1985 concernant l'émission des actions privilégiées en tant que contrepartie partielle de l'aliénation de l'immeuble d'habitation. L'article 109 exige que, lorsque des actions sont émises pour une contrepartie autre qu'un paiement en espèces, une copie du contrat de base soit déposée auprès du registraire avant l'émission des actions. Dans les cas où cette exigence ne peut être respectée, le paragraphe 109(3) permet à une société d'obtenir un redressement rétroactif. Le 28 juin 1991, la Dale Corporation a obtenu de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse une ordonnance délivrée en vertu du paragraphe 109(3) de la *Companies Act* de cette province. La partie pertinente de cette ordonnance est rédigée dans les termes suivants:

[TRADUCTION] IL EST ORDONNÉ que le contrat figurant à l'annexe «A» de la présente ordonnance et portant la date de signature du 30 décembre 1985 soit considéré comme un contrat valable signé conformément aux exigences de l'article 109 de la Companies Act, R.S.N.S. 1989, ch. 81;

ET IL EST ORDONNÉ QU'au moment du dépôt de ce contrat auprès du registraire, dans les trente (30) jours suivant la date de la présente ordonnance, ce contrat

such filing shall, in relation to such shares, operate as if it had been duly filed with the Registrar aforesaid before the issue of such shares, that being a filing as of Monday, December 30, 1985.

39 On June 25, 1992, the Dale Corporation obtained a further order declaring its authorized share capital to have been amended effective December 28, 1985 and confirming that the preference shares were validly issued as of December 31, 1985. The pertinent portion of that order reads as follows:

IT IS ORDERED THAT the authorized share capital of the Dale Corporation be and is hereby declared to have been amended as per Schedule "A" to this Order, effective December 28, 1985.

IT IS FURTHER ORDERED THAT the two Preference Shares issued are hereby ratified and confirmed as having been validly issued and outstanding as at December 31, 1985.

40 The June 25, 1992 order was issued *ex parte* pursuant to section 44 of the *Companies Act* of Nova Scotia which states in relevant part:

44(1) If

(a) the name of a person is, without sufficient cause, entered in or omitted from the register of members of a company; or

(b) . . .

the person aggrieved, or any member of the company, or the company, may apply to the Court by motion for rectification of the register, and the court may either refuse the application or may order rectification of the register, and payment by the company of any damages sustained by any party aggrieved.

(2) On application under this Section the court may decide any question relating to the title of any person who is a party to the application to have his name entered in or omitted from the register, whether the question arises between members or alleged members, or between members or alleged members on the one hand and the company of the other hand, and generally may decide any question necessary or expedient to be decided for rectification of the register.

41 The Minister took the position that the section 85 election was invalid because the preference shares

s'applique, relativement à ces actions, comme s'il avait été dûment déposé auprès dudit registraire avant l'émission de ces actions, c'est-à-dire le lundi 30 décembre 1985.

Le 25 juin 1992, la Dale Corporation a obtenu 39 une nouvelle ordonnance déclarant que son capital-actions autorisé avait été modifié à compter du 28 décembre 1985 et confirmant que les actions privilégiées avaient été valablement émises le 31 décembre 1985. La partie pertinente de cette ordonnance est rédigée dans les termes suivants:

IL EST ORDONNÉ que le capital-actions autorisé de la Dale Corporation soit considéré comme ayant été modifié conformément à l'annexe «A» de la présente ordonnance, avec prise d'effet le 28 décembre 1985.

ET IL EST ORDONNÉ QUE les deux actions privilégiées qui ont été émises soient considérées comme ayant été valablement émises et comme étant en circulation le 31 décembre 1985.

L'ordonnance du 25 juin 1992 a été émise *ex parte* en vertu de l'article 44 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse dont l'extrait pertinent figure ci-dessous: 40

[TRADUCTION] **44(1)** Dans les cas où

a) le nom d'une personne figure ou ne figure pas, sans raison suffisante, dans le registre des membres d'une société; ou

b) . . .

la personne lésée, ou tout autre membre de la société, ou la société elle-même, peut s'adresser à la Cour par requête pour faire corriger le registre, et la Cour peut soit refuser la demande, soit ordonner que le registre soit rectifié, et ordonner à la société de payer à toute partie lésée les dommages-intérêts qu'elle a subis.

(2) Sur présentation d'une demande en vertu du présent article, la cour peut décider de toute question ayant trait au titre d'une personne qui est une partie à la demande visant à faire inscrire son nom au registre ou à le rayer du registre, si la question se pose entre les membres ou les membres présumés, ou entre les membres et les membres présumés d'une part et la société d'autre part, et décider de façon générale de toute question nécessaire ou souhaitable concernant la rectification du registre.

Le ministre a décidé que le choix prévu à l'article 41 85 était invalide parce que les actions privilégiées

had not been validly issued in 1985. He also argued that the capital dividend declared on December 31, 1985 was a taxable shareholder benefit under subsection 15(1) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 8; 1980-81-82-83, c. 48, s. 7] of the Act because all the steps necessary to perfect the issuance of the preference shares were not in fact and in law completed by December 31, 1985. With respect to the latter issue Judge Bowman agreed with the Minister and held that for dividends to be payable on a class of shares all necessary steps for the valid issuance of the shares must in fact and law have been completed at that time: "Dividends cannot become payable on embryonic shares" (at page 2318). In reaching that conclusion Judge Bowman questioned whether an order of the Supreme Court of Nova Scotia could have retroactive effect to a time when the Dale Corporation was not subject to the law of Nova Scotia. After referring to *Hillis v. R.*, [1983] 6 W.W.R. 577 (F.C.A.) and *Boger (A.) Estate v. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 81 (F.C.A.), he concluded that "whatever might be the effect of a specific statutory provision, a court order purporting to have retroactive effect cannot create a state of affairs in an earlier year that did not in fact exist" (at page 2319).

n'avaient pas été valablement émises en 1985. Il a également fait valoir que le dividende en capital déclaré le 31 décembre 1985 était un avantage imposable conféré à un actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) [mod. par. S.C. 1977-78, ch. 1, art. 8; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 7; 1985, ch. 45, art. 126] de la Loi parce que toutes les mesures nécessaires pour parfaire l'émission des actions privilégiées n'avaient pas, en fait et en droit, été prises au 31 décembre 1985. Pour ce qui a trait à cette dernière question, le juge Bowman a accepté la position du ministre et a statué que, pour qu'un dividende soit payable sur une catégorie d'actions, toutes les étapes nécessaires à l'émission valable des actions doivent, en fait et en droit, avoir été accomplies à la date pertinente: «Des dividendes ne peuvent devenir payables sur des actions embryonnaires» (à la page 2318). En arrivant à cette conclusion, le juge Bowman s'est demandé si une ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pouvait s'appliquer rétroactivement à une date où la Dale Corporation n'était pas assujettie aux lois de la Nouvelle-Écosse. Après avoir fait référence à l'arrêt *Hillis c. R.*, [1983] 6 W.W.R. 577 (C.A.F.) et *Succession Boger (A.) c. M.R.N.*, [1993] 2 C.T.C. 81 (C.A.F.), il a conclu que «quel que puisse être l'effet d'une disposition législative particulière, une ordonnance judiciaire censée avoir un effet rétroactif ne peut créer une situation applicable à une année antérieure qui n'existait pas en fait» (à la page 2319).

42 Judge Bowman went on to reject the Minister's argument that the section 85 election was invalid because the preference shares were not issued simultaneously with the transfer of the property or within the same taxation year. He reasoned that the Minister's interpretation of section 85 was unduly restrictive and would defeat the purpose underlying that provision. In the opinion of Judge Bowman, the words "consideration that includes shares" contained in subsections 85(1) and (2) do not imply that shares must necessarily be issued simultaneously with the transfer of property to a corporation or indeed within the same taxation year. In his opinion, it is sufficient for purposes of compliance with section 85 that there be a binding obligation to issue shares at the time the property is transferred and that the

Le juge Bowman a ensuite rejeté l'argument du ministre selon lequel le choix prévu à l'article 85 était invalide parce que les actions privilégiées n'avaient pas été émises en même temps que le transfert du bien ou dans la même année d'imposition. Selon son raisonnement, l'interprétation que le ministre donne à l'article 85 est indûment restrictive et va à l'encontre de l'objet de cette disposition. De l'avis du juge Bowman, les termes «contrepartie comprenant des actions» qui sont énoncés au paragraphe 85(1) et (2) n'impliquent pas que les actions doivent nécessairement être émises en même temps que le bien est transféré à une société ou, en fait, dans la même année d'imposition. À son avis, pour que l'article 85 soit respecté, il suffit qu'une obligation à force exécutoire prévoie l'émission des actions

42

shares be issued within a period that, in all the circumstances, is reasonable. On the facts of the present case Judge Bowman held that both of those requirements were satisfied, at the very latest by June 25, 1992 and probably by May 22, 1991 if not July 27, 1989. Accordingly, the taxpayers were entitled to succeed on this issue.

43 The taxpayers appeal that part of Judge Bowman's decision holding the capital dividend payment to be a taxable benefit under subsection 15(1) of the Act. The Minister cross-appeals the finding that the section 85 rollover was valid because of the promise to issue shares and their issuance within a reasonable period. My colleague Pratte J.A. has concluded that the taxpayers are not entitled to succeed on either issue. Respectfully, I am of the contrary opinion. Briefly stated, I am of the view that the order of the Supreme Court of Nova Scotia, dated June 25, 1992 is determinative of the issues at hand. As a matter of law both the Tax Court and this Court are required to give effect to orders issued by the superior courts of the provinces. Before turning to the legal effect of the order in question I propose to restate some basic propositions which serve as a useful background for my analysis.

44 There can be no doubt that the onus rests on the taxpayer or his or her advisors to ensure that a tax planning scheme meets both the requirements of the Act and the general requirements, imposed at law, for establishing a particular type of relationship or transaction. A transaction which fails to comply with those requirements in some fundamental or essential aspect will be deemed ineffectual for income tax purposes: see *Atinco Products Ltd v The Queen*, [1978] CTC 566 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused [1979] 1 S.C.R. v, where it was held that a valid trust was not created; see also *The Queen v. Paxton, J.D.* (1996), 97 DTC 5012 (F.C.A.), where there was a failure to properly document a sale of

à l'époque du transfert et que les actions soient émises dans un délai qui, eu égard à l'ensemble des circonstances, est raisonnable. D'après les faits de la présente affaire, le juge Bowman a statué que ces deux exigences avaient été respectées, à tout le moins au 25 juin 1992 et probablement dès le 22 mai 1991, sinon le 27 juillet 1989. Par conséquent, les contribuables ont eu gain de cause sur ce point.

Les contribuables en appellent de cette partie de la 43
décision du juge Bowman statuant que le versement du dividende en capital est un avantage imposable visé au paragraphe 15(1) de la Loi. Le ministre a déposé un appel incident contestant la conclusion selon laquelle le transfert en franchise d'impôt prévu à l'article 85 est valide en raison de la promesse d'émission des actions et de leur émission réelle dans un délai raisonnable. Mon collègue le juge Pratte a conclu que les contribuables ne devaient avoir gain de cause sur aucun de ces points. En toute déférence, je suis d'avis contraire. En peu de mots, je crois que l'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, en date du 25 juin 1992, règle définitivement les questions en l'espèce. D'un point de vue juridique, la Cour de l'impôt et la Cour sont tenues de donner effet aux ordonnances rendues par les cours supérieures provinciales. Avant d'aborder l'effet juridique de l'ordonnance en question, je propose de réaffirmer certaines propositions fondamentales qui constitueront un contexte utile pour mon analyse.

Il ne fait aucun doute qu'il incombe au contribu- 44
able ou à ses conseillers de s'assurer qu'une planification fiscale respecte à la fois les exigences de la Loi et les exigences générales que le droit impose pour établir un type particulier de relation ou d'opération. Une opération qui ne respecte pas ces exigences sur un point fondamental ou essentiel sera réputée sans effet pour les fins de l'impôt sur le revenu: voir *Atinco Products Ltd c La Reine*, [1978] CTC 566 (C.A.F.), l'autorisation d'appel à la C.S.C. a été refusée [1979] 1 R.C.S. v, dans lequel il a été statué qu'une fiducie valide n'avait pas été créée; voir aussi *La Reine c. Paxton, J.D.* (1996), 97 DTC 5012 (C.A.F.), portant sur l'omission de documenter

the family business to the owner's children prior to its sale to a third party.

45 There is also little doubt that the courts have been diligent in requiring adherence to legal formalities imposed at law or by statute if certain tax advantages are to be accorded. I am not suggesting that the standard to be met by the taxpayer is best described as one of "perfection". In *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, the Supreme Court of Canada acknowledged that certain deficiencies may be found to be inconsequential. In that case there had been, among other things, a failure to ensure that the buyer of the appellant's business held a licence under the *Excise Act* [R.S.C. 1952, c. 99] in conjunction with that business. Despite that omission, it was held that the contract of purchase and sale of the business was complete and the associated tax reduction scheme valid.

46 In determining whether a legal transaction will be recognized for tax purposes one must turn to the law as found in the jurisdiction in which the transaction is consummated. Often that determination will be made without the aid of guiding precedents which are on point and, hence, the effectiveness of a transaction may depend solely on the proper application of general common law and equitable principles. In some instances it will be necessary for the Tax Court to interpret the statutory law of a province. As for the Minister, he must accept the legal results which flow from the proper application of common law and equitable principles, as well as the interpretation of legislative provisions. This leads me to the question of whether the Minister is bound by an order issued by a superior court, which order has its origins in the interpretation and application of the provisions of a provincial statute.

47 In the court below, the Minister argued that the order of the Nova Scotia Supreme Court might be binding as between the taxpayers and the Dale Corporation but not on him. Judge Bowman rejected that argument, and in my opinion rightly so, but went on to reason that an order allegedly having retroactive effect "cannot create a state of affairs in an earlier year that did not in fact exist" (at page

correctement la vente de l'entreprise familiale aux enfants du propriétaire avant la vente à un tiers.

45 Il ne fait pas non plus de doute que les tribunaux insistent sur le respect des formalités d'origine juridique ou législative lorsque certains avantages fiscaux sont accordés. Je ne veux pas laisser entendre que la norme à respecter par le contribuable est une norme de «perfection». Dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, la Cour suprême du Canada a reconnu que certaines irrégularités pouvaient n'avoir aucune conséquence. Dans cette affaire, on avait, notamment, omis de s'assurer que l'acquéreur de l'entreprise de l'appelante avait une licence en vertu de la *Loi sur l'accise* [S.R.C. 1952, ch. 99] pour exploiter cette entreprise. Malgré cette omission, la Cour a statué que la convention d'achat-vente de l'entreprise était complète et que le plan connexe en vue de réduire l'impôt était valide.

46 Pour déterminer si une opération juridique sera reconnue aux fins de l'impôt, il faut examiner le droit du ressort où l'opération est effectuée. Souvent, cette décision sera prise sans l'aide de précédents traitant exactement de la même question et, par conséquent, l'effet d'une opération peut dépendre uniquement de l'application appropriée de principes généraux de common law et d'*equity*. Dans certains cas, la Cour de l'impôt devra interpréter les lois d'une province. Quant au ministre, il doit accepter les résultats juridiques qui découlent de l'application appropriée des principes de common law et d'*equity*, de même que l'interprétation des dispositions législatives. Ceci m'amène à la question de savoir si le ministre est lié par une ordonnance émise par une cour supérieure, ordonnance qui a ses origines dans l'interprétation et l'application des dispositions d'une loi provinciale.

47 Devant l'instance inférieure, le ministre a fait valoir que l'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse liait peut-être les contribuables et la Dale Corporation, mais pas lui. Le juge Bowman a rejeté cet argument, à mon avis à bon droit, mais il a poursuivi son raisonnement en indiquant qu'une ordonnance ayant prétendument un effet rétroactif «ne peut créer une situation applicable à une année

2319). As I understand his reasons, this is so even though the Nova Scotia court was acting under the provisions of the *Companies Act* of that province. Counsel for the taxpayers now relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594, to support the argument that the Minister and Tax Court are bound by the terms of the Nova Scotia order. That decision establishes the general rule that an order of a superior court cannot be attacked collaterally unless it is lawfully set aside. In *Wilson* the Supreme Court was called on to determine whether a provincial court judge could look behind the apparently valid search order of a superior court and rule inadmissible the evidence obtained thereunder. In the course of delivering its reasons for judgment the Supreme Court made some general statements of the law concerning the binding effect of orders issued by superior courts.

antérieure qui n'existait pas en fait» (à la page 2319). Selon mon interprétation de ces motifs, cela est d'autant plus vrai que la Cour de la Nouvelle-Écosse agissait en vertu des dispositions de la *Companies Act* de cette province. L'avocat des contribuables s'appuie maintenant sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594, pour faire valoir que le ministre et la Cour de l'impôt sont liés par l'ordonnance de la Nouvelle-Écosse. Cette décision pose la règle générale selon laquelle une ordonnance d'une cour supérieure ne peut être attaquée indirectement à moins d'avoir été légalement infirmée. Dans l'arrêt *Wilson*, la Cour suprême devait déterminer si un juge d'une cour provinciale pouvait vérifier un mandat de perquisition apparemment valide d'une cour supérieure et conclure à l'irrecevabilité de la preuve obtenue en vertu de ce mandat. Dans l'énoncé de ses motifs, la Cour suprême a fait quelques déclarations générales de droit concernant l'effet obligatoire des ordonnances émises par les cours supérieures.

48 The first principle is that the record of a superior court is to be treated as “absolute verity so long as it stands unreversed” (*per* McIntyre J., at page 599, quoting Monnin J.A. in the Manitoba Court of Appeal). Second, an order which has not been set aside must receive full effect according to its terms (at page 604). Third, the order is binding on all the world (at page 601, citing Bird J.A. in *Can. Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury et al.*, [1953] 1 D.L.R. 385 (B.C.C.A.), at page 418). Fourth, a collateral attack is deemed to include proceedings other than those whose specific object is to effect a reversal or nullification of the order. At page 599, McIntyre held as follows:

It has long been a fundamental rule that a court order, made by a court having jurisdiction to make it, stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed. It is also well settled in the authorities that such an order may not be attacked collaterally—and a collateral attack may be described as an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment.

Le premier principe affirme que le dossier d'une cour supérieure doit être considéré comme [TRADUCTION] «la vérité absolue tant qu'il n'a pas été infirmé» (le juge McIntyre, à la page 599, citant le juge Monnin de la Cour d'appel du Manitoba). Deuxièmement, une ordonnance qui n'a pas été annulée doit être appliquée intégralement (à la page 604). Troisièmement, l'ordonnance a force exécutoire pour tous (à la page 601, citant le juge d'appel Bird dans *Can. Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury et al.*, [1953] 1 D.L.R. 385 (C.A.C.-B.), à la page 418). Quatrièmement, une attaque indirecte est réputée englober des procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité ou l'annulation de l'ordonnance. À la page 599, le juge McIntyre dit ceci:

Selon un principe fondamental établi depuis longtemps, une ordonnance rendue par une cour compétente est valide, concluante et a force exécutoire, à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée. De plus, la jurisprudence établit très clairement qu'une telle ordonnance ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte; l'attaque indirecte peut être décrite comme étant une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement.

49 Rarely are guiding rules or principles expressed as absolutes and so it is proper to ask whether the prohibition against collateral attacks is subject to exceptions. The Supreme Court in *Wilson* expressly singled out instances where orders were issued in fraudulent circumstances but declined to offer an exhaustive list of exceptions to the rule (at pages 599-600). For purposes of deciding this appeal it is unnecessary to circumscribe the precise boundaries of the exceptional category relating to the rule against collateral attacks. I need only address the Minister's "jurisdictional" attack. As I understand it, the Minister's position is that a court order which has the effect of rewriting fiscal history is not binding on him. Based on the existing authorities, he posits that a court order cannot create a state of affairs in an earlier year that did not in fact exist.

50 It seems only logical that a court would decline the invitation to grant a retroactive order which has the clear legal effect of rewriting fiscal history. Assuming that such an order were granted then it would be proper to ask whether the Minister is entitled to ignore it for taxation purposes. One might be tempted to permit an attack on the ground of fiscal revisionism where it could be shown that the order was obtained by non-disclosure or misrepresentation. More likely than not revisionist orders will be obtained on consent, or in circumstances where it is likely that the tax ramifications of the order were not placed squarely before the judge, or where the judge was obviously sympathetic to the taxpayer's situation. There are two reported tax cases decided prior to *Wilson* which aptly illustrate the judicial sympathy scenario: see *Bently v. M.N.R.* (1954), 54 DTC 510 (T.A.B.) and *Hobbs v. M.N.R.* (1970), 70 DTC 1744 (T.A.B.). In both cases it is obvious that there was no legal foundation, statutory or otherwise, for making the retroactive orders requested. Assuming without deciding that those decisions come within the exceptional category recognized in *Wilson*, they are readily distinguishable from the case under appeal.

49 Il est rare que des règles ou des principes directeurs soient exprimés en termes aussi absolus et il est donc approprié de se demander si l'interdiction frappant les attaques indirectes souffre quelques exceptions. Dans l'arrêt *Wilson*, la Cour suprême a expressément mentionné les cas où des ordonnances ont été rendues dans des circonstances frauduleuses, mais elle a refusé de dresser une liste exhaustive des exceptions à la règle (aux pages 599 et 600). Pour les fins du présent appel, il est inutile de circonscrire les limites précises de la catégorie d'exceptions ayant trait à la règle contre les attaques indirectes. Il suffit de traiter de l'attaque relative à la «compétence» soulevée par le ministre. D'après mon interprétation, le ministre soutient qu'une ordonnance d'un tribunal qui a pour effet de réécrire l'histoire fiscale ne le lie aucunement. S'appuyant sur les autorités en vigueur, il prétend que l'ordonnance d'un tribunal ne peut créer une situation applicable à une année antérieure qui n'existait pas en fait.

50 Il me semble tout simplement logique de soutenir qu'un tribunal refuserait de rendre une ordonnance rétroactive qui aurait pour effet juridique manifeste de réécrire l'histoire fiscale. En supposant qu'une telle ordonnance soit rendue, il serait tout à fait approprié de se demander si le ministre a le droit de ne pas en tenir compte aux fins de l'imposition. On pourrait être tenté d'autoriser une attaque de cette ordonnance pour des fins de révisionnisme fiscal dans les cas où l'on peut démontrer que l'ordonnance a été obtenue par fausse déclaration ou par non-divulgaration de renseignements pertinents. Très vraisemblablement, les ordonnances révisionnistes seront obtenues par consentement, ou dans des circonstances où il est probable que les ramifications fiscales de l'ordonnance n'ont pas été exposées clairement au juge, ou lorsque le juge est manifestement sympathique à la cause du contribuable. Deux décisions antérieures à la décision *Wilson* illustrent adéquatement ce scénario de sympathie judiciaire: voir *Bently c. M.R.N.* (1954), 54 DTC 510 (C.A.I.) et *Hobbs c. M.R.N.* (1970), 70 DTC 1744 (C.A.I.). Dans les deux cas, il n'y avait manifestement pas de fondement légal, d'origine législative ou autre, pour délivrer les ordonnances à effet rétroactif qui avaient été demandées. En supposant, sans se prononcer sur

ce point, que ces décisions tombent sous le coup de la catégorie d'exceptions reconnues dans l'arrêt *Wilson*, on peut facilement établir une distinction avec l'appel en l'espèce.

51 On the facts of this appeal, the Nova Scotia court granted the June 25, 1992 order on the basis of section 44 of the Nova Scotia *Companies Act*. In my view, any objection that the Court lacked jurisdiction to issue that order is without foundation. If the legislature of a province authorizes its courts to deem something to have occurred on a date already past, then it is not for the Minister to undermine the legislation by refusing to recognize the clear effect of the deemed event. In any case I am not prepared to concede that section 44 has the revisionist effect advanced by the Minister. This is not a case where a court order deems shares to have been issued when in fact they were not. This is a case where shares were issued, but not validly so until such time as either supplementary letters patent were obtained in Prince Edward Island or the Nova Scotia court granted the June 25, 1992 order. After all, no one has argued that the share issuance constituted a nullity, nor could it be so argued.

D'après les faits de l'espèce, la Cour de la Nouvelle-Écosse a accordé le 25 juin 1992 une ordonnance fondée sur l'article 44 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse. À mon avis, toute objection alléguant que la Cour n'avait pas compétence pour délivrer cette ordonnance est sans aucun fondement. Si la législature d'une province autorise ses tribunaux à déclarer que des événements passés sont réputés s'être produits à une date antérieure, alors le ministre n'a pas le pouvoir de saper l'autorité de la loi en refusant de reconnaître l'effet manifeste de cet événement réputé. Quoi qu'il en soit, je ne suis pas disposé à admettre que l'article 44 a l'effet révisionniste que lui prête le ministre. Il ne s'agit pas d'un cas où une ordonnance judiciaire déclare que des actions sont réputées avoir été émises alors qu'en fait elles ne l'ont pas été. Il s'agit plutôt d'un cas où les actions ont été émises, mais pas d'une façon valable tant que les lettres patentes supplémentaires n'ont pas été obtenues de l'Île-du-Prince-Édouard ou que la Cour de Nouvelle-Écosse n'a pas rendu l'ordonnance du 25 juin 1992. Après tout, personne n'a fait valoir que l'émission des actions était nulle et, bien entendu, cet argument n'aurait pu être soutenu.

52 I digress here for a moment to point out that while the common law may treat the share issuance as being ineffective a different result could be reached in equity, *vis-à-vis* the validity of the share issuance as between the taxpayers and the Dale Corporation. In other words, it may well be that in equity the share issuance would be viewed as effective. The maxim that "equity looks on that as done which ought to be done" is of some import. Its impact is revealed in the seminal decision of *Walsh v. Lonsdale* (1882), 21 Ch. D. 9. Since that decision imperfect agreements for value have often been treated as if they had been performed at the time they ought to have been, thus yielding the same consequences as if they had been completely performed: see P. V. Baker and P. St. J. Langan, *Snell's Principles of Equity*, 28th ed. (London:

Je fais une petite digression pour souligner que, bien que la common law puisse considérer l'émission des actions comme étant sans effet, un résultat différent pourrait être obtenu en *equity* concernant la validité de l'émission des actions entre les contribuables et la Dale Corporation. Autrement dit, il se pourrait fort bien qu'en *equity* l'émission des actions soit considérée comme valide. La maxime «l'*equity* considère que ce qui aurait dû être fait, l'a été effectivement» est d'une certaine importance. Celle-ci ressort clairement de l'arrêt de principe *Walsh v. Lonsdale* (1882), 21 Ch. D. 9. Depuis cette décision, des ententes à titre onéreux imparfaites ont souvent été considérées comme si elles avaient été exécutées au moment où elles auraient dû l'être, aboutissant ainsi aux mêmes conséquences que si elles avaient été intégralement accomplies: voir P. V. Baker et P.

Sweet & Maxwell, 1982), at page 41. I say no more on this point as it was not raised in argument.

53 In the Court below it was observed that the Nova Scotia Supreme Court may have lacked the jurisdiction to issue an order having the retroactive effect of amending the share register of a company to a date when the company was not subject to the law of Nova Scotia or the jurisdiction of its Supreme Court. I do not deny that the problem identified raises an interesting question of law, but in my view it is not a sufficient basis to ground a collateral attack on the June 25, 1992 order. First, I would point out that subsection 44(2) of the *Companies Act* of Nova Scotia authorizes its Supreme Court to decide “any question necessary or expedient to be decided for rectification of the register”. Second, I revert to the reasoning in *Wilson* to the effect that however wrong or irregular an order of a court may be, that order still binds until reversed. If the law is to recognize exceptions to the rule against collateral attacks then the jurisdictional error complained of must be, at the very least, self-evident and not a matter of further debate: compare with *Bently*, *supra* and *Hobbs*, *supra*.

54 In concluding that retroactive orders made on the basis of statutory authority are generally immune from jurisdictional collateral attack, it remains to be decided whether the jurisprudence of this Court holds otherwise. In my view, neither the *Hillis* nor *Boger Estate* decisions, *supra*, are of assistance to the Minister. In *Hillis*, this Court was dealing with Saskatchewan legislation expressly conferring retroactive effect on an order of the Court. The decision is a fragmented one which, respectfully, reveals no discernible *ratio*. Each of the three Justices on appeal disagreed with the other two on each of the issues raised. More importantly no consideration was given to the rule against collateral attacks. In this regard I note that *Wilson*, *supra*, was decided subsequent to *Hillis*. With respect to the *Boger* decision,

St. J. Langan, *Snell's Principles of Equity*, 28^e éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 1982), à la page 41. Je ne m'étendrai pas plus longtemps sur ce point, étant donné qu'il n'a pas été soulevé au débat.

53 Devant le tribunal inférieur, on a fait observer que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse n'avait peut-être pas compétence pour délivrer une ordonnance ayant pour effet rétroactif de modifier le registre des actions d'une société à une date où la société n'était pas assujettie aux lois de la Nouvelle-Écosse ou à la compétence de sa Cour suprême. Je ne nie pas que ce problème soulève une intéressante question de droit, mais à mon avis il n'y a pas là de fondement suffisant pour justifier une attaque indirecte de l'ordonnance du 25 juin 1992. Tout d'abord, je tiens à souligner que le paragraphe 44(2) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse autorise la Cour suprême à décider [TRADUCTION] «de toute question nécessaire ou souhaitable concernant la rectification du registre». Deuxièmement, je reviens au raisonnement énoncé dans l'arrêt *Wilson* qui indique que même si l'ordonnance d'une cour est irrégulière ou erronée, cette ordonnance est tout de même exécutoire tant qu'elle n'a pas été infirmée. S'il faut reconnaître en droit des exceptions à la règle contre les attaques indirectes, alors l'erreur de compétence soulevée en l'espèce doit être, à tout le moins, manifeste et ne pas exiger de débat plus approfondi: comparer avec *Bently*, et *Hobbs*, précités.

54 En concluant que les ordonnances rétroactives rendues en vertu d'un pouvoir d'origine législative sont généralement à l'abri d'une attaque indirecte portant sur la compétence, il me reste à décider si la jurisprudence de la Cour est à l'effet contraire. À mon avis, les décisions *Hillis* et *Succession Boger*, précitées, ne sont d'aucune utilité au ministre. Dans l'arrêt *Hillis*, la Cour traitait d'une loi de la Saskatchewan conférant expressément un effet rétroactif à une ordonnance de la Cour. La décision est partagée et, avec respect, ne permet pas de dégager une tendance discernable. Chacun des trois juges en appel a exprimé une opinion différente de celles des deux autres sur chacune des questions soulevées. Qui plus est, la Cour n'a pas examiné la règle applicable aux attaques indirectes. À cet égard, je note

it did not involve giving effect to a retroactive order of a court.

55 In summary, the June 25, 1992 order of the Nova Scotia Supreme Court is binding on the Minister and constitutes proof of the fact that as of the end of the taxation year (December 31, 1985) the preference shares in the Dale Corporation were validly issued and outstanding. It follows that the appeal must be allowed and the cross-appeal dismissed.

56 My colleague Justice Pratte is also of the view that the Nova Scotia order is not subject to collateral attacks. Nonetheless he concludes that the Minister is not bound by that order for the reason that it is not permissible to take into consideration orders based on facts that occur after the end of the taxation year. This logically follows from Justice Pratte's earlier premise that if there is an appeal from the Minister's assessment then the correctness and validity of that assessment must be decided on the basis of the facts that existed at the end of the taxation year. Thus, if the Minister may not take into account facts which arise outside the taxation year for assessment purposes then neither can he take into consideration orders based on such facts. In the present case Justice Pratte notes that the Dale Corporation had become a Nova Scotia company with an increased capital stock and that its shareholders had ratified the issuance of the preference shares before and after the continuation of the company in that province. Some of these events clearly took place outside the relevant taxation year. Thus, Justice Pratte reasons that the June 25, 1992 order was based on evidence of facts that may not properly be taken into account for taxation purposes.

57 My initial difficulty with the above analysis is that the likelihood of finding an order being issued without the applicant relying on subsequent facts is remote. For example, it would not have been unrea-

que l'arrêt *Wilson*, précité, a été rendu après l'arrêt *Hillis*. Pour ce qui est de la décision *Boger*, il n'y était nullement question de donner un effet rétroactif à l'ordonnance d'une cour.

En résumé, l'ordonnance du 25 juin 1992 de la 55 Cour suprême de la Nouvelle-Écosse lie le ministre et constitue une preuve du fait qu'à la fin de l'année d'imposition (le 31 décembre 1985) les actions privilégiées de la Dale Corporation avaient été valablement émises et étaient en circulation. Il s'ensuit que l'appel doit être accueilli et l'appel incident rejeté.

56 Mon collègue le juge Pratte est également d'avis que l'ordonnance de la Nouvelle-Écosse ne peut être attaquée indirectement. Néanmoins, il conclut que le ministre n'est pas lié par cette ordonnance au motif qu'on ne peut tenir compte des ordonnances se fondant sur des faits qui se sont produits après la fin de l'année d'imposition. Cette affirmation découle logiquement de la prémisse posée antérieurement par le juge Pratte selon laquelle lorsque la cotisation établie par le ministre est portée en appel, alors la justesse et la validité de cette cotisation doivent être décidées d'après les faits qui existaient à la fin de l'année d'imposition. Ainsi, si le ministre ne peut tenir compte de faits qui se sont produits en dehors de l'année d'imposition pour établir sa cotisation, alors il ne peut pas non plus prendre en compte les ordonnances se fondant sur de tels faits. En l'espèce, le juge Pratte note que la Dale Corporation est devenue une société de la Nouvelle-Écosse, avec un capital-actions accru, et que ses actionnaires ont ratifié l'émission des actions privilégiées avant et après la prorogation de la société dans cette province. Certains de ces événements ont manifestement eu lieu en dehors de l'année d'imposition pertinente. Ainsi, le juge Pratte indique dans son raisonnement que l'ordonnance du 25 juin 1992 se fondait sur une preuve de faits qui n'ont pas à bon droit été pris en compte pour les fins de l'imposition.

57 J'ai de la difficulté à accepter l'analyse précitée premièrement parce que la probabilité que l'on puisse trouver une ordonnance ayant été délivrée sans que le requérant s'appuie sur des faits ultérieurs

sonable for the Nova Scotia Court to insist in 1992 that existing shareholders ratify the issuance of the preference shares, as in fact they did, given the nature of the order sought. Presumably, the purpose of the ratification was twofold: to ensure both that the state of affairs that existed on December 31, 1985 continued to exist as of June 25, 1992 and that no shareholder at that latter time would be adversely effected by the *ex parte* order being sought. Had it been necessary for the taxpayers to seek specific performance surely they would have had to establish that no existing shareholder would be prejudiced by an award of that remedy. In my opinion, to impose the requirement that retroactive orders not be based on facts arising after the end of the taxation year, if such orders are to have any force in tax proceedings, is to unduly restrict the effectiveness of such orders and provide the Minister with a more effective means of avoiding the rule against collateral attacks. Finally, I have serious reservations about adopting an inflexible rule requiring that facts be established as of the end of the taxation year. I prefer to leave that issue for another day.

58 In conclusion, I would allow the appeal with costs, set aside that part of the judgment of the Tax Court, dated December 14, 1993, declaring the \$80,000 dividend paid to each appellant to be a shareholder benefit and refer the matter back to the Minister for reconsideration in a manner consistent with these reasons. The appellants are entitled to their costs in the Tax Court on a party and party basis with only one counsel fee for both appellants. I would dismiss the cross-appeal with costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

est très mince. Par exemple, il n'aurait pas été déraisonnable pour la Cour de la Nouvelle-Écosse d'insister, en 1992, pour que les actionnaires existants ratifient l'émission des actions privilégiées, comme ils l'ont d'ailleurs fait, étant donné la nature de l'ordonnance demandée. On peut présumer que l'objet de la ratification était double: s'assurer que la situation qui prévalait le 31 décembre 1985 existait toujours le 25 juin 1992 et qu'aucun actionnaire, à cette dernière date, ne subirait de préjudice du fait de l'ordonnance *ex parte* demandée. S'il avait été nécessaire pour les contribuables de rechercher une exécution directe, ils auraient certainement dû établir que l'octroi d'un tel redressement n'entraînait aucun préjudice pour les actionnaires existants. À mon avis, exiger que les ordonnances rétroactives ne soient pas fondées sur des faits qui se sont produits après la fin de l'année d'imposition, si l'on veut que de telles ordonnances aient un effet quelconque dans les instances en matière de fiscalité, revient à restreindre indûment leur efficacité et à donner au ministre des moyens beaucoup plus efficaces de contourner la règle interdisant les attaques indirectes. Finalement, j'ai de sérieuses réserves au sujet de l'adoption d'une règle inflexible exigeant que les faits soient établis avant la fin de l'année d'imposition. Je préfère remettre à plus tard l'examen de cette question.

En conclusion, je suis d'avis d'accueillir l'appel 58 avec dépens, d'annuler la partie du jugement de la Cour de l'impôt en date du 14 décembre 1993 déclarant que le dividende de 80 000 \$ versé à chaque appellant est un avantage conféré à un actionnaire et de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'elle soit réexaminée conformément aux présents motifs. Les appelants ont droit à leurs dépens devant la Cour de l'impôt sur la base des frais entre parties, en ne retenant que les honoraires d'un seul avocat pour les deux appelants. Je suis d'avis de rejeter l'appel incident avec dépens.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

ANNEX

Provisions of the *Companies Act* of Prince Edward Island relating to the capital stock of companies [ss. 11.2 (as enacted by S.P.E.I. 1984, c. 14, s. 2), 32(1) (as am. *idem*, s. 12), 35 (as am. *idem*, s. 14), 36 (as am. *idem*, s. 15)]:

11.2 (1) Any or all of the shares of any company may be issued without any nominal or par value, but there must be included in its letters patent, the following statements:

- a) the total number of shares that may be issued by the company;
- b) the number of shares, if any, which are to have a par value and the par value of each;
- c) the number of shares which are to be without par value; and
- d) either one of the following clauses:
 - (i) the capital of the company shall be at least equal to the sum of the aggregate par value of all issued shares having par value, plus . . . dollars (the blank space being filled in with some number representing one dollar or more) in respect to every issued share without par value, plus such amounts as, from time to time, by bylaw of the company, may be transferred thereto, or
 - (ii) the capital of the company shall be at least equal to the sum of the aggregate par value of all issued shares having par value, plus the aggregate amount of consideration received by the company for the issuance of shares without par value plus such amounts as, from time to time, by bylaw of the company, may be transferred thereto.

(2) There may also be included in the letters patent an additional statement that the capital shall not be less than . . . dollars (the blank space being filled in with a number); such statements in the letters patent shall be in lieu of any statements prescribed by this Part, as to the amount of its capital stock or the number of shares into which the same shall be divided, or of which it shall consist.

. . .

32. (1) The directors of the company may make a bylaw for increasing the capital stock of the company to any amount which they may consider requisite for the due carrying out of the objects of the company.

ANNEXE

Les dispositions de la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard ayant trait au capital-actions des sociétés sont les suivantes [art. 11.2 (édicte par S.P.E.I. 1984, ch. 14, art. 2), 32(1) (mod., *idem*, art. 12), 35 (mod., *idem*, art. 14), 36 (mod., *idem*, art. 15)]:

[TRADUCTION] **11.2** (1) La totalité ou une partie des actions d'une société peut être émise sans valeur nominale, mais les lettres patentes doivent indiquer ce qui suit:

- a) le nombre total d'actions pouvant être émises par la société;
- b) le nombre d'actions, s'il en est, qui auront une valeur nominale et la valeur nominale de chacune d'elles;
- c) le nombre d'actions sans valeur nominale; et
- d) l'une ou l'autre des clauses suivantes:
 - (i) le capital-actions de la société est au moins égal à la somme de la valeur nominale de toutes les actions émises ayant une valeur nominale, majorée de . . . dollars (un dollar ou plus) à l'égard de chaque action émise sans valeur nominale, et des sommes qui pourront, selon les règlements administratifs de la société, y être transférées de temps à autre, ou
 - (ii) le capital-actions de la société est au moins égal à la somme de la valeur nominale de toutes les actions émises ayant une valeur nominale, majorée du montant cumulatif de la contrepartie reçue par la société pour l'émission des actions sans valeur nominale, et des sommes qui, selon les règlements administratifs de la société, pourront y être transférées de temps à autre.

(2) Les lettres patentes peuvent également comprendre une déclaration additionnelle indiquant que le capital-actions ne peut pas être inférieur à . . . dollars (un nombre quelconque); ces déclarations dans les lettres patentes remplacent toutes déclarations prescrites par la présente partie quant au montant du capital-actions ou du nombre d'actions composant le capital-actions.

. . .

32. (1) Les administrateurs de la société peuvent prendre un règlement administratif pour augmenter le capital-actions jusqu'à concurrence du montant qu'ils considèrent nécessaire pour la réalisation de ses fins.

...

34. (1) No bylaw for increasing . . . the capital stock of the company, or subdividing the shares or consolidating or dividing share capital into shares of larger amounts than its existing shares has any force or effect whatever until after it has been sanctioned by a vote of not less than two-thirds in value of the shareholders at a general meeting of the company, duly called for considering the same, and afterwards confirmed by supplementary letters patent.

...

35. (1) At any time within six months from the sanction of a bylaw under section 34, the directors may apply to the Minister through the Provincial Secretary, for the issue of supplementary letters patent to confirm the same.

(2) With the application they must produce the bylaw, and establish to the satisfaction of the Provincial Secretary, or of such other officer as may be charged by order of the Lieutenant Governor in Council to report thereon, the due passage and sanction of the bylaw, and the *bona fide* character and expediency of the increase or decrease of capital thereby provided for.

36. (1) The Minister may thereupon grant supplementary letters patent and give notice in the Gazette of the granting thereof in the form prescribed by regulations.

(2) From the date of supplementary letters patent granted under subsection (1) the shares shall be subdivided, or the capital stock of the company shall be increased or decreased, as the case may be, to the amount, in the manner and subject to the conditions, set forth by the bylaw.

...

85. (1) The directors of every company incorporated under this Part may make bylaws for creating and issuing any part of the capital stock as preference stock, giving the same such preference and priority as respect principal and dividends or both, and in any other respect over ordinary stock as is by the bylaws declared.

...

(3) No bylaw referred to in subsection (1) has any force or effect until after it has been sanctioned by a vote of three-fourths of the shareholders present in person or by proxy at a general meeting of the company, or at a special general meeting duly called for considering the same and representing two-thirds of the stock of the company

...

34. (1) Aucun règlement administratif ayant pour objet d'augmenter . . . le capital-actions de la société, de fractionner les actions ou de consolider ou de répartir le capital-actions en actions d'un montant plus élevé que celui des actions émises n'entre en vigueur avant d'avoir été approuvé par le vote de pas moins de deux tiers en valeur des actions représentées par les actionnaires présents à une assemblée générale extraordinaire convoquée à cette fin et avoir été ratifié ensuite par lettres patentes supplémentaires.

...

35. (1) Dans les six mois suivant l'approbation d'un règlement administratif aux termes de l'article 34, les administrateurs peuvent demander au ministre, par l'entremise du secrétaire provincial, d'émettre des lettres patentes supplémentaires pour le ratifier.

(2) Les administrateurs joignent à cette demande le règlement administratif et ils doivent établir, à la satisfaction du secrétaire provincial, ou de tout autre délégué nommé par ordre du lieutenant-gouverneur en conseil pour s'occuper de cette question, que le règlement administratif a été régulièrement adopté et approuvé et que l'augmentation ou la diminution du capital-actions est opportune et faite de bonne foi.

36. (1) Le ministre peut, sur preuve de l'adoption et de l'approbation du règlement administratif, accorder des lettres patentes supplémentaires et il en donne avis dans la Gazette selon la formule prescrite par règlement.

(2) À compter de la date d'octroi des lettres patentes supplémentaires en vertu du paragraphe (1), les actions sont fractionnées ou le capital-actions est augmenté ou réduit, selon le cas, jusqu'au montant, de la manière et aux conditions énoncées dans ledit règlement administratif.

...

85. (1) Les administrateurs de toute société constituée en vertu de la présente partie peuvent prendre des règlements administratifs pour créer et émettre toute partie du capital-actions sous forme d'actions privilégiées, donnant à celles-ci la priorité concernant le principal et les dividendes ou les deux, ou toute autre préférence par rapport aux actions ordinaires, dont font état lesdits règlements.

...

(3) Les règlements administratifs visés au paragraphe (1) n'entrent en vigueur qu'après avoir été approuvés par le vote des trois quarts des actionnaires présents ou représentés par procuration à une assemblée générale de la société ou à une assemblée générale extraordinaire convoquée à cette fin et représentant les deux tiers des actions de la société

¹ Those provisions read as follows:

83. . . .

(2) Where at any particular time after 1971 a dividend becomes payable by a private corporation to shareholders of any class of shares of its capital stock and the corporation so elects in respect of the full amount of the dividend, in prescribed manner and prescribed form and at or before the particular time or the first day on which any part of the dividend was paid if that day is earlier than the particular time, the following rules apply:

(a) the dividend shall be deemed to be a capital dividend to the extent of the corporation's capital dividend account immediately before the particular time; and

(b) no part of the dividend shall be included in computing the income of any shareholder of the corporation.

. . .

85. (1) Where a taxpayer has, after May 6, 1974, disposed of any of his property that was a capital property (other than real property, an interest therein or an option in respect thereof, owned by a non-resident), a property referred to in subsection 59(2), an eligible capital property or an inventory (other than real property) to a taxable Canadian corporation for consideration that includes shares of the capital stock of the corporation, if the taxpayer and the corporation have jointly so elected in prescribed form and within the time referred to in subsection (6), the following rules apply:

(a) the amount that the taxpayer and the corporation have agreed upon in their election in respect of the property shall be deemed to be the taxpayer's proceeds of disposition of the property and the corporation's cost of the property;

(b) subject to paragraph (c), where the amount that the taxpayer and the corporation have agreed upon in their election in respect of the property is less than the fair market value, at the time of the disposition, of the consideration therefor (other than any shares of the capital stock of the corporation or a right to receive any such shares) received by the taxpayer, the amount so agreed upon shall, irrespective of the amount actually so agreed upon by them, be deemed to be an amount equal to that fair market value;

. . .

(2) Where, after May 6, 1974,

(a) a partnership has disposed of any partnership property that was a capital property (other than real property, an interest therein or an option in respect thereof, owned by a partnership that was not a Canadian partnership at the time of the disposition), a

¹ Ces dispositions sont formulées dans les termes suivants:

83. . . .

(2) Lorsque, à une date donnée après 1971, un dividende devient payable par une corporation privée aux actionnaires de toute catégorie d'actions de son capital-actions et que la corporation fait un choix relativement au montant total du dividende, de la manière prescrite et selon le formulaire prescrit, au plus tard, à la date donnée ou le premier jour où une partie du dividende a été payée si ce jour est antérieur à la date donnée, les règles suivants s'appliquent:

a) le dividende est réputé être un dividende en capital jusqu'à concurrence du montant du compte de dividendes en capital de la corporation immédiatement avant la date donnée; et

b) aucune partie du dividende ne doit être incluse dans le calcul du revenu de tout actionnaire de la corporation.

. . .

85. (1) Lorsqu'un contribuable a disposé, après le 6 mai 1974, en faveur d'une corporation canadienne imposable et moyennant une contrepartie, y compris des actions du capital-actions de la corporation, de tout bien lui appartenant qui était un bien en immobilisations (autre qu'un bien immeuble ou une participation ou une option d'achat s'y rapportant appartenant à un non-résident), un bien visé au paragraphe 59(2), un bien en immobilisations admissible ou un bien figurant dans un inventaire (autre qu'un bien immeuble), si le contribuable et la corporation ont conjointement pris cette option en la forme prescrite et dans le délai mentionné au paragraphe (6), les règles suivantes s'appliquent:

a) la somme convenue entre le contribuable et la corporation, dans leur option, relativement au bien, est réputée être, pour le contribuable, le produit de disposition du bien et, pour la corporation, le coût du bien;

b) sous réserve de l'alinéa c), lorsque la somme convenue entre le contribuable et la corporation dans leur option, relativement au bien, est inférieure à la juste valeur marchande, à la date de la disposition, de la contrepartie de la disposition (autre que toutes actions du capital-actions de la corporation ou un droit d'en recevoir), reçue par le contribuable la somme ainsi convenue est, quel qu'en soit le montant effectivement convenu entre eux, réputée être une somme égale à cette juste valeur marchande;

. . .

(2) Lorsque, après le 6 mai 1974,

a) une société a disposé en faveur d'une corporation canadienne imposable et moyennant une contrepartie comprenant des actions du capital-actions de la corporation, d'un bien de la société qui était un bien en immobilisations (autre qu'un bien immeuble, ou une

property referred to in subsection 59(2), an eligible capital property or an inventory (other than real property) to a taxable Canadian corporation for consideration that includes shares of the capital stock of the corporation, and

(b) the corporation and all the members of the partnership have jointly so elected, in prescribed form and within the time referred to in subsection (6),

paragraphs (1)(a) to (i) are applicable, with such modifications as the circumstances require, in respect of the disposition as if the partnership were a taxpayer resident in Canada who had disposed of the property to the corporation.

² That decision was rendered *ex parte* on the application of the Dale Corporation for relief under s. 44 of the *Companies Act* of Nova Scotia, a provision that reads in part as follows:

44(1) If

(a) the name of a person is, without sufficient cause, entered in or omitted from the register of members of a company; or

(b) . . .

the person aggrieved, or any member of the company, or the company, may apply to the Court by motion for rectification of the register, and the court may either refuse the application or may order rectification of the register, and payment by the company of any damages sustained by any party aggrieved.

(2) On application under this Section the court may decide any question relating to the title of any person who is a party to the application to have his name entered in or omitted from the register, whether the question arises between members or alleged members, or between members or alleged members on the one hand and the company of the other hand, and generally may decide any question necessary or expedient to be decided for rectification of the register.

³ At first, the Minister founded that assertion on the assumption that, as the appellants' common shares of the Dale Corporation had been placed in escrow or security for a loan at the relevant time, the shareholders could not change the authorized capital of the company. Before trial, it was realized that this assumption was wrong. The Crown then invoked the failure to obtain supplementary letters patent as the basis for the reassessment.

⁴ The relevant provisions of that Act relating to the capital stock of companies are reproduced in an Annex to these reasons.

⁵ For instance, under s. 85, the Minister must take into consideration, for the purposes of that section, the election

participation ou une option d'achat s'y rapportant qui appartient à une société qui n'était pas une société canadienne au moment de la disposition), un bien visé au paragraphe 59(2), un bien en immobilisations admissible ou un bien figurant dans un inventaire (autre qu'un bien immeuble), et

b) que la corporation et tous les membres de la société ont conjointement opté ainsi relativement à la disposition, selon le formulaire prescrit et dans le délai mentionné au paragraphe (6),

les alinéas (1)a) à i) s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, à la disposition, comme si la société était un contribuable résidant au Canada, qui aurait disposé du bien en faveur de la corporation.

² Cette décision a été rendue *ex parte* sur présentation d'une demande de la Dale Corporation demandant les redressements prévus à l'art. 44 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, une disposition qui se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] **44(1) Dans les cas où**

a) le nom d'une personne figure ou ne figure pas, sans raison suffisante, dans le registre des membres d'une société; ou

b) . . .

la personne lésée, ou tout autre membre de la société, ou la société elle-même, peut s'adresser à la Cour par requête pour faire corriger le registre, et la Cour peut soit refuser la demande, soit ordonner que le registre soit rectifié, et ordonner à la société de payer à toute partie lésée les dommages-intérêts qu'elle a subis.

(2) Sur présentation d'une demande en vertu du présent article, la Cour peut décider de toute question ayant trait au titre d'une personne qui est une partie visant à faire inscrire son nom au registre ou à le rayer du registre, si la question se pose entre les membres ou les membres présumés, ou entre les membres et les membres présumés d'une part et la société d'autre part, et décider de façon générale de toute question nécessaire ou souhaitable concernant la rectification du registre.

³ Au début, le ministre a fondé cette affirmation sur l'hypothèse selon laquelle, comme les actions ordinaires de la Dale Corporation avaient été déposées en main tierce en garantie d'un prêt à l'époque pertinente, les actionnaires ne pouvaient modifier le capital-actions autorisé de la société. Avant l'instruction, on s'est rendu compte que cette hypothèse était erronée. Le ministère public a alors invoqué l'omission d'obtenir les lettres patentes supplémentaires comme fondement de la nouvelle cotisation.

⁴ Les dispositions pertinentes de cette Loi ayant trait au capital-actions des sociétés sont reproduites en annexe aux présents motifs.

⁵ Par exemple, en vertu de l'art. 85, le ministre doit tenir compte, pour les fins de cet article, du choix qui est

made after the end of the taxation year and, in my view, the facts existing when that election was made.

⁶ It is interesting to note that:

(a) although the application which resulted in the order of the Nova Scotia Supreme Court purported to claim relief under s. 44, it was not "a motion for rectification of the register" which, as it then stood, showed the two preference shares to have been issued on December 31, 1985;

(b) s. 44 did not empower the Court to either validate retroactively an irregular issue of shares or make "deeming" orders of the kind made in this case;

(c) the shares here in question had been issued by the Dale Corporation when it was governed by the *Companies Act* of Prince Edward Island which contained no provision similar to s. 44 of the Nova Scotia *Companies Act* nor any provision enabling a Court to validate shares irregularly issued.

fait après la fin de l'année d'imposition et, à mon avis, de la situation qui existait quand le choix a été fait.

⁶ Il est intéressant de noter ce qui suit:

a) Même si la demande à l'origine de l'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse était censée réclamer un redressement en vertu de l'art. 44, il ne s'agissait pas d'une «requête en rectification du registre» qui, dans l'état dans lequel il se trouvait, indiquait que les deux actions privilégiées avaient été émises le 31 décembre 1985.

b) L'art. 44 ne conférait pas à la Cour le pouvoir de valider rétroactivement l'émission irrégulière d'actions ou de délivrer des ordonnances «déterminatives» du genre de celle qui a été rendue en l'espèce.

c) Les actions en cause ont été émises par la Dale Corporation quand celle-ci était régie par la *Companies Act* de l'Île-du-Prince-Édouard qui ne renferme aucune disposition semblable à l'art. 44 de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse ni aucune disposition autorisant la Cour à valider des actions irrégulièrement émises.

A-595-94

A-595-94

F. Marianne Folster (*Appellant*)**F. Marianne Folster** (*appelante*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)**INDEXED AS: CANADA v. FOLSTER (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA c. FOLSTER (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac C.J., Pratte and Linden J.J.A.—Winnipeg, April 10; Ottawa, May 22, 1997.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Pratte et Linden, J.C.A.—Winnipeg, 10 avril; Ottawa, 22 mai 1997.

Native peoples — Taxation — Exemptions — Personal property of Indian situated on reserve — Appellant employed at Government-funded hospital located adjacent to reserve (formerly on reserve), serving mostly status Indians on reserve — Difficulty in formulating rule governing situs of intangible property (such as wages) — Purpose of legislative provision must be considered in selecting criteria for determining situs — Policy to prevent erosion of Indians' property held qua Indians — Purpose not to remedy Indians' economic disadvantage — Indians' employment income not tax exempt if earned in "commercial mainstream" — Connecting factors test — Weight to be assigned each factor varies from case to case — Necessity for purposive interpretation to preserve substance of tax exemption, economic climate of reservations having changed — Trial Judge accorded excessive weight to geographical location of employment, employer's place of residence — More weight to be placed on: circumstances of taxpayer's employment, place of residence, hospital's history — Tax exemption necessary herein to avoid erosion of Indian entitlement — Income not earned in commercial mainstream.

Peuples autochtones — Taxation — Exemptions — Biens meubles d'une Indienne situés sur une réserve — Appellante employée par un hôpital subventionné par le gouvernement situé à proximité de la réserve (autrefois sur la réserve) offrant des services principalement aux Indiens inscrits vivant sur la réserve — Difficulté de formuler une règle du situs applicable à un bien intangible (comme le salaire) — L'objet de la disposition législative doit être pris en considération pour le choix d'un critère de détermination du situs — Politique visant à empêcher qu'il soit porté atteinte aux biens détenus par les Indiens à titre d'Indiens — L'objet n'est pas de remédier à la situation économique désavantageuse des Indiens — Le revenu d'emploi des Indiens n'est pas exempté de l'impôt s'il est tiré du «marché» — Critère des facteurs de rattachement — Le poids à donner à chaque facteur varie en fonction des circonstances — L'interprétation fondée sur l'objet s'impose pour préserver la substance de l'exemption d'impôt, même si la situation économique sur les réserves indiennes a changé — Le juge de première instance a accordé trop de poids à l'emplacement géographique précis de l'emploi et à la résidence de l'employeur — Il n'a pas accordé assez de poids aux circonstances véritables touchant l'emploi de la contribuable, son lieu de résidence et l'historique de l'hôpital — Exemption d'impôt nécessaire en l'espèce pour éviter qu'il ne soit porté atteinte à un droit indien — Revenu non tiré du marché.

Income tax — Exemptions — Indians — Personal property of Indian situated on reserve — Employment income — Employee of Federally-funded hospital not on but adjacent to reserve, patients mostly Indians — Reliance on test for situs unconnected to purpose of tax exemption arbitrary in application — Purpose of exemption neither to afford Indians unlimited protection from taxation nor to remedy economic disadvantage — Indian not tax exempt if entering "commercial mainstream" — Ultimate question: whether taxing particular property causing erosion of entitlement of Indian qua Indian — Trial Judge's "slippery slope" worries, that allowing exemption herein meaning all Indians resident on reserves escaping income

Impôt sur le revenu — Exemptions — Indiens — Biens meubles d'une Indienne situés sur une réserve — Revenu tiré d'un emploi — Employée d'un hôpital financé par le gouvernement fédéral situé sur un terrain adjacent à la réserve, les patients étant principalement des Indiens — L'application d'un critère de détermination du situs qui ne se rattache pas à l'objet de la disposition créant l'exemption d'impôt devient arbitraire — L'exemption ne vise pas à accorder aux Indiens une protection illimitée contre la taxation ni à remédier à une situation désavantageuse sur le plan économique — Un Indien qui entre sur le «marché» n'est pas exempté de l'impôt — La question cruciale est de savoir si l'imposition du bien en cause représente

tax, unjustified as ignoring factors connecting employment income to reserve — Revenue Canada guidelines useful in routine cases but Court having to conduct relative weighting of connecting factors in each case.

Construction of statutes — Indian Act, s. 87 exempting from taxation Indians' personal property situated on reserve — Situs of employment income — Situs principle firmly entrenched in language of section — Reliance on test for situs unconnected to purpose of tax exemption arbitrary in application — Policy of legislation: shield Indians from being dispossessed of property by non-natives — Purpose neither to afford Indians unlimited protection from taxation nor to remedy economic disadvantage — Court not to stretch tax exemption beyond what supportable by purposive reading of legislation — Purposive interpretation necessary to preserve substance of tax exemption, economic situation on reserves having changed since enactment — Statutes express will of Parliament and, unlike treaties, ambiguities not necessarily resolved in Indians' favour — Revenue Canada's interpretation guidelines useful in routine cases but Court decides each case by relative weighting of connecting factors.

This was an appeal from the decision of Cullen J. of the Trial Division (reported at [1995] 1 F.C. 561) allowing the Minister's appeal from a decision of the Tax Court of Canada in taxpayer's favour.

The facts were that taxpayer, Folster, was an Indian who resided on a reserve but was employed outside the boundaries of the reserve at the Norway House Indian Hospital. Some 80% of the patients were status Indians and their care was funded by Health and Welfare Canada.

Under *Indian Act*, section 87 the personal property of an Indian situated on a reserve is tax exempt. Paragraph 90(1)(a) provides that, for the purposes of sections 87 and 89, personal property purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands are deemed to be situated on a reserve.

The Trial Division Judge held that taxpayer's employment income was not situated on a reserve and accordingly taxable.

une atteinte aux droits de l'Indien à titre d'Indien — La crainte du juge de première instance d'un «terrain glissant», soit qu'une exemption accordée en l'espèce puisse signifier que tous les Indiens qui vivent sur une réserve sont exemptés de l'impôt n'est pas justifiée, parce qu'elle néglige les facteurs liant le revenu d'emploi à la réserve — Les lignes directrices de Revenu Canada sont utiles dans les cas habituels, mais la Cour doit évaluer dans chaque cas l'importance relative des facteurs de rattachement.

Interprétation des lois — L'art. 87 de la Loi sur les Indiens exempte de l'impôt les biens meubles des Indiens situés sur une réserve — Situs d'un revenu d'emploi — Le principe du situs fermement inscrit dans le libellé de l'article — L'application d'un critère de détermination du situs qui ne se rattache pas à l'objet de la disposition créant l'exemption d'impôt devient arbitraire — Politique de la loi: protéger les Indiens contre les efforts entrepris par les non-Indiens pour les déposséder de leurs biens — L'exemption ne vise pas à accorder aux Indiens une protection illimitée contre la taxation ni à remédier à une situation désavantageuse sur le plan économique — Il ne revient pas aux tribunaux d'étirer les limites de l'exemption fiscale plus que ne le permet une interprétation de la Loi fondée sur l'objet — L'interprétation fondée sur l'objet s'impose pour préserver la substance de l'exemption d'impôt, même si la situation économique sur les réserves indiennes a changé depuis l'adoption de l'exemption — Contrairement aux traités, les lois sont l'expression de la volonté du Parlement et les ambiguïtés ne doivent pas toujours profiter aux Indiens — Les lignes directrices de Revenu Canada sont utiles dans les cas habituels, mais la Cour doit évaluer dans chaque cas l'importance relative des facteurs de rattachement.

Il s'agit d'un appel contre la décision du juge Cullen, de la Section de première instance (publié à [1995] 1 C.F. 561), qui a accueilli l'appel du ministre contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt rendue en faveur de la contribuable.

Il a été établi en preuve que la contribuable Folster était une Indienne qui résidait sur une réserve mais était employée à l'extérieur de limites de la réserve, au Norway House Indian Hospital. Environ 80 p. 100 des patients de l'hôpital étaient des Indiens inscrits et les soins offerts étaient financés par Santé et Bien-être social Canada.

En vertu de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, les biens meubles d'un Indien situés sur une réserve sont exemptés de taxation. L'alinéa 90(1)a) porte que, pour l'application des articles 87 et 89, les biens meubles achetés par Sa Majesté avec l'argent des Indiens ou avec des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes sont réputés situés sur une réserve.

Le juge de première instance a statué que le revenu d'emploi de la contribuable n'était pas situé sur une réserve et était donc assujéti à l'impôt.

Held, the appeal should be allowed.

For years, courts have attempted to come up with a rule for determining whether an Indian's property is "situated on a reserve". Formulating a rule covering intangible property such as wages and other income was difficult because application of the *situs* rule to property lacking physical existence was bound to be notional and risked being arbitrary. Yet the *situs* principle was firmly entrenched in the language of section 87.

At one time, *situs* was taken as the residence of the debtor: the location where the debt could be enforced. That rule made sense for conflict or laws purposes but was unsatisfactory in achieving Parliament's purpose in enacting section 87. Courts finally recognized that a more sophisticated approach was needed. Reliance on a test for *situs* which is unconnected to the purpose for the tax exemption provision inevitably becomes arbitrary in its application. Unless the purpose of the legislative provision which imposes the *situs* requirement governs the selection of the criteria used to determine the *situs* of the property, there is no principled basis for selecting one criterion over another.

The policy of the legislation was to shield Indians from any efforts by non-natives to dispossess them of property which they hold *qua* Indians: their land base and the chattels thereon. The purpose of section 87 was neither to afford the Indians unlimited protection from taxation nor to remedy their economic disadvantage. It was not for the courts to attempt to achieve the latter purpose by stretching the tax exemption beyond what can be supported by a purposive reading of the legislation. Thus, if an aboriginal person should enter Canada's "commercial mainstream", he would not be exempted from taxation on his employment income.

The "connecting factors" test had been adopted to overcome the problems inherent in attributing a *situs* to intangible property on the basis of a single criterion such as the location of the debtor or the location where payment was made. The relevance of the "connecting factors" has to be assessed with a view to promoting the purpose of section 87. It had to be added that the weight to be assigned each factor may vary from one case to another. The ultimate question to be answered is as to whether to tax that form of property in that manner would bring about the erosion of the entitlement of the Indian, *qua* Indian, on a reserve and thus jeopardize his traditional way of life.

It had to be kept in mind that statutes are an expression of the will or Parliament so that, unlike treaties, every

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Au cours des ans, les tribunaux ont tenté d'énoncer une règle pour déterminer si les biens meubles d'un Indien sont «situés sur une réserve». Formuler une règle dans le contexte de biens immatériels comme des salaires et d'autres formes de revenus est difficile parce que l'application d'une règle du *situs* à un bien qui n'a aucune existence matérielle est forcément théorique et risque d'être arbitraire. Le principe du *situs* est toutefois fermement inscrit dans le libellé de l'article 87.

Pendant un certain temps, la résidence du débiteur a été prise comme *situs*: c'était l'endroit où la dette pouvait être exécutée. Cette règle est logique en droit international privé, mais elle est peu satisfaisante pour atteindre l'objectif que le législateur a inscrit dans l'article 87. Les tribunaux ont finalement reconnu qu'on avait besoin d'une méthode plus perfectionnée. L'application d'un critère de détermination du *situs* qui ne se rattache pas à l'objet de la disposition créant l'exemption d'impôt devient forcément arbitraire. À moins que l'objet de la disposition législative qui impose l'exigence du *situs* ne dicte le choix des critères servant à déterminer le *situs* des biens, il n'existe tout simplement aucune raison logique de choisir un critère plutôt qu'un autre.

La législation vise à protéger les Indiens de tous les efforts entrepris par des non-Indiens pour les déposséder des biens qu'ils possèdent en tant qu'Indiens, c'est-à-dire leur territoire et les *châtels* qui y sont situés. L'article 87 ne vise pas à accorder aux Indiens inscrits une protection illimitée contre la taxation ni à remédier à la situation désavantageuse des Indiens sur le plan économique. Il n'appartient pas aux tribunaux d'essayer d'atteindre ce dernier but en étirant les limites de l'exemption fiscale plus que ne le permet une interprétation de la loi fondée sur l'objet. Par conséquent, lorsqu'un autochtone décide d'entrer sur ce qu'on appelle le «marché» canadien, il n'y a aucune exemption du paiement de l'impôt sur son revenu d'emploi.

Le critère des «facteurs de rattachement» a été conçu pour venir à bout des problèmes inhérents à l'attribution d'un *situs* à des biens immatériels au moyen d'un seul critère comme l'emplacement du débiteur ou l'endroit où le paiement a été fait. La pertinence des «facteurs de rattachement» doit être évaluée en fonction de leur capacité à réaliser l'objet de l'article 87. En outre, le poids à donner à chaque facteur peut varier en fonction des circonstances. La question cruciale est de savoir si l'imposition en cause de ce type de bien représente une atteinte aux droits de l'Indien à titre d'Indien sur une réserve et par conséquent menace son mode de vie traditionnel.

La Cour rappelle que, contrairement aux traités, les lois sont l'expression de la volonté du Parlement et que les

ambiguïté did not have to be resolved in a manner favourable to the Indians. Furthermore, a purposive interpretation of the section was required to preserve the substance of the tax exemption, the economic climate of the reservations having greatly changed since its enactment.

In the case at bar, the Trial Division Judge, upon weighing the connecting factors, held against taxpayer although remarking that the result was anomalous. His reasoning was that to permit a tax exemption herein would exceed section 87 by redressing economic disadvantage. The Judge below erred in according excessive weight to the geographical location of the employment and the employer's place of residence, the employer herein being the Government of Canada. Inadequate weight was assigned to the actual circumstances of taxpayer's employment, her place of residence (the reservation) and the history of the hospital (place of employment).

The Supreme Court of Canada not as yet having dealt with employment income in a case such as this, it was up to this Court to decide what factors were relevant herein and the relative weight to be accorded them.

While the Norway House Indian Hospital is no longer located on reserve land—having been relocated by Government to its current site after the original building burned down—it is in a remote area where the difference between reserve and non-reserve land is not readily apparent and a substantial majority of patients continue to be Indians. It was of interest to know that, although the hospital was relocated so long ago as 1952, it was not until 1968 that Indian Affairs and Northern Development Minister Chrétien wrote a letter advising that the policy had been unilaterally changed such that income earned from employment at institutions on Crown-owned land and not on a reserve was taxable.

Just as the exact location of the place of employment should not play a decisive role herein, so also the employer's place of residence was here not a major factor. It is problematic to establish the *situs* of a Crown agency as at any particular place within Canada. The Crown can be sued anywhere in Canada. In the instant case, taxpayer was paid by cheque issued by a Government office at Winnipeg but that did not speak meaningfully to the question whether her employment income was situated on a reserve. More important was the fact that funds were advanced in discharge of the Crown's responsibility for the Indians' health care and, in particular, that of Indians at the Norway House Indian Reserve.

ambiguïtés ne doivent pas toujours profiter aux Indiens. En outre, une interprétation de l'article 87 fondée sur l'objet s'impose pour préserver la substance de l'exemption d'impôt, même si la situation économique sur les réserves indiennes a beaucoup changé depuis l'adoption de cette disposition.

En l'espèce, le juge de première instance, après avoir soupesé les facteurs de rattachement, a statué en défaveur de la contribuable même s'il constatait que le résultat était anormal. Selon lui, permettre l'exemption d'impôt en l'espèce outrepasserait les limites de l'article 87 en appliquant comme moyen de redresser une situation économiquement désavantageuse. Le juge de première instance a accordé trop de poids à l'emplacement géographique de l'emploi et à la résidence de l'employeur, en l'occurrence le gouvernement fédéral. Il n'a pas accordé assez de poids aux circonstances véritables touchant l'emploi de l'appelante, sa résidence sur la réserve et l'historique de l'hôpital où elle travaillait.

La Cour suprême ne s'est pas encore prononcée sur la question précise du revenu d'emploi dans une affaire comme l'espèce. En conséquence, la Cour doit déterminer quels doivent être les facteurs pertinents pour évaluer le revenu d'emploi en l'espèce ainsi que l'importance relative à accorder à ces facteurs.

Même si le Norway House Indian Hospital ne se trouve plus à l'intérieur des limites de la réserve indienne, le gouvernement l'ayant déplacé à l'endroit où il se trouve maintenant après qu'un incendie eut détruit le premier bâtiment, la différence entre les terres faisant partie de la réserve et les terres qui n'en font pas partie, vu l'éloignement de la collectivité, ne saute pas immédiatement aux yeux et la plupart des clients sont encore des Indiens. La Cour a souligné que, malgré le déplacement de 1952, ce n'est qu'en 1968 que le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de l'époque, M. Jean Chrétien, a annoncé par lettre que la politique était modifiée unilatéralement de sorte que le revenu tiré d'un emploi exercé dans des établissements situés sur des terres fédérales qui ne sont pas des réserves était assujéti à l'impôt.

Tout comme l'emplacement exact du lieu d'emploi ne saurait jouer un rôle décisif en l'espèce, la résidence de l'employeur n'est pas non plus un facteur important dans le contexte de l'espèce. L'établissement du *situs* d'un organisme de la Couronne à un endroit particulier du Canada présente des difficultés de nature conceptuelle. La Couronne peut être poursuivie n'importe où au Canada. En l'espèce, la contribuable était payée par chèque émis par un bureau du gouvernement à Winnipeg, mais il n'y a rien dans l'endroit où les chèques étaient émis qui se rapporte valablement à la question de savoir si le revenu d'emploi était un bien situé sur la réserve. L'aspect le plus important est le fait que ces fonds ont été avancés dans le cadre de la responsabilité de la Couronne touchant les soins de santé des Indiens, en particulier la santé des Indiens de la réserve indienne de Norway House.

Upon an assessment of all of the circumstances of taxpayer's employment, the tax exemption had to be accorded to avoid the erosion of an Indian entitlement. The personal property at issue was income earned by an Indian who is resident on a reserve and who works at a hospital once located on, but now adjacent to, the Reserve, the needs of which it services.

The Trial Judge's "slippery slope" worries—that to accord the tax exemption herein could mean that all Indians resident on reserves, regardless of where or for whom they worked, would escape the income tax—ignored the factors connecting appellant's employment income to the reserve. His Lordship's reasoning overlooked the fact that her work was, for the most part, in aid of people from the Reserve. Taxpayer was not earning her income in the general commercial mainstream.

The Court was aware that Revenue Canada had issued guidelines for the application of section 87. But while they may be useful in routine cases, when it comes right down to it, the Court must in each case conduct a relative weighting of connecting factors.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury, S.C. 1850, c. 74, s. IV.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 81(1)(a) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, s. 46).
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 2(1) "Indian", 87 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 47, s. 25), 90(1).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 87(1)(b).
Indian Act (The), 1876, S.C. 1876, c. 18, s. 64.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Nowegijick v. The Queen, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *McNab v. Canada*, [1992] 4 C.N.L.R. 52 (T.C.C.).

Après avoir évalué l'ensemble de la situation d'emploi de la contribuable, la Cour est d'avis que le revenu de l'appelante doit être exempté d'impôt pour éviter toute atteinte aux droits d'un Indien. Le bien meuble en cause est un revenu gagné par une Indienne qui réside sur une réserve et qui travaille dans un hôpital qui répond aux besoins de la collectivité de la réserve; cet hôpital était jadis situé sur la réserve, mais se trouve maintenant à proximité de la réserve qu'il dessert.

L'argument du «terrain glissant» invoqué par le juge de première instance—soit qu'accorder l'exemption d'impôt en l'espèce pourrait signifier que tous les Indiens qui vivent sur une réserve seraient exemptés d'impôt sans égard à leur lieu de travail ou à l'identité de leur employeur—ne tenait pas compte des facteurs qui rattachent le revenu d'emploi de l'appelante à la réserve. Le raisonnement du juge de première instance néglige le fait que le travail de l'appelante était en grande partie consacré à la population de la réserve. L'appelante ne gagnait pas son revenu sur le marché normal du travail.

La Cour a pris en considération les lignes directrices de Revenu Canada concernant l'application de l'article 87. Bien que ces lignes directrices puissent être habituellement utiles pour l'application de l'article 87, en dernière analyse, la Cour doit évaluer l'importance relative des facteurs de rattachement cas par cas.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Acte des Sauvages, 1876, S.C. 1876, ch. 18, art. 64.
Acte pour protéger les sauvages dans le Haut-Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiètements et dommages, S.C. 1850, ch. 74, art. IV.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 81(1)a (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 46).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 87(1)b).
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 2(1) «Indien», 87 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 47, art. 25), 90(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Nowegijick c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *McNab v. Canada*, [1992] 4 C.N.L.R. 52 (C.C.I.).

DISTINGUISHED:

Brant (H.W.) v. M.N.R., [1992] 2 C.T.C. 2635; (1992), 92 DTC 2274 (T.C.C.).

CONSIDERED:

R. v. National Indian Brotherhood, [1979] 1 F.C. 103; (1978), 92 D.L.R. (3d) 333; [1978] CTC 680; 78 DTC 6488 (T.D.); *Kirkness (M.F.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2028; (1991), 91 DTC 905 (T.C.C.); *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219;

REFERRED TO:

Horn v. M.N.R., [1989] 3 C.N.L.R. 59; [1989] 1 C.T.C. 2208; (1989), 89 DTC 147 (T.C.C.).

AUTHORS CITED

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1996.

Cheshire, G. C. *Private International Law*, 11th ed. by P. M. North and J. J. Fawatt. London: Butterworths, 1987.

Revenue Canada. *Indian Act Exemption for Employment Income: Guidelines*. Ottawa: Revenue Canada, June 1994.

Appeal from a Trial Division decision (*sub nom. Canada v. Poker*, [1995] 1 F.C. 561; [1995] 1 C.N.L.R. 561; [1995] 1 C.T.C. 84; (1994), 94 DTC 6658; 84 F.T.R. 84 (T.D.); *revg sub nom. Clarke (W.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2743; (1992), 92 DTC 2267 (T.C.C.)) that the native taxpayer's employment income was not situated on a reserve and therefore taxable. Appeal allowed.

COUNSEL:

Sidney Green, Q.C. for appellant.
Barbara M. Shields for respondent.

SOLICITORS:

Sidney Green, Winnipeg, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Brant (H.W.) c. M.R.N., [1992] 2 C.T.C. 2635; (1992), 92 DTC 2274 (C.C.I.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. National Indian Brotherhood, [1979] 1 C.F. 103; (1978), 92 D.L.R. (3d) 333; [1978] CTC 680; 78 DTC 6488 (1^{re} inst.); *Kirkness (M.F.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2028; (1991), 91 DTC 905 (C.C.I.); *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219;

DÉCISION CITÉE:

Horn c. M.R.N., [1989] 3 C.N.L.R. 59; [1989] 1 C.T.C. 2208; (1989), 89 DTC 147 (C.C.I.).

DOCTRINE

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services du Canada, 1996.

Cheshire, G. C. *Private International Law*, 11th ed. by P. M. North and J. J. Fawatt. London: Butterworths, 1987.

Revenue Canada. *Exonération du revenu selon la Loi sur les Indiens: lignes directrices*. Ottawa: Revenu Canada, juin 1994.

Appel d'une décision de la Section de première instance (*sub nom. Canada c. Poker*, [1995] 1 C.F. 561; [1995] 1 C.N.L.R. 561; [1995] 1 C.T.C. 84; (1994), 94 DTC 6658; 84 F.T.R. 84 (1^{re} inst.); *inf. sub nom. Clarke (W.) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2743; (1992), 92 DTC 2267 (C.C.I.)), qui a statué que le revenu d'emploi de la contribuable autochtone n'était pas situé sur une réserve et qu'il était par conséquent imposable. Appel accueilli.

AVOCATS:

Sidney Green, c.r. pour l'appelante.
Barbara M. Shields pour l'intimée.

PROCUREURS:

Sidney Green, Winnipeg, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

1 LINDEN J.A.: This case involves the income taxation of a status Indian¹ who resided on the Norway House Indian Reserve and was employed as an administrator in the Norway House Indian Hospital. Although the hospital is no longer located on the reserve, as it once was, it is near the reserve and continues to serve primarily the reserve community. The specific issue to be decided in this appeal is whether the appellant's employment income for 1984 and 1985 should be exempt from income taxation pursuant to section 87 of the *Indian Act*.² More particularly, the appellant relies on paragraph 87(b) in claiming a deduction of \$26,173.23 from her income for the 1984 taxation year and \$22,528.27 from her income for the 1985 taxation year.

1 LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La présente espèce se rapporte à la taxation du revenu d'une Indienne inscrite¹ qui résidait sur la réserve indienne de Norway House et travaillait en qualité de gestionnaire au Norway House Indian Hospital. Bien que l'hôpital ne soit plus situé sur la réserve, comme il l'était autrefois, il se trouve à proximité de celle-ci et continue de desservir principalement la collectivité de la réserve. La question précise à trancher en l'espèce est de savoir si le revenu d'emploi de l'appelante pour les années 1984 et 1985 devrait être exempté de l'impôt sur le revenu en application de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*.² Plus particulièrement, l'appelante se fonde sur l'alinéa 87b) pour réclamer une déduction de 26 173,23 \$ de son revenu pour l'année d'imposition 1984 et une déduction de 22 528,27 \$ de son revenu pour l'année d'imposition 1985.

2 Paragraph 87(b) of the *Indian Act* provides:³

L'alinéa 87b) de la *Loi sur les Indiens* dispose³:

87. Notwithstanding any other Act of the Parliament of Canada or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely:

87. Nonobstant toute autre loi du Parlement du ou toute loi de la législature d'une province, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation, à savoir:

...

...

(b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve;

b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

The legal effect of section 87 is recognized in the *Income Tax Act* by paragraph 81(1)(a), which states:⁴

L'effet juridique de l'article 87 est reconnu dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* dont l'alinéa 81(1)a) est ainsi libellé⁴:

81. (1) There shall not be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year,

81. (1) Ne sont pas inclus dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition:

(a) an amount that is declared to be exempt from income tax by any other enactment of Parliament of Canada, other than an amount received or receivable by an individual that is exempt by virtue of a provision contained in a tax convention or agreement with another country that has the force of law in Canada.

a) une somme exonérée de l'impôt sur le revenu par toute autre loi du Parlement du Canada, autre qu'un montant reçu ou à recevoir par un particulier qui est exonéré en vertu d'une disposition d'une convention ou d'un accord fiscal conclu avec un autre pays et qui a force de loi au Canada;

3 At the outset, it should be explained that paragraph 87(1)(b) does not exempt all Indians from income tax liability. Rather, there are a number of conditions built into this provision which were

3 Il convient d'abord d'expliquer que l'alinéa 87(1)b) n'exempte pas tous les Indiens de l'assujettissement à l'impôt sur le revenu. Cette disposition renferme plutôt plusieurs conditions qui ont été

identified by the Supreme Court of Canada in *Nowegijick v. The Queen*.⁵ First, the property at issue must be “personal property”. Second, it must be owned by an Indian within the meaning of the Act. Third, the Indian must be taxable in respect of the property. Fourth, and finally, the property must be situated on a reserve.

4 The Supreme Court of Canada held, in *Nowegijick*, that employment income is personal property. It further declared that the exemption from taxation on “property” provided in section 87 applies to a tax on persons.⁶ In support of the latter, Dickson J. (as he then was) wrote:⁷

As I read it, s. 87 creates an exemption for both persons and property. It does not matter then that the taxation of employment income may be characterized as a tax on persons, as opposed to a tax on property.

These findings were prompted, in part, by the principle expressed in that case that legislation which affects Indian persons, such as the tax exemption provisions, ought to be liberally rather than technically interpreted where there is ambiguity in the wording of the provision. Specifically, Dickson J. stated that “[i]f the statute contains language which can reasonably be construed to confer tax exemption that construction, in my view, is to be favoured over a more technical construction which might be available to deny exemption”.⁸ Notwithstanding the importance of liberal construction of such legislation, however, Dickson J. made specific reference to the fact that section 87 does not operate as a blanket exemption. He stated:⁹

Indians are citizens and, in affairs of life not governed by treaties or the *Indian Act*, they are subject to all of the responsibilities, including payment of taxes of other Canadian citizens.

5 Having regard for the interpretive principles laid out by the Supreme Court in *Nowegijick*, it is clear that the first three preconditions for the tax exemption in paragraph 87(b) have been met in this case. The Trial Judge quite properly found that the

recensées par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Nowegijick c. La Reine*.⁵ En premier lieu, les biens en question doivent être des «biens meubles». En deuxième lieu, les biens doivent appartenir à un Indien au sens de la Loi. En troisième lieu, l’Indien doit être assujéti à l’impôt quant à ces biens. En quatrième et dernier lieu, les biens doivent être situés sur la réserve.

4 La Cour suprême du Canada a statué dans l’arrêt *Nowegijick* qu’un revenu d’emploi est un bien meuble. Elle a en outre déclaré que l’exemption d’impôt quant à un «bien» qui est prévue à l’article 87 s’applique à l’impôt personnel⁶. Au soutien de cette affirmation, le juge Dickson (qui n’était pas encore juge en chef) a dit⁷:

Selon moi, l’art. 87 crée une exemption à l’égard des personnes et des biens. Il est donc sans importance que la taxation du revenu tiré d’un emploi puisse être qualifiée d’impôt personnel et non pas d’impôt réel.

Ces conclusions sont en partie motivées par le principe énoncé dans cette affaire, à savoir que les dispositions législatives qui touchent les Indiens, comme les dispositions créant l’exemption d’impôt, doivent recevoir une interprétation non pas stricte mais libérale lorsque le libellé de la disposition est ambigu. En particulier, le juge Dickson a déclaré que «[s]i la loi contient des dispositions qui, suivant une interprétation raisonnable, peuvent conférer une exemption d’impôts, il faut, selon moi, préférer cette interprétation à une interprétation plus stricte qui pourrait être utilisée pour refuser l’exemption»⁸. Malgré l’importance de l’interprétation libérale de ces dispositions, toutefois, le juge Dickson a expressément mentionné le fait que l’article 87 ne constitue pas une exemption générale. Il a dit⁹:

Les Indiens possèdent la citoyenneté canadienne et, dans les affaires qui ne sont régies ni par des traités ni par la *Loi sur les Indiens*, ils ont les mêmes responsabilités, dont le paiement d’impôts, que les autres citoyens canadiens.

5 Pour ce qui est des règles d’interprétation énoncées par la Cour suprême dans l’arrêt *Nowegijick*, il est clair que les trois premières conditions préalables à l’application de l’exemption d’impôt prévue à l’alinéa 87b) ont été remplies en l’espèce. Le juge

appellant's income from her employment at the Norway House Indian Hospital fits within the scope of paragraph 87(b) to the extent that it is personal property which is subject to tax. There is no dispute that the appellant, who has since passed away, was an "Indian" within the meaning of subsection 2(1) of the Act.¹⁰ As with most cases which have addressed section 87, the sole legal issue in this appeal is whether the appellant's property is "situated on a reserve", the fourth condition set out in the statute.

6 Following an appeal by the Minister from the decision of the Tax Court Judge, the Trial Judge held that the appellant's employment income was not situated on a reserve and, thus, could not be exempted from taxation.¹¹ As will be seen, I disagree with the Trial Judge's result. In my view, he failed to fully appreciate the legislative purpose that the section 87 tax exemption is designed to achieve and, consequently, he erred in applying the prevailing test for determining whether the appellant's employment income is situated on the reserve.

7 Over the years, Courts have tried to fashion a simple, bright-line rule for determining whether an Indian's personal property is "situated on a reserve". These efforts have proved less than satisfactory. Although this condition appears simple enough to apply, it is a difficult one to apply in the context of intangible property such as wages and other forms of income. The reason for the difficulty is that the application of a *situs* rule to an aspect of property which has no physical or local existence is bound to be notional and risks being arbitrary. When considering the *situs* principle in the context of conflict of laws, the authors of the text *Private International Law* observed:

Since the *situs* principle has furnished a simple and effective rule for questions relating to a physical thing, the natural inclination is to extend it to all questions and to regard it as the general determinant of rules for the choice of law concerning choses in action. This is a false analogy. Moreover, it frequently leads to forcing a rule, eminently adapted to one set of circumstances, to fit circum-

de première instance a conclu entièrement à bon droit que le revenu que l'appelante a tiré de son emploi au Norway House Indian Hospital est visé par l'alinéa 87b) dans la mesure où il s'agit d'un bien meuble qui est assujéti à l'impôt. Nul ne conteste que l'appelante, qui est maintenant décédée, était une «Indienne» au sens du paragraphe 2(1) de la Loi¹⁰. Comme dans la plupart des affaires portant sur l'article 87, la seule question juridique en litige dans le présent appel est de savoir si le bien de l'appelante est «situé sur une réserve», c'est-à-dire s'il remplit la quatrième condition prévue par la loi.

6 À la suite de l'appel interjeté par le ministre contre la décision rendue par le juge de la Cour de l'impôt, le juge de première instance a statué que le revenu d'emploi de l'appelante n'était pas situé sur une réserve et, partant, ne pouvait pas être exempté d'impôt¹¹. Comme je l'explique plus loin, je ne souscris pas au résultat auquel arrive le juge de première instance. Selon moi, celui-ci n'a pas tenu pleinement compte du but poursuivi par le législateur en créant l'exemption d'impôt à l'article 87 et a donc commis une erreur en appliquant le critère habituel pour déterminer si le revenu d'emploi de l'appelante est situé sur la réserve.

7 Au cours des ans, les tribunaux ont tenté d'énoncer une règle simple et limpide pour déterminer si les biens meubles d'un Indien sont «situés sur une réserve». Ces efforts se sont révélés peu concluants. Bien que cette condition paraisse assez simple à appliquer, il n'en est rien dans le contexte de biens immatériels comme des salaires et d'autres formes de revenus. La raison est que l'application d'une règle du *situs* à un bien qui n'a aucune existence matérielle ou locale est forcément théorique et risque d'être arbitraire. L'examen du principe du *situs* dans le contexte du droit international privé a amené les auteurs de l'ouvrage *Private International Law* à faire la remarque suivante:

[TRADUCTION] Comme le principe du *situs* fournit une règle simple et pratique pour les questions relatives à une chose matérielle, on a naturellement tendance à l'appliquer à toutes les questions et à le considérer comme le facteur déterminant général des règles applicables au choix de la loi dans le cas des droits incorporels. C'est une fausse analogie. De plus, elle conduit souvent à forcer une règle,

stances for which it is entirely inappropriate.¹²

The *situs* principle, however, is firmly entrenched in the language of section 87.

qui convient parfaitement à un ensemble de circonstances, à s'adapter à des circonstances auxquelles elle ne convient pas du tout¹².

Le principe du *situs* est toutefois fermement inscrit dans le libellé de l'article 87.

8 One bright-line rule that was used to determine *situs* for a time was the residence of the debtor. In *R. v. National Indian Brotherhood*, the Associate Chief Justice of this Court, as he then was, held that, for the purposes of section 87 of the Act, the *situs* of employment income should be determined by reference to the residence of the debtor. He imported this test from conflict of laws principles; it was thought that the *situs* of a chose in action would best be determined by the residence of the debtor. The rationale behind this principle was to align the *situs* of the intangible property with the location where the debt could be enforced. It is worthy of note that, in deciding to adopt this test in the context of section 87 of the *Indian Act*, Thurlow A.C.J. acknowledged the fiction of attributing a *situs* to an intangible property. He stated, "[a] chose in actions such as the right to a salary in fact has no *situs*. But where for some purpose the law has found it necessary to attribute a *situs*, in the absence of anything in the contract or elsewhere to indicate the contrary, the *situs* of a simple contract debt has been held to be the residence or place where the debtor is found."¹³ As will be seen, however, although this rule made sense in conflict of laws, it proved less than satisfactory in achieving the legislative purpose enshrined in section 87.

8 La résidence du débiteur est une règle limpide qui a été appliquée pendant un certain temps pour déterminer le *situs*. Dans l'arrêt *R. c. National Indian Brotherhood*, le juge en chef adjoint de la Cour (tel était alors son titre) a statué que, pour l'application de l'article 87 de la Loi, c'est la résidence du débiteur qui devrait déterminer le *situs* d'un revenu d'emploi. Il a emprunté ce critère aux règles de droit international privé; on croyait que la meilleure façon de déterminer le *situs* d'un droit incorporel serait d'utiliser la résidence du débiteur. La raison de ce principe était de faire concorder le *situs* du bien immatériel avec l'endroit où la dette pouvait être exécutée. Il convient de faire remarquer que, pour décider d'adopter ce critère dans le contexte de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, le juge en chef adjoint Thurlow a reconnu que l'attribution d'un *situs* à un bien immatériel était une fiction. Il a déclaré qu'«[u]n droit incorporel, comme le droit à un traitement, n'a véritablement pas de *situs*. Mais lorsque, pour une fin déterminée, la loi a jugé nécessaire de lui en attribuer un, et en l'absence de toute disposition contraire dans le contrat ou dans tout autre document, les tribunaux ont établi que le *situs* d'une simple dette contractuelle est la résidence du débiteur ou le lieu où il se trouve»¹³. Comme je l'explique plus loin, toutefois, bien que cette règle soit logique en droit international privé, elle s'est révélée peu satisfaisante pour atteindre l'objectif que le législateur a inscrit dans l'article 87.

9 Nevertheless, the residence of the debtor test was endorsed by the Supreme Court in *Nowegijick*, wherein Dickson J. held that the Crown was correct to concede that the *situs* of a status Indian's salary ought to be determined according to the residence of the debtor (i.e., for salary, the employer). He stated:¹⁴

9 Malgré tout, la Cour suprême a approuvé le critère de la résidence du débiteur dans l'arrêt *Nowegijick*, dans lequel le juge Dickson a statué que Sa Majesté avait eu raison de reconnaître que le *situs* du salaire d'un Indien inscrit devait être déterminé en fonction de la résidence du débiteur (c.-à-d. l'employeur en vertu d'un salaire). Il a déclaré¹⁴:

The Crown conceded in argument, correctly in my view, that the *situs* of the salary which Mr. Nowegijick received

Sa Majesté a reconnu au cours des plaidoiries, avec raison selon moi, que le *situs* du salaire de M. Nowegijick était

was sited on the reserve because it was there that the residence or place of the debtor, the Gull Bay Development Corporation, was to be found and it was there the wages were payable.

la réserve parce que c'est là où la débitrice, Gull Bay Development Corporation, avait sa résidence ou son lieu d'affaires et parce que c'est là que le salaire devait être payé.

10 A second bright-line test was tried in *Kirkness (M.F.) v. M.N.R.*, where the Tax Court focused on the place where payment originated as the *situs* of the employment income for the purpose of paragraph 87(1)(b) [R.S.C., 1985, c. I-5].¹⁵ On this basis, the tax exemption was denied to Indian employees of a nursing station which was located just off the reserve on which the employees lived. Two of the appellants in that case received their cheques at the nursing station, while the third received his salary by way of direct deposit to an off-reserve bank. Beaubier T.C.J. drew on Dickson J.'s comments in *Nowegijick* regarding the significance, for income tax purposes, of the "point of receipt of income".¹⁶ He reasoned that "[t]he cheques which are paid to the appellants in this case are not paid to the appellants on the Split Lake Indian reserve Since the cheque, being personal property, is received by the Indian off of the reserve, no exemption exists pursuant to paragraph 87(1)(b)".¹⁷

Un deuxième critère limpide a été tenté dans l'affaire *Kirkness (M.F.) c. M.R.N.*, dans laquelle la Cour de l'impôt a mis l'accent sur le lieu d'où provenait le paiement pour déterminer le *situs* du revenu d'emploi pour l'application de l'alinéa 87(1)b) [L.R.C. (1985), ch. I-5].¹⁵ Sur ce fondement, la Cour de l'impôt a refusé d'accorder l'exemption d'impôt à des Indiens qui travaillaient en tant qu'employés au poste de soins infirmiers situé juste à côté de la réserve sur laquelle ils résidaient. Deux des appelants dans cette affaire recevaient leurs chèques au poste de soins infirmiers tandis que le troisième recevait son salaire sous forme de dépôt direct à une banque située hors de la réserve. Le juge Beaubier de la Cour de l'impôt s'est fondé sur les remarques faites par le juge Dickson dans l'arrêt *Nowegijick* concernant l'importance, pour les fins de l'impôt sur le revenu, du «lieu de réception du revenu»¹⁶. Il a affirmé que «[l]es chèques que les appelants reçoivent en l'espèce ne leur sont pas versés dans la réserve indienne de Split Lake . . . Étant donné que le chèque, un bien meuble, est reçu par l'Indien hors de la réserve, il n'est pas exonéré aux termes de l'alinéa 87(1)b)»¹⁷.

11 Despite the initial attraction of these bright-line rules, courts have since recognized that these seemingly simple tests were less than satisfactory in achieving the legislative purpose behind the section 87 tax exemption. It became apparent that a more sophisticated approach was needed under section 87, at least in the absence of further Parliamentary action. In *Williams v. Canada*, Gonthier J. observed that "[t]he only justification given in these cases for locating the *situs* of a debt at the residence of the debtor is that this is the rule applied in the conflict of laws".¹⁸ Recognizing that the rationale for such a rule was to ensure the enforcement of a debt, Gonthier J. commented that, while such a rule might be "reasonable for the general purposes of conflicts of laws . . . one must inquire as to its utility for the purposes underlying the exemption from taxation in the *Indian Act*".¹⁹ He concluded with the following

Malgré l'attrait initial de ces règles limpides, les tribunaux ont depuis reconnu que ces critères simples en apparence n'étaient guère satisfaisants pour atteindre le but poursuivi par le législateur en créant l'exemption d'impôt à l'article 87. Il est devenu évident qu'on avait besoin d'une méthode plus perfectionnée dans le contexte de l'article 87, du moins en l'absence d'autres mesures législatives. Dans l'arrêt *Williams c. Canada*, le juge Gonthier a fait remarquer que «[l]a seule justification mentionnée, dans ces arrêts, à l'appui du choix de la résidence du débiteur comme *situs* d'une dette est qu'il s'agit là de la règle appliquée en droit international privé»¹⁸. Conscient du fait que la raison d'être d'une telle règle était de garantir l'exécution d'une dette, le juge Gonthier a observé que même si pareille règle peut être «raisonnable pour les fins générales du droit international privé . . . il faut s'interroger sur son

critique of wholesale reliance on the residence of the debtor test:²⁰

... it is readily apparent that to simply adopt general conflicts principles in the present context would be entirely out of keeping with the scheme and purposes of the *Indian Act* and *Income Tax Act*. The purposes of the conflict of laws have little or nothing in common with the purposes underlying the *Indian Act*. It is simply not apparent how the place where a debt may normally be enforced has any relevance to the question whether to tax the receipt of the payment of that debt would amount to the erosion of the entitlements of an Indian *qua* Indian on a reserve.

12 Underlying Gonthier J.'s criticism of the residence of the debtor test is the recognition that attributing a *situs* to a chose in action such as the right to employment income is, by definition, a notional exercise. It is a legal fiction which, in the context of section 87, is designed to limit the breadth of the tax exemption provision. To recognize it as a legal fiction is not to criticize it; legal fictions often serve useful purposes in our law. However, once the fictional nature of the exercise is rendered explicit, it can be seen that reliance on a test for *situs* which is unconnected to the purpose for the tax exemption provision—whether it be the residence of the debtor or the place where the wages are received—inevitably becomes arbitrary in its application. The solution, as will be seen, lies in an approach to the interpretation and application of the phrase “situated on a reserve” which is founded on the purpose of the exemption provision in the *Indian Act*. Unless the purpose of the legislative provision which imposes the *situs* requirement drives the selection of the criteria used to determine the *situs* of the property, there is simply no principled basis for selecting one criterion over another. The analysis must therefore begin by examining Parliament's intention in enacting section 87 of the *Indian Act*.

13 The history and purpose of section 87 were fully explored in *Mitchell v. Peguis Indian Band*.²¹ In that

utilité aux fins qui sous-tendent l'exemption fiscale prévue dans la *Loi sur les Indiens*»¹⁹. Il a conclu en faisant la critique suivante à propos du recours massif au critère de la résidence du débiteur²⁰:

... il est évident qu'il serait complètement contraire à l'économie et aux objets de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi de l'impôt sur le revenu* d'adopter simplement les principes généraux du droit international privé dans le présent contexte. En effet, les objets du droit international privé ont peu sinon rien en commun avec ceux qui sous-tendent la *Loi sur les Indiens*. On ne voit pas en quoi le lieu d'exécution normal d'une dette est pertinent pour décider si l'imposition de la réception du paiement de la dette représenterait une atteinte aux droits détenus par un Indien à titre d'Indien sur une réserve.

Ce qui sous-tend le reproche que fait le juge 12 Gonthier au critère de la résidence du débiteur, c'est la reconnaissance du fait que l'attribution d'un *situs* à un droit incorporel comme le droit à un revenu d'emploi est, par définition, un exercice théorique. C'est une fiction juridique qui, dans le contexte de l'article 87, vise à limiter la portée de la disposition créant l'exemption d'impôt. Considérer cet exercice comme une fiction juridique n'est pas le critiquer; les fictions juridiques se révèlent souvent utiles dans notre droit. Cependant, une fois que le caractère fictif de l'exercice est rendu explicite, on peut voir que l'application d'un critère de détermination du *situs* qui ne se rattache pas à l'objet de la disposition créant l'exemption d'impôt, qu'il s'agisse de la résidence du débiteur ou de l'endroit où le salaire est reçu, devient forcément arbitraire. Comme je l'explique plus loin, la solution réside dans une conception de l'interprétation et de l'application de l'expression «situé sur une réserve» qui repose sur l'objet de la disposition créant l'exemption dans la *Loi sur les Indiens*. À moins que l'objet de la disposition législative qui impose l'exigence du *situs* ne dicte le choix des critères servant à déterminer le *situs* des biens, il n'existe tout simplement aucune raison logique de choisir un critère plutôt qu'un autre. Il faut donc commencer l'analyse par un examen du but poursuivi par le législateur quand il a édicté l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*.

L'historique et l'objet de l'article 87 ont fait l'objet d'un examen complet dans l'arrêt *Mitchell c.* 13

case, La Forest J. traced the history of section 87 back to an 1850 statute which provided, essentially, that no taxes were to be levied upon an Indian residing on unceded or reserve lands.²² The exemption did not take the shape of the present-day provision, however, until *The Indian Act* 1876.²³ Section 64 of that Act provided:

64. No Indian or non-treaty Indian shall be liable to be taxed for any real or personal property, unless he holds real estate under lease or in fee simple, or personal property, outside of the reserve or special reserve, in which case he shall be liable to be taxed for such real or personal property at the same rate as other persons in the locality in which it is situate.

La Forest J. highlighted the fact that, in this section, “Indians holding lands or personal property in their own right outside the reserve hold that property on the same basis as all other similarly situated property holders”.²⁴ This specific condition, although not included in section 87, provides some historical insight into what the tax exemption was originally designed to achieve, and, consequently, into the contours of its current application, as will be more fully developed below.

14 La Forest J. justified the historical evolution of this legislative policy on the basis that it was a protective device designed to respond to the negative effects on our First Nation peoples of the assertion of British sovereignty over what is now Canada. He developed this idea further:²⁵

In summary, the historical record makes it clear that ss. 87 and 89 of the Indian Act . . . constitute part of a legislative “package” which bears the impress of an obligation to native peoples which the Crown has recognized at least since the signing of the Royal Proclamation of 1763. From that time on, the Crown has always acknowledged that it is honour-bound to shield Indians from any efforts by non-natives to dispossess Indians of the property which they hold *qua* Indians, i.e., their land base and the chattels on that land base.

In summary, the purpose of section 87 and its predecessor provisions, according to La Forest J., is to

*Bande indienne Peguis*²¹. Dans cette décision, le juge La Forest a fait remonter l’article 87 à une loi de 1850 qui disposait, pour l’essentiel, qu’aucune taxe ne devait être prélevée sur un Indien résidant sur des terres non cédées ou faisant partie d’une réserve²². Ce n’est toutefois pas avant l’adoption de l’*Acte des Sauvages*, 1876²³ que cette exemption a pris la forme de la disposition actuelle. L’article 64 de ce texte est ainsi libellé:

64. Nul Sauvage ou Sauvage sans traités ne pourra être taxé pour aucune propriété mobilière ou immobilière, à moins qu’il ne possède une terre à bail ou en pleine propriété, ou des biens-meubles en dehors de la réserve ou réserve spéciale, auquel cas il pourra être taxé pour ces biens meubles ou immeubles, au même taux que les autres personnes de la localité où ils sont situés.

Le juge La Forest a mis en lumière le fait que, dans cette disposition, «les Indiens qui possèdent des terres ou des biens personnels à titre de propriétaire à l’extérieur de la réserve possèdent ces biens comme tout autre possesseur de biens situés au même endroit»²⁴. Même si cette condition précise ne figure pas à l’article 87, elle donne un aperçu historique du but que l’exemption d’impôt visait initialement à atteindre et, par conséquent, des contours de son application actuelle, qui sera traitée plus longuement ci-dessous.

Le juge La Forest a justifié l’évolution historique de cette mesure législative en disant qu’il s’agissait d’une mesure de protection conçue pour neutraliser les effets négatifs sur nos peuples autochtones de l’affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire qu’est maintenant le Canada. Il a poussé son idée plus loin²⁵:

En résumé, le dossier historique indique clairement que les art. 87 et 89 de la *Loi sur les Indiens* . . . font partie d’un ensemble législatif qui fait état d’une obligation envers les peuples autochtones, dont la Couronne a reconnu l’existence tout au moins depuis la signature de la Proclamation royale de 1763. Depuis ce temps, la Couronne a toujours reconnu qu’elle est tenue par l’honneur de protéger les Indiens de tous les efforts entrepris par des non-Indiens pour les déposséder des biens qu’ils possèdent en tant qu’Indiens, c’est-à-dire leur territoire et les chatels qui y sont situés.

En résumé, l’objet de l’article 87 et des dispositions qu’il a remplacées, selon le juge La Forest, est de

protect property held by Indians *qua* Indians. La Forest J. recognized, as did Dickson J. before him in *Nowegijick*, that the purpose of section 87 is not to provide status Indians with unlimited protection from taxation.²⁶

The fact that the modern-day legislation, like its historical counterparts, is so careful to underline that exemptions from taxation and distraint apply only in respect of personal property situated on reserves demonstrates that the purpose of the legislation is not to remedy the economically disadvantaged position of Indians by ensuring that Indians may acquire, hold, and deal with property in the commercial mainstream on different terms than their fellow citizens.

La Forest J. characterized the purpose of the tax exemption provision as, in essence, an effort to preserve the traditional way of life in Indian communities by protecting property held by Indians *qua* Indians on a reserve. Section 87, however, was not intended as a means of remedying the economic disadvantage of Indians. Although a laudable goal, it is not for the courts to attempt to achieve it by stretching the boundaries of the tax exemption further than they can be supported on a purposive reading of the legislation. Where, therefore, an Aboriginal person chooses to enter Canada's so-called "commercial mainstream",²⁷ there is no legislative basis for exempting that person from income tax on his or her employment income.²⁸ Hence, the requirement that the personal property be "situated on a reserve". The *situs* principle provides an internal limit to the scope of the tax exemption provision by tying eligibility for the exemption to Indian property connected with reserve land. Thus, as will be seen, where an Indian person's employment duties are an integral part of a reserve, there is a legitimate basis for application of the tax exemption provision to the income derived from performance of those duties.

15 Following La Forest J.'s explanation of the purpose of section 87, the Supreme Court in *Williams* developed what is now referred to as the "connecting factors" test. This test was designed to overcome the problems inherent in attributing a *situs* to intan-

protéger les biens que les Indiens possèdent en tant qu'Indiens. Le juge La Forest a reconnu, comme l'a fait le juge Dickson avant lui dans l'arrêt *Nowegijick*, que l'article 87 ne vise pas à accorder aux Indiens inscrits une protection illimitée contre la taxation²⁶:

Le fait que la loi contemporaine, comme sa contrepartie historique, prenne tant de soin pour souligner que les exemptions de taxe et de saisie ne s'appliquent que dans le cas des biens personnels situés sur des réserves démontre que l'objet de la Loi n'est pas de remédier à la situation économiquement défavorable des Indiens en leur assurant le pouvoir d'acquérir, de posséder et d'aliéner des biens sur le marché à des conditions différentes de celles applicables à leurs concitoyens.

Le juge La Forest a qualifié l'objet de la disposition créant l'exemption d'impôt essentiellement d'effort pour préserver le mode de vie traditionnel des collectivités indiennes en protégeant les biens que les Indiens possèdent en tant qu'Indiens sur une réserve. L'article 87 ne visait toutefois pas à remédier à la situation désavantageuse des Indiens sur le plan économique. Bien qu'il s'agisse d'un but louable, il n'appartient pas aux tribunaux d'essayer de l'atteindre en étirant les limites de l'exemption fiscale plus que ne le permet une interprétation de la loi fondée sur l'objet. Par conséquent, lorsqu'un autochtone décide d'entrer sur ce qu'on appelle le «marché»²⁷ canadien, il n'y a aucun texte législatif qui l'exempte du paiement d'un impôt sur son revenu d'emploi²⁸, d'où l'exigence voulant que le bien meuble soit «situé sur une réserve». La règle du *situs* fixe une limite interne à la portée de la disposition créant l'exemption fiscale en rattachant l'admissibilité à l'exemption à un bien détenu par un Indien sur une réserve. Par conséquent, comme je l'explique plus loin, lorsque les fonctions de l'emploi d'un Indien font partie intégrante d'une réserve, il existe une raison légitime d'appliquer la disposition créant l'exemption d'impôt au revenu provenant de l'exercice de ces fonctions.

Après l'explication de l'objet de l'article 87 par le juge La Forest, la Cour suprême a défini dans l'arrêt *Williams* ce qu'on appelle maintenant le critère des «facteurs de rattachement». Ce critère a été conçu pour venir à bout des problèmes inhérents à l'attri-

15

gible property on the basis of a single criterion such as the location of the debtor or the location where payment was made. In *Williams*, Gonthier J. explained the paradox of identifying the *situs* of unemployment insurance benefits, as were at issue in that case, by pointing to the fact that “[b]ecause the transaction by which a taxpayer receives unemployment insurance benefits is not a physical object, the method by which one might fix its *situs* is not immediately apparent. In one sense, the difficulty is that the transaction has no *situs*. However, in another sense, the problem is that it has too many”.²⁹ The *situs* of the debtor, the *situs* of the creditor, the *situs* where the payment is made, the *situs* of the employment which created the qualification for the receipt of income, and the *situs* where the payment will be spent, among others, are all conceivably relevant factors. None of these factors, on its own, however, is likely to produce a satisfactory result in all cases.

16 In order to resolve this conundrum, Gonthier J. crafted a new test based on the foundation of La Forest J.’s purposive analysis in *Mitchell*. He recognized that, although there are necessarily many factors which may be of assistance in determining the *situs* of intangible property such as unemployment insurance or employment income, the relevance of these “connecting factors” must be assessed on the basis of their ability to further the purpose of section 87. Further, the weight to be given to each factor may change from case to case.³⁰

A connecting factor is only relevant in so much as it identifies the location of the property in question for the purposes of the *Indian Act*. In particular categories of cases, therefore, one connecting factor may have much more weight than another. It would be easy in balancing connecting factors on a case by case basis to lose sight of this.

The methodology fashioned by Gonthier J. to achieve this result was described by him as follows:³¹

The first step is to identify the various connecting factors which are potentially relevant. These factors should then

bution d’un *situs* à des biens immatériels au moyen d’un seul critère comme l’emplacement du débiteur ou l’endroit où le paiement a été fait. Dans l’arrêt *Williams*, le juge Gonthier a expliqué le paradoxe de l’attribution d’un *situs* à des prestations d’assurance-chômage, qui étaient en litige dans cette affaire, en signalant que «[p]uisque l’opération en vertu de laquelle un contribuable reçoit des prestations d’assurance-chômage ne constitue pas un bien matériel, la méthode par laquelle on pourrait en déterminer le *situs* ne saute pas aux yeux. Dans un sens, le problème est que l’opération n’a pas de *situs*. Toutefois, dans un autre sens, le problème est qu’elle en compte trop»²⁹. Ainsi, le *situs* du débiteur, le *situs* du créancier, le *situs* du versement du paiement, le *situs* de l’emploi donnant droit au revenu en question et le *situs* de l’utilisation du paiement, entre autres choses, sont tous des facteurs théoriquement pertinents. Mais aucun de ces facteurs pris isolément n’est susceptible de produire un résultat satisfaisait dans tous les cas.

Pour résoudre ce problème, le juge Gonthier a 16 élaboré un nouveau critère sur le fondement de l’analyse axée sur l’objet qu’a faite le juge La Forest dans l’arrêt *Mitchell*. Le juge Gonthier a reconnu que, bien qu’il existe inévitablement de nombreux facteurs qui peuvent être utiles pour déterminer le *situs* d’un bien immatériel comme des prestations d’assurance-chômage ou un revenu d’emploi, la pertinence de ces «facteurs de rattachement» doit être évaluée en fonction de leur capacité à réaliser l’objet de l’article 87. En outre, le poids à donner à chaque facteur peut varier en fonction des circonstances³⁰.

Un facteur de rattachement n’est pertinent que dans la mesure où il identifie l’emplacement du bien en question aux fins de la *Loi sur les Indiens*. Dans des catégories particulières de cas, un facteur de rattachement peut donc avoir beaucoup plus de poids qu’un autre. On pourrait facilement perdre cette réalité de vue en soupesant les facteurs de rattachement cas par cas.

Voici comment le juge Gonthier a décrit la méthodologie conçue pour parvenir à ce résultat³¹:

Il faut d’abord identifier les divers facteurs de rattachement qui peuvent être pertinents. On doit ensuite analyser

be analyzed to determine what weight they should be given in identifying the location of the property, in light of three considerations: (1) the purpose of the exemption under the *Indian Act*; (2) the type of property in question; and (3) the nature of the taxation of that property. The question with regard to each connecting factor is therefore what weight should be given that factor in answering the question whether to tax that form of property in that manner would amount to the erosion of the entitlement of the Indian *qua* Indian on a reserve.

This new test was not designed to extend the tax exemption benefit to all Indians. Nor was it aimed at exempting all Indians living on reserves. Rather, in suggesting reliance on a range of factors which may be relevant to determining the *situs* of the property, Gonthier J. sought to ensure that any tax exemption would serve the purpose it was meant to achieve, namely, the preservation of property held by Indians *qua* Indians on reserves so that their traditional way of life would not be jeopardized.

17 The connecting factors test is consistent with La Forest J.'s more general comments in *Mitchell* on the interpretation of legislation relating to Indians. As noted by the Trial Judge [at page 582], "La Forest J. somewhat tempered the liberal interpretation rule" as affirmed in *Nowegijick* by cautioning that, unlike treaties, "statutes relating to Indians are an expression of the will of Parliament".³² In light of this fact, La Forest J. warned against always resolving statutory ambiguities in favour of the Indians "simply because it may be expected that the Indians would favour it over any other competing interpretation".³³ Instead, he reasoned, "[i]t is also necessary to reconcile any given interpretation with the policies the Act seeks to promote".³⁴ Moreover, a purposive interpretation of section 87 is required in order to preserve the substance of the tax exemption, even though much of the economic climate on Indian reserves has changed since it was enacted.

18 The specific issue in *Williams* was whether a status Indian, residing on a reserve and receiving

ces facteurs pour déterminer le poids à leur accorder afin d'identifier l'emplacement du bien, en tenant compte de trois choses: (1) l'objet de l'exemption prévue dans la *Loi sur les Indiens*, (2) le genre de bien en cause et (3) la nature de l'imposition de ce bien. Il s'agit donc de déterminer, relativement à chaque facteur de rattachement, le poids qui devrait lui être accordé pour décider si l'imposition en cause de ce type de bien représenterait une atteinte aux droits de l'Indien à titre d'Indien sur une réserve.

Ce nouveau critère n'a pas été conçu pour accorder le bénéfice de l'exemption d'impôt à tous les Indiens. Il ne visait pas non plus à exempter tous les Indiens qui résident sur une réserve. En proposant qu'il convient de se fonder sur une gamme de facteurs qui peuvent être pertinents pour déterminer le *situs* d'un bien, le juge Gonthier a plutôt cherché à garantir que l'exemption d'impôt réalise l'objet qu'elle est censée réaliser, c'est-à-dire préserver les biens détenus par des Indiens en tant qu'Indiens sur des réserves afin que leur mode de vie traditionnel ne soit pas menacé.

Le critère des facteurs de rattachement est compatible avec les commentaires plus généraux faits par le juge La Forest dans l'arrêt *Mitchell* sur l'interprétation des dispositions législatives touchant les Indiens. Comme l'a fait remarquer le juge de première instance [à la page 582], «le juge La Forest a en quelque sorte tempéré la règle de l'interprétation libérale» énoncée dans l'arrêt *Nowegijick* en signalant que, contrairement aux traités, «les lois relatives aux Indiens sont l'expression de la volonté du Parlement»³². Vu ce fait, le juge La Forest a dit que les ambiguïtés législatives ne devaient pas toujours profiter aux Indiens «pour la simple raison qu'il peut être vraisemblable que les Indiens la préférerait [*sic*] [cette interprétation] à tout autre interprétation différente»³³. Il a plutôt soutenu qu'«[i]l est également nécessaire de concilier toute interprétation donnée avec les politiques que la Loi tente de promouvoir»³⁴. En outre, une interprétation de l'article 87 fondée sur l'objet s'impose pour préserver la substance de l'exemption d'impôt, même si la situation économique sur les réserves indiennes a beaucoup changé depuis l'adoption de cette disposition.

La question précise en litige dans l'arrêt *Williams* était de savoir si un Indien inscrit qui résidait sur

17

18

unemployment insurance benefits for which he qualified as a result of his former job with an on-reserve logging company, should be entitled to the tax exemption. In light of the purpose of the exemption, the nature of the unemployment insurance benefits and the manner in which those benefits are taxed, the connecting factors to which Gonthier J. chose to attribute the most weight were the residence of the recipient of the benefits and the location of the employment income which allowed the recipient to qualify for the benefits.³⁵ The latter was justified on the basis that, without an exemption for “an Indian whose qualifying employment income was on the reserve, the symmetry in the tax implications of premiums and benefits breaks down. For such an Indian, the original employment income was tax-exempt. The taxation paid on the subsequent benefits, therefore, does more than merely offset the tax saved by virtue of the premiums”.³⁶ Instead, Gonthier J. concluded, “it is an erosion of the entitlements created by the Indian’s employment on the reserve”.³⁷ In light of this, Gonthier J. found that the other potentially relevant factor, the residence of the recipient of the benefits, would only affect the analysis “if it points to a location different from that of the qualifying employment”.³⁸ The result, in *Williams*, was to extend tax exempt status to the unemployment insurance benefits on the facts of that case.

une réserve et recevait des prestations d’assurance-chômage auxquelles il était admissible parce qu’il avait travaillé pour une société d’exploitation forestière située sur la réserve devrait avoir droit à l’exemption d’impôt. Vu l’objet de l’exemption, la nature des prestations d’assurance-chômage et la manière dont ces prestations sont imposées, les facteurs de rattachement auxquels le juge Gonthier a décidé d’attribuer le plus de poids étaient la résidence de la personne qui reçoit les prestations et l’emplacement du revenu d’emploi ayant donné droit à celles-ci³⁵. Ce dernier facteur était important parce que, sans une exemption pour «un Indien dont le revenu d’emploi qui donne droit à des prestations était situé sur la réserve, la concordance entre les incidences fiscales des cotisations et des prestations disparaît car, pour cet Indien, le revenu d’emploi initial était exonéré d’impôt. L’impôt payé sur les prestations subséquentes fait donc plus que compenser les économies d’impôt réalisées grâce au versement de cotisations»³⁶. Le juge Gonthier a plutôt conclu que c’est «une atteinte aux droits engendrés par le fait que l’Indien travaillait sur la réserve»³⁷. Pour cette raison, il a statué que l’autre facteur qui pouvait être pertinent, c’est-à-dire la résidence de la personne qui reçoit les prestations, ne modifierait l’analyse que «s’il indique un emplacement différent de celui de l’emploi qui a rendu admissible aux prestations»³⁸. Le résultat dans l’affaire *Williams* a été d’exempter d’impôt les prestations d’assurance-chômage eu égard aux faits de l’espèce.

19 The Trial Judge in this case applied the connecting factors test to conclude that the appellant’s employment earnings were not situated on a reserve. He found [at page 583] that the factors to be given the greatest weight were “the residence of the employer and the location where the duties of employment were performed”. The Trial Judge conceded that the residence of the appellant was “also important”, although he found it to be “less important than the previous factors”. On the basis of this weighing exercise, the Trial Judge concluded [at page 586] that, “despite the circumstances surrounding the defendant’s employment, neither the defendant’s employer nor the location of her employment were on the reserve. It is not sufficient,

19 Le juge de première instance en l’espèce a appliqué le critère des facteurs de rattachement pour conclure que le revenu tiré de l’emploi de l’appelante n’était pas situé sur une réserve. Il a conclu [à la page 583] que les facteurs auxquels il fallait accorder le plus de poids étaient «la résidence de l’employeur et l’endroit où les fonctions de l’emploi sont exercées». Le juge de première instance a reconnu que la résidence de l’appelante avait également une «certaine importance», mais il a ajouté qu’elle était «moindre que celle rattachée aux premiers facteurs». Après avoir fait cet exercice de pondération, le juge du procès a conclu [à la page 586] que «malgré les circonstances relatives à l’emploi de la défenderesse, ni son employeur ni son lieu

in my view, to find that the defendant's employment was for the benefit of Indians on the reserve." He denied the exemption, in spite of his recognition that, in this case [at page 587], denial of the tax exemption "leads to an intuitively anomalous result".

20 In my respectful view, if the Trial Judge's result is, as he described it, "intuitively anomalous", this is a signal that the connecting factors test has not been applied properly. It must be recalled that the connecting factors test is simply a way for courts to apply the *situs* principle in a principled way, by bringing some structure to the inquiry. It is an inquiry which has, as its basic question: having regard for the legislative purpose for which the section 87 tax exemption was enacted, where does it make the most sense to locate the *situs* of the personal property at issue? The test is no more magic than that.

21 The Trial Judge [at page 587], however, reasons that denial of the tax exemption was necessary in order to avoid overstepping the bounds of section 87 by improperly applying it as a general "means to redress economic disadvantage". I do not find the Trial Judge's reasoning persuasive. This is not a case where, to apply the tax exemption, would be to attempt to redress the economic disadvantage of Indians. Rather, I am of the view that to deny the exemption in this case would amount to an erosion of property held by an Indian *qua* Indian on a reserve. In light of the purpose of this provision, the appellant's employment income is personal property which ought to be accorded the full protection of section 87. In my view, too much weight was accorded by the Trial Judge to the exact geographical location of the employment and the residence of the employer; in this case, the federal government. Conversely, insufficient weight was accorded to the actual circumstances surrounding the appellant's employment, her residence on the reserve and the history of the hospital in which she worked.

de travail ne se trouvaient sur la réserve. Il ne suffit pas, selon moi, de conclure que la défenderesse travaillait au profit des Indiens de la réserve». Il a refusé de reconnaître l'exemption, même s'il a reconnu qu'on peut, en l'espèce [à la page 587], «intuitivement considérer [que ce refus] . . . mène à un résultat anormal».

20 Selon moi, si le résultat auquel parvient le juge de première instance est, comme il l'affirme, «intuitivement . . . anormal», c'est un indice que le critère des facteurs de rattachement n'a pas été appliqué correctement. On ne doit pas oublier que ce critère est simplement un moyen dont disposent les tribunaux pour appliquer le principe du *situs* d'une manière rationnelle, en donnant une certaine armature à l'analyse. Et la question fondamentale de cette analyse est la suivante: eu égard au but poursuivi par le législateur en adoptant l'exemption d'impôt créée par l'article 87, où est-il le plus logique de situer le *situs* du bien meuble en cause? Ce critère n'est pas plus magique que cela.

21 Le juge de première instance [à la page 587] affirme toutefois que le rejet de l'exemption d'impôt était nécessaire pour ne pas outrepasser les limites de l'article 87 en l'appliquant incorrectement en tant que «moyen [général] de redresser la situation économiquement défavorable des Indiens». Le raisonnement du juge de première instance ne me paraît pas convaincant. Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle l'application de l'exemption d'impôt constituerait une tentative pour remédier à la situation économiquement défavorable des Indiens. Je suis plutôt d'avis que le refus de reconnaître l'exemption en l'espèce équivaudrait à une atteinte à un bien détenu par un Indien en tant qu'Indien sur une réserve. Vu l'objet de la disposition, le revenu d'emploi de l'appelante est un bien meuble qui devrait bénéficier de la pleine protection de l'article 87. À mon avis, le juge de première instance a accordé trop de poids à l'emplacement géographique précis de l'emploi et à la résidence de l'employeur, en l'occurrence le gouvernement fédéral. Inversement, il n'a pas accordé assez de poids aux circonstances véritables touchant l'emploi de l'appelante, sa résidence sur la réserve et l'historique de l'hôpital où elle travaillait.

22 Following *Williams*, we now have the benefit of a comprehensive method for identifying and selecting the connecting factors to be used in assessing whether personal property is situated on a reserve. The Supreme Court has not yet ruled specifically on the issue of employment income in a case such as this. As a result, this Court must determine, initially at least, what factors ought to be relevant to the assessment of employment income in circumstances such as these as well as the relative weight to be accorded to them.

23 To begin, I emphasize that the ability to tailor the assessment of location to the particular circumstances of each case was acknowledged by the Supreme Court as an important virtue of the connecting factors test. Gonthier J. stated:³⁹

This approach preserves the flexibility of the case by case approach, but within a framework which properly identifies the weight which is to be placed on various connecting factors. Of course, the weight to be given to various connecting factors cannot be determined precisely. However, this approach has the advantage that it preserves the ability to deal appropriately with future cases which present considerations not previously apparent.

As I have stated, the Trial Judge in this case relied primarily on the location of the appellant's employer and her place of employment in order to determine the location of her employment income. While these factors are certainly relevant, the analysis of them and the weight accorded them present certain difficulties on the facts of this case. First, the Trial Judge found [at page 585] that the appellant "performed her duties of employment at the hospital which is in the vicinity of, but not within, the geographical boundaries of the reserve". While that is quite true, the hospital in which the appellant worked, the Norway House Indian Hospital, was originally situated within the boundaries of the Norway House Indian Reserve. The hospital was relocated by the Government to its current site adjacent to, but not on, the reserve because the original building had been destroyed by fire.⁴⁰ The site selected by the Government was purchased in 1949.⁴¹ The appellant has submitted that, in selecting

22 Depuis l'arrêt *Williams*, nous bénéficions d'une méthode exhaustive pour définir et choisir les facteurs de rattachement à appliquer pour déterminer quels biens meubles sont situés sur une réserve. La Cour suprême ne s'est pas encore prononcée sur la question précise du revenu d'emploi dans une affaire comme celle qui nous est soumise. En conséquence, la Cour doit déterminer, initialement du moins, quels devraient être les facteurs pertinents pour évaluer le revenu d'emploi dans des circonstances comme celles de l'espèce ainsi que l'importance relative à accorder à ces facteurs.

23 Je commence par souligner que la Cour suprême a reconnu comme un avantage important du critère des facteurs de rattachement la capacité d'adapter l'évaluation de l'emplacement aux circonstances particulières de chaque espèce. Le juge Gonthier a déclaré³⁹:

Cette méthode conserve la souplesse de la méthode cas par cas, mais à l'intérieur d'un cadre qui identifie correctement le poids à accorder à divers facteurs de rattachement. Il est évident que ce poids ne peut être déterminé avec précision. Cette méthode a cependant l'avantage de préserver la capacité de traiter de façon appropriée les cas qui, à l'avenir, présenteront des considérations jusque-là non évidentes.

Comme je l'ai dit, le juge de première instance en l'espèce s'est principalement fondé sur l'endroit où se trouvait l'employeur de l'appelante et sur le lieu de travail de cette dernière pour déterminer l'emplacement du revenu d'emploi. Ces facteurs sont assurément pertinents, mais leur analyse et le poids à leur accorder présentent certaines difficultés vu les faits de l'espèce. Premièrement, le juge de première instance a conclu [à la page 585] que l'appelante «exerçait ses fonctions à l'hôpital, qui se trouve à proximité de la réserve, mais à l'extérieur de ses limites géographiques». Cette affirmation est tout à fait vraie, mais l'hôpital où l'appelante travaillait, le Norway House Indian Hospital, se trouvait initialement à l'intérieur des limites de la réserve indienne de Norway House. Le gouvernement a déplacé l'hôpital à l'endroit où il se trouve maintenant, c'est-à-dire dans le voisinage immédiat de la réserve, et non sur celle-ci, après qu'un incendie a détruit le premier bâtiment⁴⁰. L'emplacement choisi par le gouverne-

this new site, no attention was given to the legal consequences of moving the hospital off the reserve. Indeed, it is submitted that, due to the remote nature of the Norway House community, the difference between reserve land and non-reserve land is not immediately or obviously apparent. According to the Trial Judge [at page 570], the hospital was and continues to be a “general acute care facility . . . [which] provides services to the people of the reserve”. The large majority of its clients, approximately 80 per cent, are status Indians.

24 It has been submitted on behalf of the appellant that, as a result of a “technical relocation” of the hospital in which she worked, the appellant has been denied tax exempt status in a manner which is contrary to the spirit of *Williams*. It is interesting to note that, following the 1952 relocation, the federal government continued to recognize the tax exemption to registered Indians who worked in the hospital until 1968, when the policy was unilaterally changed. The change was explained in a letter written by Mr. Jean Chrétien, then Minister of Indian Affairs and Northern Development.⁴² The letter stated that, “effective January 1, 1968, a new interpretation was given to the word ‘reserve’ in relation to Indians and any income earned from employment at institutions on Crown-owned lands which were not reserves, was subjected to taxation”. The effect of this policy change, after 16 years in which the exemption had been granted, was suddenly to deny the exemption to Indian employees of the Norway House Indian Hospital, despite the fact that absolutely nothing about the actual place or the manner in which the income was earned had changed. In addition, it has been pointed out by the appellant that the federal government is currently engaged in preparing a proposal to designate the land upon which the hospital is built as reserve land.⁴³ While such a future possibility cannot, as the respondent points out, affect the current status of the land on which the hospital is located, it further demonstrates that the circumstances surrounding the location of the Norway House Indian Hospital are such that its

ment a été acheté en 1949⁴¹. Selon l’appelante, lorsque le gouvernement a choisi ce nouvel emplacement, il n’a pas prêté attention aux conséquences juridiques du déplacement de l’hôpital en dehors de la réserve. De fait, l’appelante affirme que, vu l’éloignement de la collectivité de Norway House, la différence entre les terres faisant partie de la réserve et les terres qui n’en font pas partie ne saute pas immédiatement aux yeux. Selon le juge de première instance [à la page 570], l’hôpital était et continue d’être un «établissement général de soins aigus [qui] . . . dessert les personnes de la réserve». La plupart des clients de l’hôpital, environ 80 p. 100, sont des Indiens inscrits.

L’avocat de l’appelante a fait valoir qu’à la suite d’un [TRADUCTION] «déplacement technique» de l’hôpital où elle travaillait, l’appelante s’est vu refuser l’exemption d’impôt d’une manière qui est incompatible avec l’esprit de l’arrêt *Williams*. Il est intéressant de souligner que, après le déplacement de 1952, le gouvernement fédéral a continué d’accorder une exemption d’impôt aux Indiens inscrits qui travaillaient à l’hôpital jusqu’en 1968, année où la politique a été modifiée unilatéralement. Ce changement a été expliqué dans une lettre du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de l’époque, M. Jean Chrétien⁴². On y précisait que [TRADUCTION] «depuis le 1^{er} janvier 1968, une nouvelle interprétation est donnée au mot ‘réserve’ relativement aux Indiens et le revenu tiré d’un emploi exercé dans des établissements situés sur des terres fédérales qui ne sont pas des réserves est assujéti à l’impôt». Ce changement d’orientation, après une période d’exemption de seize ans, a soudainement eu pour effet de priver de l’exemption les Indiens qui travaillaient au Norway House Indian Hospital, en dépit du fait qu’il n’y avait absolument rien de changé dans le lieu ou la façon dont le revenu était gagné. De plus, l’appelante a fait remarquer que le gouvernement fédéral est en train de préparer un projet visant à désigner le bien-fonds sur lequel l’hôpital est construit comme un bien-fonds faisant partie de la réserve⁴³. Bien qu’une telle éventualité ne puisse, comme l’intimée le fait remarquer, modifier le statut actuel du bien-fonds sur lequel l’hôpital est situé, elle contribue à démontrer que les circons-

24

utility in determining the *situs* of the appellant's employment income is substantially diminished. For this reason, I agree with the submission of the appellant that the exact location of the metes and bounds of the hospital cannot play a decisive role in determining whether a tax exemption in this case would merely combat economic disadvantage or whether it would help to prevent the erosion of property held by an Indian *qua* Indian on a reserve.

25 I am equally unpersuaded that the location or residence of the employer is a major factor in the context of this case. The residence of the debtor was considered and discarded in *Williams* as a significant connecting factor on the ground that there were "conceptual difficulties in establishing the *situs* of a Crown agency in any particular place within Canada".⁴⁴ The multitude of possibilities when the Crown is involved renders the residence of the employer a somewhat arbitrary concept, and certainly not a reliable ground upon which to extend or deny tax exempt status. Furthermore, the traditional conflict of laws justification, the ability to enforce judgment against the debtor, has nothing to add to the analysis in the case of the Crown, which may be sued anywhere in Canada. Responding to this ambiguity, Gonthier J. proposed that "the significance of the Crown being the source of the payments at issue in this case may lie more in the special nature of the public policy behind the payments, rather than the Crown's *situs*, assuming it can be fixed".⁴⁵

26 A similar argument can be made on the facts of this case. The appellant was an employee of the federal government. She was paid at the Norway House Indian Hospital by cheques which were issued to her by the Department of Supply and Services office in Winnipeg, Manitoba. Although the structure and function of Health and Welfare Canada may not be analogous to that of the Canada Employment and Immigration Commission, as con-

tances ayant trait à l'emplacement du Norway House Indian Hospital sont telles que l'utilité de cet emplacement pour déterminer le *situs* du revenu d'emploi de l'appelante est sensiblement réduite. Pour cette raison, je souscris à l'argument de l'appelante selon lequel l'emplacement exact de l'hôpital ne saurait jouer un rôle décisif pour déterminer si une exemption d'impôt en l'espèce remédierait simplement à une situation économiquement défavorable ou contribuerait à prévenir l'atteinte à un bien détenu par un Indien à titre d'Indien sur une réserve.

Par ailleurs, je ne suis pas convaincu que l'emplacement ou la résidence de l'employeur est un facteur important dans le contexte de l'espèce. La résidence du débiteur en tant que facteur de rattachement important a été examinée et rejetée dans l'arrêt *Williams* au motif que «l'établissement du *situs* d'un organisme de la Couronne à un endroit particulier du Canada présente des difficultés de nature conceptuelle»⁴⁴. Vu le grand nombre de possibilités lorsque la Couronne est en cause, la résidence de l'employeur devient un concept assez arbitraire et ne constitue certainement pas un critère fiable pour accorder ou non l'exemption d'impôt. En outre, la justification traditionnelle fondée sur le droit international privé, c'est-à-dire la capacité de procéder à l'exécution d'un jugement contre un débiteur, n'ajoute rien à l'analyse dans le cas de la Couronne, qui peut être poursuivie n'importe où au Canada. Le juge Gonthier a réagi à cette ambiguïté en disant que «l'importance de la Couronne comme source des paiements visés en l'espèce réside peut-être davantage dans la nature spéciale de la politique d'ordre public à la base des paiements, plutôt que dans le *situs* de la Couronne, en supposant qu'il soit possible de le déterminer»⁴⁵.

Il est possible d'invoquer un argument similaire à la lumière des faits de l'espèce. L'appelante travaillait pour le gouvernement fédéral. Elle était payée au Norway House Indian Hospital au moyen de chèques émis à son nom par le bureau du ministère des Approvisionnements et Services situé à Winnipeg (Manitoba). La structure et le rôle de Santé et Bien-être social Canada ne sont peut-être pas analogues à ceux de la Commission de l'emploi et de l'immigra-

sidered by Gonthier J. in *Williams*, its *situs* might be similarly fixed at any number of locations. The respondent in this case has suggested, as potential locations of the employer, the Department of Supply & Services office in Winnipeg, the City of Ottawa and the location of the hospital itself.⁴⁶ In my view, there is nothing in the location where the cheques were drawn up which speaks meaningfully to the issue of whether or not the employment income was property situated on a reserve at the time that it was earned by the appellant. The more significant feature of the issuance of cheques by the Crown to the appellant is the fact that these funds were advanced as part of the Crown's responsibility for the health care of Indians and, in particular, the health of Indians on the Norway House Indian Reserve.

tion du Canada, tels que les a examinés le juge Gonthier dans l'arrêt *Williams*, mais le *situs* de ce Ministère pourrait aussi être fixé n'importe où. L'intimée en l'espèce a proposé, comme emplacements possibles de l'employeur, le bureau du ministère des Approvisionnements et Services à Winnipeg, la ville d'Ottawa et l'emplacement de l'hôpital lui-même⁴⁶. Selon moi, il n'y a rien dans l'endroit où les chèques étaient émis qui se rapporte valablement à la question de savoir si le revenu d'emploi était un bien situé sur la réserve au moment où il a été gagné par l'appelante. L'aspect de l'émission de chèques à l'appelante par la Couronne qui est plus important est le fait que ces fonds ont été avancés dans le cadre de la responsabilité de la Couronne touchant les soins de santé des Indiens, en particulier la santé des Indiens de la réserve indienne de Norway House.

27 Thus, a more in-depth analysis reveals that the connecting factors relied upon by the Trial Judge were inadequate in the context of this case. The inquiry must, therefore, be expanded in order to consider other connecting factors. In my view, having regard for the legislative purpose of the tax exemption and the type of personal property in question, the analysis must focus on the nature of the appellant's employment and the circumstances surrounding it. The type of personal property at issue, employment income, is such that its character cannot be appreciated without reference to the circumstances in which it was earned. Just as the *situs* of unemployment insurance benefits must be determined with reference to its qualifying employment, an inquiry into the location of employment income is equally dependent upon an examination of all the circumstances giving rise to that employment. Assessing these factors in the context of this case, I am of the view that the tax exemption must be accorded to the appellant's income in order to avoid the erosion of an Indian entitlement. The personal property at issue is income earned by an Indian who is resident on a reserve, and who works for a hospital which attends to the needs of the reserve community; a hospital that was once located on, and is now adjacent to, the reserve it services.

Ainsi, une analyse plus poussée révèle que les facteurs de rattachement utilisés par le juge de première instance ne convenaient pas dans les circonstances de l'espèce. Il faut donc élargir le champ de l'enquête afin de tenir compte d'autres facteurs de rattachement. À mon avis, étant donné le but poursuivi par le législateur en créant l'exemption d'impôt et le genre de bien meuble en cause, l'analyse doit porter sur la nature de l'emploi de l'appelante et les circonstances qui s'y rapportent. Le genre de bien meuble en cause, c'est-à-dire le revenu d'emploi, est tel qu'on ne peut juger de sa nature sans se référer aux circonstances dans lesquelles il a été gagné. De même que le *situs* des prestations d'assurance-chômage doit être déterminé par rapport à l'emploi ouvrant droit aux prestations, de même l'analyse de l'emplacement du revenu d'emploi est subordonnée à un examen de toutes les circonstances qui ont donné lieu à l'emploi. Ayant évalué ces facteurs dans le contexte de l'espèce, je suis d'avis que le revenu de l'appelante doit être exempté d'impôt pour éviter toute atteinte aux droits d'un Indien. Le bien meuble en cause est un revenu gagné par une Indienne qui réside sur une réserve et qui travaille dans un hôpital qui répond aux besoins de la collectivité de la réserve; cet hôpital était jadis situé sur la réserve, mais se trouve maintenant à proximité de la réserve qu'il dessert.

27

28 As the Trial Judge pointed out in his application of the “connecting factors” test to the employment situation of Elizabeth Ann Poker, “[n]ot to consider the circumstances surrounding the employment does not accord with the purpose of the tax exemption in the *Indian Act* as stated in *Mitchell, supra*, and *Williams, supra*”.⁴⁷ Similarly, in *McNab v. Canada*, a 1992 decision of the Tax Court, Beaubier T.C.J. applied the connecting factors test set out in *Williams* in the context of employment income. The case involved a status Indian employed by the Saskatchewan Indian Women’s Association. She performed her employment duties both on and off reserves.⁴⁸ The Tax Court Judge placed a great deal of emphasis on the circumstances surrounding the claimant’s employment. In finding that the employee’s income ought to be exempted from tax, he noted in particular that “all of her work was on the instructions of an employer whose sole purpose was to benefit Indians on reserves”.⁴⁹ The Tax Court Judge also took into account the employer’s location, the locations where the employee worked and the place of payment. Each of these factors, however, was assessed in light of the main purpose and functions of her employment. In my view, when the personal property at issue is employment income, it makes sense to consider the main purpose, duties and functions of the underlying employment; specifically, with a view to determining whether that employment was aimed at providing benefits to Indians on reserves.

29 In this case, the appellant’s employment was intimately connected with the Norway House Indian Reserve. Added to this is the fact that the appellant, as I have noted, lived on the Norway House Indian Reserve, the community which was served by the hospital in which she worked. This residence factor in itself certainly cannot determine the *situs* of employment income, just as other single factors cannot. An Indian who resides on a reserve but derives employment income from his or her participation in the commercial mainstream, cannot obtain the exemption. In conjunction with the other circumstances surrounding the appellant’s employment

28 Comme le juge de première instance l’a fait remarquer dans son application du critère des «facteurs de rattachement» à l’emploi d’Elizabeth Ann Poker, «[f]aire fi des circonstances relatives à l’emploi ne serait pas conforme à l’objet de l’exemption d’impôt prévue par la *Loi sur les Indiens*, tel qu’il a été formulé dans les arrêts *Mitchell* et *Williams*, précités»⁴⁷. Dans le même ordre d’idées, dans l’affaire *McNab c. Canada* décidée par la Cour de l’impôt en 1992, le juge Beaubier a appliqué le critère des facteurs de rattachement énoncé dans l’arrêt *Williams* dans le contexte d’un revenu d’emploi. Cette affaire concernait une Indienne inscrite qui travaillait pour la Saskatchewan Indian Women’s Association. Elle exerçait ses fonctions sur des réserves et à l’extérieur de celles-ci⁴⁸. Le juge a beaucoup insisté sur les circonstances relatives à l’emploi de l’appelante. Pour conclure que le revenu de l’employée devait être exempté d’impôt, il a notamment fait remarquer que «l’appelante accomplissait toutes ses tâches . . . sous l’autorité d’un employeur dont l’unique mission consistait à améliorer les conditions de vie des Indiens vivant sur les réserves»⁴⁹. Le juge de la Cour de l’impôt a également tenu compte de l’emplacement de l’employeur, des endroits où l’employée travaillait et du lieu du paiement. Chacun de ces facteurs a toutefois été évalué dans le contexte de l’objet principal et des fonctions de l’emploi. À mon sens, quand le bien meuble en cause est un revenu d’emploi, il est logique de tenir compte du but principal et des fonctions de l’emploi sous-jacent dans le but précis de déterminer si l’emploi était exercé au profit des Indiens sur des réserves.

29 En l’espèce, l’emploi de l’appelante était étroitement lié à la réserve indienne de Norway House. À cela s’ajoute le fait que l’appelante résidait, comme je l’ai mentionné, sur la réserve indienne de Norway House, c’est-à-dire la collectivité qui était desservie par l’hôpital où elle travaillait. En soi, le facteur de la résidence ne permet certainement pas de déterminer le *situs* d’un revenu d’emploi, tout comme d’autres facteurs pris isolément ne le permettent pas non plus. Un Indien qui réside sur une réserve mais dont le revenu d’emploi provient de sa participation sur le marché ordinaire ne peut pas obtenir l’exemption. Toutefois, quand on le considère avec les autres

income in this case, however, it does assist the Court in painting a more complete picture of the relationship between the appellant's property, her salary, and the Indian reserve: the appellant was a resident of the Norway House Indian Reserve who benefited from and contributed to life on the reserve by working in a hospital near the reserve which was dedicated to meeting the health needs of the reserve community. To attribute great significance to the fact that the hospital is now physically situated not on the reserve, but adjacent to it, obscures the true nature of the employment income in this case. In my view, based on all the factors discussed, the purpose of the legislation is best served by holding that her salary was property held by an Indian *qua* Indian on a reserve.

30 In explaining his refusal to extend the benefit of section 87 to the appellant, the Trial Judge [at page 586] worried that finding in favour of the appellant would:

... go beyond preventing the erosion of the entitlement of an Indian *qua* Indian on a reserve. Conceivably, such an interpretation could mean that all Indians who lived on a reserve would not be subject to income tax, regardless of where or for whom they worked. Although this may be a means to redress economic disadvantage, it does not accord with the purpose of the tax exemption provisions.

I cannot see how finding in favour of the appellant in this case would produce such a result. The Trial Judge's "slippery slope" argument is only persuasive if you ignore the very factors which connect the appellant's employment income to the reserve. "Where" and "for whom" the appellant worked are crucial connecting factors in this case. The Trial Judge's reasoning overlooks the fact that the appellant's work was largely devoted to, and for the benefit of, the Norway House Indian Reserve. It also ignores the fact that the appellant's services were provided from a hospital that used to be located on, and now is adjacent to, the reserve. To find the appellant's income as situated on the reserve is not to venture outside the bounds of section 87. Rather,

circonstances relatives au revenu d'emploi de l'appelante en l'espèce, ce facteur aide la Cour à brosser un tableau plus complet du lien entre le bien de l'appelante, son salaire et la réserve indienne: l'appelante était une résidente de la réserve indienne de Norway House qui tirait avantage de la vie sur la réserve et y contribuait en travaillant dans un hôpital situé près de la réserve dont la mission était de répondre aux besoins en matière de soins de santé de la collectivité de la réserve. Attribuer une importance considérable au fait que l'hôpital est maintenant physiquement situé non pas sur la réserve mais à proximité de celle-ci masque la nature véritable du revenu d'emploi en l'espèce. À mon avis, étant donné tous les facteurs examinés, la meilleure façon de réaliser l'objet de la loi est de statuer que le salaire de l'appelante était un bien détenu par un Indien à titre d'Indien sur une réserve.

Pour expliquer son refus d'appliquer l'article 87 à l'appelante, le juge de première instance a exprimé [à la page 586] la crainte que statuer en faveur de l'appelante:

... outrepasserait l'objectif d'éviter qu'il soit porté atteinte aux droits d'un Indien à titre d'Indien sur la réserve. Elle pourrait vraisemblablement signifier que tous les Indiens qui vivent sur une réserve seraient exemptés d'impôt, sans égard à leur lieu de travail ou à l'identité de leur employeur. Il pourrait s'agir d'un moyen de redresser leur situation économiquement défavorable, mais cette interprétation ne serait pas conforme à l'objet des dispositions créant l'exemption d'impôt.

Je n'arrive pas à voir comment le fait de statuer en faveur de l'appelante en l'espèce aboutirait à un résultat semblable. L'argument du «terrain glissant» invoqué par le juge du procès n'est convaincant que si l'on fait abstraction des facteurs mêmes qui rattachent le revenu d'emploi de l'appelante à la réserve. «Où» et «pour qui» l'appelante travaillait sont des facteurs de rattachement fondamentaux en l'espèce. Le raisonnement du juge du procès néglige le fait que le travail de l'appelante était en grande partie consacré à la réserve indienne de Norway House et accompli au profit de celle-ci. Il néglige en outre le fait que les services de l'appelante étaient fournis d'un hôpital qui avait déjà été situé sur la réserve et se trouve maintenant à proximité de celle-ci. Con-

it is to prevent the unjust disallowance of a tax exemption due entirely to what the appellant's counsel properly called "a technical relocation" of the hospital to a site just off the reserve. Unlike the plaintiff in *Brant (H.W.) v. M.N.R.*, the appellant in this case was not earning her income "in the general commercial mainstream".⁵⁰ In assessing the situation of a status Indian who, although he lived on a reserve, received employment income for off-reserve work as an auditor for Revenue Canada, Sobier T.C.C.J. correctly reasoned in *Brant* as follows:

If an Indian chooses to work for an employer off a reserve, then income earned in the general commercial mainstream, in the day-to-day "affairs of life" off the reserve lands, is not personal property exempt from taxation pursuant to section 87 of the *Indian Act*. To allow the appellant an exemption from taxation of this income would be an attempt to remedy the economically disadvantaged position of Indians who cannot find employment on the reserve. This is not the purpose of the exemption from taxation provided by section 87 of the *Indian Act*.

This logic illustrates the limits of section 87. It also assists in demonstrating that the employment income of the appellant in this case, by contrast, fits nicely within the scope of section 87. She was not employed in the "commercial mainstream", but rather, in her capacity as an employee of the hospital, she assisted in the provision of health care services to members of the Norway House Indian Band. As such, her employment was an integral part of community life on the reserve.

31 In so concluding, I am not unaware of Revenue Canada's guidelines for the application of section 87. Following the Supreme Court's decision in *Williams*, Revenue Canada issued four guidelines intended to assist in the interpretation of section 87 of the Act according to the connecting factors test. These guidelines are as follows:⁵¹

clure que le revenu de l'appelante est situé sur la réserve n'est pas outrepasser les limites de l'article 87. C'est plutôt empêcher le refus injustifié d'une exemption d'impôt entièrement attribuable à ce que l'avocat de l'appelante a appelé à juste titre [TRANSDUCTION] «un déplacement technique» de l'hôpital de la réserve à un endroit situé tout à côté de celle-ci. Contrairement à la demanderesse dans l'affaire *Brant (H.W.) c. M.R.N.*, l'appelante en l'espèce ne gagnait pas son revenu «sur le marché normal du travail»⁵⁰. Pour évaluer la situation d'un Indien inscrit qui, même s'il résidait sur une réserve, touchait un revenu d'emploi en contrepartie des fonctions qu'il exerçait en dehors de la réserve comme agent de vérification auprès de Revenu Canada, le juge Sobier de la Cour canadienne de l'impôt a fait à juste titre le raisonnement suivant dans l'affaire *Brant*:

Si un Indien choisit de travailler pour un employeur situé à l'extérieur d'une réserve, alors le revenu gagné sur le marché normal du travail, dans le cours des «choses de la vie» courantes à l'extérieur de la réserve, n'est pas un bien meuble exempté de taxation conformément à l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*. Permettre à l'appelant de bénéficier d'une exemption d'impôt sur ce revenu constituerait une tentative de remédier à la situation économiquement défavorable des Indiens qui ne peuvent trouver un emploi sur la réserve. Ce n'est pas l'objet de l'exemption de taxation accordée par l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*.

Cette logique illustre les limites de l'article 87. Elle contribue également à démontrer que le revenu d'emploi de l'appelante en l'espèce, à l'opposé, cadre parfaitement bien avec l'objet de l'article 87. L'appelante ne travaillait pas sur le «marché ordinaire», mais aidait plutôt, en sa qualité d'employée de l'hôpital, à fournir des services de soins de santé à des membres de la bande indienne de Norway House. En tant que tel, son emploi faisait partie intégrante de la vie communautaire sur la réserve.

En concluant ainsi, je tiens compte des lignes directrices de Revenu Canada concernant l'application de l'article 87. Après la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Williams*, Revenu Canada a publié quatre lignes directrices destinées à faciliter l'interprétation de l'article 87 de la Loi suivant le critère des facteurs de rattachement. Ces lignes directrices sont ainsi libellées⁵¹:

When at least 90% of the duties of an employment are performed on a reserve, all of the income of an Indian from that employment will usually be exempt from income tax.

...

When less than 90% of the duties of an employment are performed on a reserve and the employment income is not exempted by another guideline, the exemption is prorated. The exemption will apply to the portion of the income related to the duties performed on the reserve.

...

When:

- the employer is resident on the reserve; and
- the Indian lives on a reserve;

all of the income of an Indian from an employment will usually be exempt from income tax.

...

When:

- more than 50% of the duties of an employment are performed on a reserve; and
- the employer is resident on a reserve, or the Indian lives on a reserve;

all of the income of an Indian from an employment will usually be exempt from income tax.

...

When:

- the employer is resident on a reserve; and
- the employer is:
 - an Indian band which has a reserve, or a tribal council representing one or more Indian bands which have reserves, or
 - an Indian organization controlled by one or more such bands or tribal councils, if the organization is dedicated exclusively to the social, cultural, educational, or economic development of Indians who for the most part live on reserves; and
- the duties of the employment are in connection with the employer's non-commercial activities carried on exclusively for the benefit of Indians who for the most part live on the reserves;

all of the income of an Indian from an employment will usually be exempt from income tax.

Lorsqu'un Indien accomplit au moins 90 % des tâches liées à son emploi dans une réserve, tout son revenu d'emploi sera habituellement exonéré d'impôt sur le revenu.

...

Lorsqu'un Indien accomplit moins de 90 % des tâches liées à son emploi dans une réserve et que le revenu d'emploi n'est pas exonéré en vertu d'une autre ligne directrice, l'exonération doit être calculée au prorata. Dans un tel cas la partie du revenu liée à des tâches effectuées dans la réserve sera exonérée.

...

Tout le revenu qu'un Indien tire d'un emploi sera habituellement exonéré d'impôt sur le revenu si les conditions suivantes sont réunies:

- l'employeur réside dans une réserve;
- l'Indien vit lui-même dans une réserve.

Tout le revenu qu'un Indien tire d'un emploi sera habituellement exonéré d'impôt si toutes les conditions suivantes sont réunies:

...

- plus de 50 % des tâches liées à l'emploi sont accomplies dans une réserve;
- l'employeur ou l'Indien réside dans une réserve.

Tout le revenu qu'un Indien tire d'un emploi sera habituellement exonéré d'impôt si toutes les conditions suivantes sont réunies:

...

- l'employeur réside dans une réserve;
- l'employeur est selon le cas:
 - une bande indienne possédant une réserve ou un conseil de bande représentant une ou plusieurs bandes indiennes qui possèdent une réserve;
 - une organisation indienne relevant d'un ou de plusieurs conseils de bandes semblables et qui se consacre exclusivement au développement social, culturel, éducationnel ou économique d'Indiens qui vivent pour la plupart dans des réserves;
- les tâches liées à l'emploi font partie des activités non commerciales de l'employeur, lesquelles ne visent que le mieux-être des Indiens vivant dans la réserve.

As is evident, the guidelines understandably are based largely on the residence of the employer and the location where the duties of the employee are performed. While these factors may be useful for the determination of whether employment income falls within section 87, a central premise of *Williams* is that, in the final analysis, the relative weighting of connecting factors must proceed on a case by case basis. Consequently, although guidelines may assist in routine cases, it is not possible to establish, in advance, the precise formula by which employment income is to be assessed in all cases.

À l'évidence, ces lignes directrices sont, à juste titre, fondées en grande partie sur la résidence de l'employeur et sur l'endroit où les fonctions de l'emploi sont exercées. Bien que ces facteurs puissent être utiles pour déterminer si un revenu d'emploi est visé par l'article 87, l'une des affirmations centrales de l'arrêt *Williams* est que, en dernière analyse, l'importance relative des facteurs de rattachement doit être évaluée cas par cas. Par conséquent, même si des lignes directrices peuvent être utiles dans les cas ordinaires, il n'est pas possible de définir à l'avance la formule précise au moyen de laquelle le revenu d'emploi doit être évalué dans tous les cas.

32 On the facts of this case, the residence of the taxpayer, the nature of the service performed, the history of the institution in question, and the circumstances surrounding the employment all received great weight in the purposive interpretation of section 87. On the contrary, the residence of the employer, even if that could be determined, and the metes and bounds location where the duties were performed, although certainly relevant, were granted less weight than in other cases.

32 Vu les faits de l'espèce, la résidence de la contribuable, la nature du service fourni, l'historique de l'établissement en cause et les circonstances relatives de l'emploi sont tous des facteurs auxquels un poids considérable a été accordé dans le cadre de l'interprétation fondée sur l'objet de l'article 87. En revanche, la résidence de l'employeur, même si son emplacement pouvait être déterminé, et l'endroit précis où les fonctions étaient exercées, quoique certainement pertinent, se sont révélés moins importants en l'espèce que dans d'autres cas.

33 For these reasons, I am of the view that the taxation of the appellant's income would erode property held by an Indian *qua* Indian on a reserve, and that paragraph 87(b) should be applied in order to prevent this erosion of Indian property "situated on a reserve".

33 Par ces motifs, je suis d'avis que la taxation du revenu de l'appelante porterait atteinte à un bien détenu par un Indien à titre d'Indien sur une réserve, et que l'alinéa 87b) devrait s'appliquer afin d'éviter cette atteinte au bien d'un Indien «situé sur une réserve».

34 Having concluded that, on the connecting factors test, the actual *situs* of the appellant's employment income is located on the reserve, I do not find it necessary to deal with the applicability of the deeming provision in subsection 90(1) of the *Indian Act*. Since the property can be located on the reserve for the purposes of the tax exemption provision in section 87, there is no need to deem it as such.

34 Puisque j'ai conclu que, suivant le facteur des critères de rattachement, le *situs* véritable du revenu d'emploi de l'appelante est la réserve, il me paraît inutile d'examiner l'applicabilité de la présomption prévue au paragraphe 90(1) de la *Loi sur les Indiens*. Comme le bien peut être situé sur la réserve pour l'application de la disposition créant l'exemption de taxation à l'article 87, il n'est pas nécessaire de présumer que le bien est situé sur une réserve.

35 I would allow the appeal with costs both here and below, set aside the decision of the Trial Judge and remit the matter to the Minister for reassessment on the basis that the appellant's income for the years

35 Je suis d'avis de faire droit à l'appel avec dépens devant cette Cour et devant la Section de première instance, d'annuler la décision du juge de première instance et de renvoyer l'affaire au ministre pour

1984 and 1985 is exempt from tax pursuant to section 87.

ISAAC C.J.: I agree.

PRATTE J.A.: I agree.

¹ I shall use this statutory term, recognizing that the preferred description of aboriginal peoples is now First Nations, see *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996).

² R.S.C. 1970, c. I-6; as amended by S.C. 1980-81-82-83, c. 47, s. 25.

³ S. 83, as referred to in s. 87, is not applicable in this case.

⁴ S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 81(1)(a) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 46).

⁵ [1983] 1 S.C.R. 29, *per* Dickson J. [as he then was].

⁶ *Ibid.*, at pp. 38-40. This interpretation was confirmed by the Supreme Court in *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, where, at p. 888, Gonthier J. wrote that “[t]his Court’s decision in *Nowegijick v. The Queen* . . . stands for the proposition that the receipt of salary income is personal property for the purpose of the exemption from taxation provided by the *Indian Act* . . . *Nowegijick* also stands for the proposition that the inclusion of personal property in the calculation of a taxpayer’s income gives rise to a tax in respect of that personal property within the meaning of the *Indian Act*, despite the fact that the tax is on the person rather than on the property directly”.

⁷ *Ibid.*, at p. 41.

⁸ *Ibid.*, at p. 36.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ S. 2(1) provides that an “Indian” means “a person who pursuant to this Act is registered as an Indian or is entitled to be registered as an Indian”.

¹¹ [*Sub nom. Canada v. Poker*], [1995] 1 F.C. 561 (T.D.); [*sub nom. Clarke (W.) v. M.N.R.*], [1992] 2 C.T.C. 2743 (T.C.C.).

¹² Cheshire and North, *Private International Law*, 11th ed. (London: Butterworths, 1987), at p. 775.

¹³ *R. v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103 (T.D.), at p. 109.

¹⁴ *Supra*, note 5, at p. 34.

¹⁵ [1991] 2 C.T.C. 2028 (T.C.C.).

¹⁶ *Nowegijick*, *supra*, note 5, at pp. 34-35.

qu’il procède à une nouvelle cotisation en tenant compte du fait que le revenu de l’appelante pour les années 1984 et 1985 est exempté d’impôt en application de l’article 87.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

¹ J’emploie cette expression d’origine législative en étant conscient que le terme recommandé pour désigner les peuples autochtones est maintenant Premières nations; voir le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996).

² S.R.C. 1970, ch. I-6, modifié par S.C. 1980-81-82-83, ch. 47, art. 25.

³ L’art. 83, visé à l’art. 87, ne s’applique pas en l’espèce.

⁴ S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 81(1)a) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 46).

⁵ [1983] 1 R.C.S. 29, le juge Dickson [tel était alors son titre].

⁶ *Ibid.*, aux p. 38 à 40. Cette interprétation a été confirmée par la Cour suprême dans l’arrêt *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, dans lequel le juge Gonthier a écrit, à la p. 888, que «[l]’arrêt de notre Cour *Nowegijick c. La Reine* . . . établit que la réception d’un revenu provenant d’un salaire constitue un bien personnel aux fins de l’exemption fiscale prévue par la *Loi sur les Indiens*. . . . L’arrêt *Nowegijick* établit également que l’inclusion d’un bien dans le calcul du revenu d’un contribuable donne lieu à un impôt à l’égard de ce bien personnel au sens de la *Loi sur les Indiens*, bien qu’il s’agisse d’un impôt personnel plutôt que d’un impôt direct sur les biens».

⁷ *Ibid.*, à la p. 41.

⁸ *Ibid.*, à la p. 36.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ L’art. 2(1) dispose qu’un «Indien» est «une personne qui, conformément à la présente loi, est inscrite à titre d’Indien ou a droit de l’être».

¹¹ [*Sub nom. Canada c. Poker*], [1995] 1 C.F. 561 (1^{re} inst.); [*sub nom. Clarke (W.) c. M.R.N.*], [1992] 2 C.T.C. 2743 (C.C.I.).

¹² Cheshire and North, *Private International Law*, 11^e éd. (Londres: Butterworths, 1987), à la p. 775.

¹³ *R. c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103 (1^{re} inst.), à la p. 109.

¹⁴ Précité, note 5, à la p. 34.

¹⁵ [1991] 2 C.T.C. 2028 (C.C.I.).

¹⁶ *Nowegijick*, précité, note 5, aux p. 34 et 35.

¹⁷ *Supra*, note 15, at p. 2032.

¹⁸ *Williams, supra*, note 6, at p. 889.

¹⁹ *Ibid.*, at p. 890.

²⁰ *Ibid.*, at pp. 890-891.

²¹ [1990] 2 S.C.R. 85.

²² S. IV of *An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury*, S.C. 1850, c. 74, provided that "no taxes shall be levied or assessed upon any Indian . . . for or in respect of any of the said Indian lands, nor shall any taxes or assessments whatsoever be levied or imposed upon any Indian . . . so long as he . . . shall reside on Indian lands not ceded to the Crown, or which having been so ceded may have been again set apart by the Crown for the occupation of Indians". *Ibid.*, at p. 127.

²³ S.C., 1876, c. 18.

²⁴ *Supra*, note 21, at p. 128.

²⁵ *Ibid.*, at p. 131.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ I use the term "commercial mainstream" in this context reluctantly as it seems to imply, incorrectly, that trade and commerce is somehow foreign to the First Nations.

²⁸ See *supra*, Dickson J. in *Nowegijick*, at p. 36.

²⁹ *Williams, supra*, note 6, at p. 891.

³⁰ *Ibid.*, at p. 892.

³¹ *Ibid.*, at pp. 892-893.

³² *Mitchell, supra*, note 21, at p. 143.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Supra*, note 6, at p. 894.

³⁶ *Ibid.*, at p. 896.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, at p. 897.

³⁹ *Ibid.*, at p. 893.

⁴⁰ Privy Council order dated June 17, 1924. Appeal Book, at p. 310.

⁴¹ Privy Council order dated 29 November, 1949. Appeal Book, at p. 425.

⁴² Appeal Book, at p. 319.

⁴³ Appeal Book, at pp. 1029-1034.

⁴⁴ *Supra*, note 6, at pp. 893-894.

⁴⁵ *Ibid.*, at p. 894.

⁴⁶ In *Horn v. M.N.R.*, [1989] 3 C.N.L.R. 59 (T.C.C.), Lamarre-Proulx T.C.J., suggested at p. 66 that "the residence of the Crown is where Parliament of Canada is located, that is Ottawa".

¹⁷ Précité, note 15, à la p. 2032.

¹⁸ *Williams*, précité, note 6, à la p. 889.

¹⁹ *Ibid.*, à la p. 890.

²⁰ *Ibid.*, aux p. 890 et 891.

²¹ [1990] 2 R.C.S. 85.

²² L'art. IV de l'*Acte pour protéger les sauvages dans le Haut-Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiètements et dommages*, S.C. 1850, ch. 74, prévoyait que «aucune taxe ne sera imposée sur aucun sauvage . . . pour ou à l'égard d'aucune des terres appartenant à des sauvages, et aucune taxe ou cotisation quelconque ne sera prélevée ou imposée sur aucun sauvage . . . tant que la dite personne résidera sur les terres des sauvages non cédées à la couronne, ou qui, ayant ainsi été cédées, pourront avoir été mises à part par la couronne pour l'usage des sauvages». *Ibid.*, à la p. 127.

²³ S.C. 1876, ch. 18.

²⁴ *Précité*, note 21, à la p. 128.

²⁵ *Ibid.*, à la p. 131.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ C'est avec réticence que j'emploie le terme «marché» dans ce contexte étant donné qu'il semble impliquer, à tort, que les échanges et le commerce sont d'une façon ou d'une autre étrangers aux Premières nations.

²⁸ Voir le juge Dickson dans l'arrêt *Nowegijick* précité, à la p. 36.

²⁹ *Williams*, précité, note 6, à la p. 891.

³⁰ *Ibid.*, à la p. 892.

³¹ *Ibid.*, aux p. 892 et 893.

³² *Mitchell*, précité, note 21, à la p. 143.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Précité, note 6, à la p. 894.

³⁶ *Ibid.*, à la p. 896.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, à la p. 897.

³⁹ *Ibid.*, à la p. 893.

⁴⁰ Décret du Conseil privé daté du 17 juin 1924. Dossier d'appel, à la p. 310.

⁴¹ Décret du Conseil privé daté du 29 novembre 1949. Dossier d'appel, à la p. 425.

⁴² Dossier d'appel, à la p. 319.

⁴³ Dossier d'appel, aux p. 1029 à 1034.

⁴⁴ Précité, note 6, aux p. 893 et 894.

⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 894.

⁴⁶ Dans l'affaire *Horn c. M.R.N.*, [1989] 3 C.N.L.R. 59 (C.C.I.), le juge Lamarre-Proulx de la Cour canadienne de l'impôt a dit, à la p. 66, que «la résidence de la Couronne est le lieu où se trouve le Parlement du Canada, c'est-à-dire Ottawa».

⁴⁷ *Supra*, note 11, at p. 584.

⁴⁸ [1992] 4 C.N.L.R. 52 (T.C.C.).

⁴⁹ *Ibid.*, at p. 58.

⁵⁰ [1992] 2 C.T.C. 2635 (T.C.C.), at p. 2641.

⁵¹ *Indian Act Exemption for Employment Income: Guidelines*, June 1994, Revenue Canada, at pp. 2-7.

⁴⁷ Précité, note 11, à la p. 584.

⁴⁸ [1992] 4 C.N.L.R. 52 (C.C.I.).

⁴⁹ *Ibid.*, à la p. 58.

⁵⁰ [1992] 2 C.T.C. 2635 (C.C.I.), à la p. 2641.

⁵¹ *Exonération du revenu selon la Loi sur les Indiens: lignes directrices*, juin 1994, Revenu Canada, aux p. 2 à 8.

IMM-3601-95

IMM-3601-95

Abu Tayub Mohammed (*Applicant*)**Abu Tayub Mohammed** (*requérant*)

v.

c.

Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)**Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** (*intimé*)**INDEXED AS: MOHAMMED v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: MOHAMMED c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**

Trial Division, MacKay J.—Ottawa, October 8, 29, 1996 and May 12, 1997.

Section de première instance, juge MacKay—Ottawa, 8 et 29 octobre 1996 et 12 mai 1997.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of permanent residents — Judicial review of IRB, Appeal Division's affirmation of Adjudicator's decision applicant entering Canada by reason of "fraudulent or improper means or misrepresentation" of "material fact" pursuant to Immigration Act, s. 27(1)(e) — Wording of provision interpreted — Applicant not disclosing change in marital status because unaware necessary to do so — Immigration forms completed by others — Not understanding English, French — Person may only enter Canada, if at time of entry, fulfils requirements of Act, Regulations — Onus of establishing that on applicant — Duty to inform immigration officials of any change in circumstances relevant to issuance of visa, both at stage of process for gaining admission to Canada, and upon entering Canada, particularly in regard to marital status — Lack of knowledge of English, French not absolving applicant of failure to meet statutory obligation.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la CISR, confirmant la décision de l'arbitre que le requérant était entré au Canada «par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important» au sens de l'art. 27(1)e de la Loi sur l'immigration — Libellé de la disposition interprétée — Le requérant n'a pas divulgué son changement d'état matrimonial parce qu'il ne savait qu'il devait le faire — Formules d'immigration remplies par d'autres personnes — Il ne comprend pas l'anglais ni le français — Une personne ne peut être admise au Canada que si, au moment de son entrée, elle satisfait aux exigences de la Loi et de ses règlements — La charge de cette preuve incombe au requérant — Obligation d'informer les fonctionnaires de l'immigration de tout changement de situation pertinent relativement à la délivrance du visa, à la fois à l'étape de la procédure d'obtention de l'admission au Canada et à l'arrivée au Canada, particulièrement en ce qui concerne l'état matrimonial — La non-connaissance de l'anglais ou du français ne relève pas le requérant de son défaut de remplir l'obligation que lui imposait la Loi.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of IRB, Appeal Division's affirmation of Adjudicator's decision applicant entering Canada by reason of "fraudulent or improper means or misrepresentation" of "material fact" pursuant to Immigration Act, s. 27(1)(e) — Applicant not disclosing change in marital status as unaware necessary to do so — S. 27(1)(e) not contravening Charter, s. 7 as no violation of principles of fundamental justice — S. 27(1)(e) dealing with circumstances of misrepresentation of material facts by one entering Canada — No larger social purpose, no public redressing of wrong done to society to maintain public order and welfare within public sphere of activity — No public goal of deterrence — Application of regime provided by Parliament for removal on ground landing improperly obtained not violating principles of fundamental justice.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la CISR, confirmant la décision de l'arbitre que le requérant était entré au Canada «par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important» au sens de l'art. 27(1)e de la Loi sur l'immigration — Le requérant n'a pas divulgué son changement d'état matrimonial parce qu'il ne savait qu'il devait le faire — L'art. 27(1)e ne contrevient pas à l'art. 7 de la Charte car il n'y a pas violation des principes de justice fondamentale — L'art. 27(1)e traite de fausse indication sur un fait important par une personne entrant au Canada — Il n'a pas d'objectif social plus large, il ne vise pas à redresser publiquement un tort causé à la société, ni à maintenir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activités publique — Aucun objectif public de dissuasion — L'ap-

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Deportation of permanent resident granted landing by misrepresentation of marital status not cruel, unusual treatment contrary to s. 12 — No evidence deportation would expose applicant to danger of persecution, torture, death — Nothing in applicant's circumstances "grossly disproportionate" or so excessive as to outrage public standards of decency.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Judicial review of IRB, Appeal Division's affirmation of Adjudicator's decision applicant entering Canada by reason of "fraudulent or improper means or misrepresentation" of "material fact" pursuant to Immigration Act, s. 27(1)(e) — Applicant not disclosing change in marital status because unaware necessary to do so — Ignorance of law, Canada's official languages, neither "disability" nor any other enumerated ground under Charter, s. 15 — Not "analogous" ground of discrimination, but personal capacities particular to applicant — Differential treatment based on particular personal capacities, divorced from historically disadvantaged group, rarely characterized as discrimination.

This was an application for judicial review of the Immigration and Refugee Board, Appeal Division's decision affirming the Adjudicator's decision that the applicant had gained entry to Canada by reason of "fraudulent or improper means or misrepresentation" of a "material fact" pursuant to *Immigration Act*, paragraph 27(1)(e). A removal order then issued against the applicant. Paragraph 27(1)(e) requires an immigration officer to forward a written report to the Deputy Minister concerning a permanent resident who has been granted landing by reason of any fraudulent or improper means or misrepresentation of a material fact, whether exercised or made by himself or any other person. The applicant, a citizen of Bangladesh, arrived in Canada as a dependant of his father. Shortly before leaving Bangladesh, the applicant had married, but both his immigration visa and his landing document reported his marital status as "single". He did not notify the immigration officer on his arrival that he had married because he was unaware that it was necessary to do so. Because he did not understand English or French, an agent had completed the applicant's immigration documents, but had not read to him the instructions requiring him to notify Canadian immigration officials of any

plication de ce régime adopté par le législateur pour le renvoi d'une personne parce qu'elle a obtenu le droit d'établissement de façon irrégulière ne viole pas les principes de justice fondamentale.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L'expulsion d'un résident ayant reçu le droit d'établissement par fausse indication sur son état matrimonial ne constitue pas un traitement cruel et inusité au sens de l'art. 12 — Aucune preuve que l'expulsion exposerait le requérant à un risque de persécution, de torture ou de mort — Rien dans la situation du requérant n'est «exagérément disproportionné», ni ne constitue une mesure excessive incompatible avec la dignité humaine.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la CISR, confirmant la décision de l'arbitre que le requérant était entré au Canada «par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important» au sens de l'art. 27(1)e de la Loi sur l'immigration — Le requérant n'a pas divulgué son changement d'état matrimonial parce qu'il ne savait qu'il devait le faire — L'ignorance de la loi et l'incapacité de comprendre les langues officielles du Canada ne sont ni une «déficience» ni d'autres motifs énumérés de discrimination interdits par l'art. 15 de la Charte — Elles ne constituent pas un motif de discrimination «analogue», mais sont des capacités personnelles propres au requérant — Les distinctions fondées sur des caractéristiques particulières personnelles d'un individu qui n'est pas associé à un groupe historiquement défavorisé sont rarement qualifiées de discriminatoires.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a confirmé la décision d'un arbitre portant que le requérant était entré au Canada «par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important» au sens de l'alinéa 27(1)e de la *Loi sur l'immigration*. Une mesure d'expulsion du Canada a été prise contre le requérant. L'alinéa 27(1)e exige qu'un agent d'immigration transmette au sous-ministre un rapport écrit concernant un résident permanent qui a obtenu le droit d'établissement par des moyens frauduleux ou irréguliers ou par suite d'une fausse indication sur un fait important, même si ces moyens ou déclarations sont le fait d'un tiers. Le requérant, un citoyen du Bangladesh, est arrivé au Canada en tant que personne à la charge de son père. Peu de temps avant de quitter le Bangladesh, le requérant s'est marié, mais son visa d'immigration et le document relatif à son droit d'établissement indiquaient qu'il était célibataire. À son arrivée, il n'a pas avisé les fonctionnaires de l'immigration qu'il était marié parce qu'il ne savait pas qu'il devait le faire. Parce qu'il ne comprenait ni l'anglais ni le français, un mandataire a complété les documents

change in marital status. Upon landing, because none of the family members understood English or French, the immigration officer merely examined the passports of each family member and gestured each to sign the record of landing document. The applicant simply obeyed and the officer completed the rest of the document. The Adjudicator found misrepresentation by the applicant by signing the application for permanent residence which contained a requirement to report any change in marital status which he did not do, and by signing the record of landing at the port of entry which indicated his marital status as single when in fact he was married.

The issues were (1) whether *Immigration Act*, paragraph 27(1)(e) excludes “innocent” misrepresentations from its scope; (2) whether paragraph 27(1)(e) contravenes Charter, sections 7, 12 and 15; and (3) whether the Appeal Division’s refusal to exercise its equitable jurisdiction constituted an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner without regard for the material before it.

Held, the application should be dismissed.

(1) Based both on the language of paragraph 27(1)(e) and the scheme of the Act as it pertains to visas and to landing, the Appeal Division did not err in its interpretation of paragraph 27(1)(e). “Whether exercised or made by himself or any other person” clearly refers to both “means” (in the case of “exercise”) and “misrepresentation” (in the case of “made”). “Fraudulent and improper” should not be read so as to modify both “means” and “misrepresentation”. To interpret “misrepresentation” in paragraph 27(1)(e) as being restricted to wilful or intentional misrepresentation, of which the applicant must be subjectively aware, would limit the final phrase of the provision, so that a misrepresentation committed by a person other than the applicant of which the applicant was unaware would not be held to constitute a misrepresentation under paragraph 27(1)(e). There need not be active concealment for there to be “misrepresentation”. Silence itself may also be an act of conscious concealment. Also, as a misrepresentation under paragraph 27(1)(e) could be made by “another person”, the provision could not be so limited as to apply only to active concealment on the part of the applicant. Finally, to require a misrepresentation to be made “knowingly” or “wilfully” by the applicant necessitates reading into the statute words not expressed by Parliament. Had Parliament intended to inject a *mens rea* or subjective element of intent into paragraph 27(1)(e), presumably it would have done so. The duty of candour owed by the applicant depends on the materiality of the information withheld. A change in marital status is a “material fact” for the purposes of paragraph 27(1)(e) in

d’immigration du requérant, mais ne lui a pas lu les instructions suivant lesquelles il devait aviser les fonctionnaires canadiens de l’immigration de tout changement d’état matrimonial. À son arrivée, comme aucun des membres de sa famille ne comprenait l’anglais ou le français, l’agent d’immigration a simplement examiné le passeport de chacun des membres de la famille et indiqué par des gestes à chacun de signer la fiche relative au droit d’établissement. Le requérant a simplement obéi et l’agent a rempli le reste du document. L’arbitre a conclu que le requérant avait donné de fausses indications en signant une demande de résidence permanente qui l’obligeait à signaler tout changement survenu dans son état matrimonial, ce qu’il n’a pas fait, et en signant au point d’entrée la fiche relative au droit d’établissement, qui indiquait qu’il était célibataire alors qu’il était, en fait, marié.

Il s’agit de savoir (1) si l’alinéa 27(1)e de la *Loi sur l’immigration* exclut de son champ d’application les fausses indications données «de bonne foi»; (2) si l’alinéa 27(1)e contrevient aux articles 7, 12 et 15 de la Charte; et (3) si le refus de la section d’appel d’exercer sa compétence en *equity* constitue une conclusion de fait erronée, qu’elle a tirée de façon abusive ou arbitraire sans tenir compte des éléments dont elle disposait.

Jugement: la demande doit être rejetée.

(1) En raison du libellé de l’alinéa 27(1)e et de l’économie de la Loi en ce qui concerne les visas et le droit d’établissement, la section d’appel n’a pas commis d’erreur dans son interprétation de l’alinéa 27(1)e. Le passage «même si ces moyens ou déclarations sont le fait d’un tiers» s’applique de toute évidence à la fois aux moyens et aux déclarations. Les adjectifs «frauduleux et irréguliers» ne devraient pas être interprétés comme s’appliquant à la fois aux «moyens» et aux «fausses indications». En interprétant l’expression «fausse indication» contenue à l’alinéa 27(1)e de manière à ne retenir que les fausses indications volontaires ou intentionnelles dont le requérant doit être subjectivement conscient, on restreindrait le dernier membre de phrase de telle sorte que la fausse indication donnée par une autre personne que le requérant et dont ce dernier ne serait pas au courant ne serait pas considérée comme une fausse indication au sens de l’alinéa 27(1)e. Pour qu’il y ait «fausse indication», il n’est pas nécessaire qu’il y ait une non-divulgence active. Le silence lui-même peut également constituer un acte conscient de non-divulgence. Également, puisqu’une fausse indication visée à l’alinéa 27(1)e pourrait être donnée par «un tiers», on ne peut en restreindre l’application aux seuls cas de non-divulgence active de la part du requérant. Enfin, affirmer que la fausse indication doit être donnée «sciemment» ou «délibérément» par le requérant, exige que l’on ajoute dans la Loi des mots que le législateur n’a pas exprimés. Si le législateur avait voulu incorporer une *mens rea* ou un élément d’intention subjective à l’alinéa 27(1)e, il l’aurait vraisemblablement fait. L’obligation de franchise qui est

so far as the failure to disclose it may reasonably have "the effect of foreclosing or averting further inquiries". Furthermore, the information which the applicant failed to disclose was not information regarding which he was truly subjectively unaware. Nor was it information the knowledge of which was beyond his control.

A person may only gain admission to this country, if at the time of entry, he or she fulfils the requirements of the Act and the Regulations and the onus of establishing that rests on the applicant. The applicant had a duty to inform immigration officials of any change in circumstances relevant to the issuance of his visa, both at the stage of the process for gaining admission to Canada, as well as upon entering Canada, particularly in regard to his marital status. That the applicant was unable to understand or communicate in English or French did not absolve him of his own failure to meet the obligation imposed upon him by the *Immigration Act*.

(2) Paragraph 27(1)(e) did not violate Charter, section 7, which guarantees the right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice because there was no violation of the principles of fundamental justice. Paragraph 27(1)(e) deals with circumstances of misrepresentation of material facts by one entering Canada. It has no larger social purpose, no public redressing of a wrong done to society, to maintain public order and welfare within a public sphere of activity. Nor is there a public goal of deterrence at issue. The applicant was simply denied a benefit or status on the basis that it was improperly obtained in the first place. Application of the regime provided by Parliament in section 27 for the removal of a person from Canada on the ground that landing was improperly obtained did not violate the principles of fundamental justice. It is not a principle of fundamental justice that an individual who seeks the benefit of a statutory regime, yet fails to make himself aware of, or to satisfy, the requirements imposed by that regime, is entitled to special concessions from its enforcement.

The circumstances of this case did not establish discrimination prohibited by section 15. Ignorance of the law, and the inability to converse in either of Canada's official languages, is not a "disability", does not fall within any of the other enumerated grounds of discrimination, and is not an "analogous" ground of discrimination under section 15. That the applicant does not speak Eng-

imposée au requérant dépend de l'importance des renseignements non divulgués. Un changement d'état matrimonial constitue un «fait important» au sens de l'alinéa 27(1)e) dans la mesure où la non-divulgarion de ce fait peut raisonnablement «avoir pour effet d'empêcher qu'on pose d'autres questions». De plus, le renseignement que le requérant n'a pas communiqué n'était pas un renseignement dont il n'était véritablement et subjectivement pas au courant. Et il ne s'agissait pas d'un renseignement dont la connaissance échappait à sa volonté.

Une personne ne peut être admise au Canada que si, au moment de son entrée, elle satisfait aux conditions et aux exigences de la Loi et de ses règlements, et la charge de cette preuve lui incombe. Le requérant était tenu d'informer les fonctionnaires de l'immigration de tout changement important survenu dans sa situation, qui était pertinent à la délivrance de son visa, tant à l'étape de la procédure d'obtention de l'admission au Canada qu'à son arrivée au Canada, particulièrement en ce qui concerne son état matrimonial. Le fait que le requérant n'était pas capable de comprendre le français ou l'anglais et qu'il ne pouvait communiquer dans l'une ou l'autre de ces langues ne le relève pas de son propre défaut de remplir l'obligation que la *Loi sur l'immigration* lui imposait.

(2) L'alinéa 27(1)e) ne viole pas l'article 7 de la Charte, qui garantit le droit de ne pas être privé de sa liberté si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale parce qu'il n'y a eu aucune violation des principes de justice fondamentale. L'alinéa 27(1)e) vise la situation de la personne qui entre au Canada en donnant une fausse indication au sujet de faits importants. Elle n'a pas d'objectif social plus large, elle ne vise pas à redresser publiquement un tort causé à la société, ni à maintenir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activités publiques. Il n'y a pas non plus d'objectif public de dissuasion en jeu. Le requérant s'est tout simplement vu refuser un avantage ou un statut au motif qu'il l'avait irrégulièrement obtenu dans un premier temps. L'application du régime prévu par le législateur à l'article 7 pour le renvoi d'une personne du Canada au motif qu'elle a irrégulièrement obtenu le droit d'établissement, ne viole pas les principes de justice fondamentale. La proposition voulant que la personne qui cherche à bénéficier du régime prévu par la loi mais qui, pour une raison ou pour une autre, ne s'enquiert pas des exigences imposées par ce régime ou n'y satisfait pas, a droit à des concessions spéciales en vertu de ce régime ne fait pas partie des principes de justice fondamentale.

Les circonstances de la présente affaire ne permettent pas de conclure qu'un acte discriminatoire interdit par l'article 15 a été commis. L'ignorance de la loi et l'incapacité de converser dans l'une ou l'autre des langues officielles du Canada ne constituent pas une «déficience», et elles ne font pas partie des autres motifs énumérés de discrimination interdits et elles ne constituent pas non plus

lish or French, and has little formal education are personal capacities, particular to the applicant, not “immutable personal characteristics”. Nor was the applicant a member of a particular group suffering “historical disadvantage”, or one which is a “discrete and insular minority” deserving of the protection of section 15. Differential treatment of an individual based solely on his or her own particular personal capacities, divorced from an historically disadvantaged group, will rarely be characterized as discrimination.

To deport the applicant in the present circumstances would not constitute cruel and unusual treatment for the purposes of Charter, section 12. Whether deportation violates section 12 depends on the particular circumstances of the individual. There was nothing so “grossly disproportionate” as to outrage decency in the particular circumstances of the applicant. There was no evidence that deportation to Bangladesh would expose the applicant to a danger of persecution, torture or death. Removal of an individual from Canada on the basis that the information upon which he was granted landing in the first place was not truthful, is not, “grossly disproportionate”, nor would it be excessive so as to violate public standards of decency.

(3) Paragraph 70(1)(b) empowers the Appeal Division to determine, “having regard to all the circumstances of the case” whether or not a permanent resident should be removed from Canada. Where this discretion has been exercised in a *bona fide* manner, not influenced by irrelevant considerations and is not arbitrarily or illegally exercised, the Court is not entitled to interfere, even if it might have exercised that discretion differently had it been in the position of the Appeal Division. During the hearing before the Appeal Division, the applicant made submissions concerning humanitarian and compassionate grounds which, he submitted, warranted the exercise of equitable jurisdiction by the Appeal Division. However, on the basis of the evidence before it, the tribunal opted not to exercise its equitable jurisdiction with respect to the applicant’s pending removal. This conclusion was, on the evidence, reasonably open to the Appeal Division.

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, 11, 12, 15.

un motif de discrimination «analogue» visé par l’article 15. Le fait que le requérant est une personne qui ne parle ni le français ni l’anglais et qui a fait des études limitées sont des capacités personnelles, qui lui sont propres et qui ne sont pas des «caractéristiques personnelles immuables». Et le requérant ne fait pas partie d’un groupe déterminé victime d’un «désavantage historique», et il n’appartient pas à une «minorité distincte et isolée» qui mérite la protection de l’article 15. Les distinctions fondées uniquement sur des caractéristiques particulières personnelles d’un individu qui n’est pas associé à un groupe historiquement défavorisé seront rarement qualifiées de discriminations.

Expulser en l’espèce le requérant ne constituerait pas un traitement cruel et inusité au sens de l’article 12 de la Charte. La question de savoir si l’expulsion porte atteinte à l’article 12 dépend de la situation particulière de la personne concernée. Rien n’est «exagérément disproportionné» au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine, eu égard à la situation particulière du requérant. Aucun élément de preuve ne montre qu’en expulsant le requérant au Bangladesh, on l’exposerait à un risque de persécution, de torture ou de mort. Renvoyer un individu du Canada au motif que les renseignements sur la foi desquels il a initialement obtenu le droit d’établissement n’étaient pas véridiques n’est pas «exagérément disproportionné» et ne constitue pas non plus une mesure excessive qui est incompatible avec la dignité humaine.

(3) L’alinéa 70(1)(b) habilite la section d’appel à déterminer «eu égard aux circonstances particulières de l’espèce», si un résident permanent devrait être renvoyé du Canada. Lorsque ce pouvoir discrétionnaire a été exercé de bonne foi et sans être influencé par des considérations non pertinentes et qu’il n’est pas exercé de façon arbitraire ou illégale, la Cour n’a pas le droit d’intervenir, même si elle aurait pu exercer ce pouvoir discrétionnaire différemment si elle avait été à la place de la section d’appel. Au cours de l’audience devant la section d’appel, le requérant a formulé des observations au sujet des raisons d’ordre humanitaire qui, selon lui, justifiaient l’exercice par la section d’appel de sa compétence en *equity*. Toutefois, eu égard aux éléments de preuve portés à sa connaissance, le tribunal administratif a choisi de ne pas exercer sa compétence en *equity* relativement au renvoi en suspens du requérant. Les éléments de preuve qui étaient soumis à la section d’appel justifiaient raisonnablement cette conclusion.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 11, 12, 15.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1), 12(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 7), 19(2)(d), 27(1)(e) (as am. *idem*, s. 16), (f), 32(2) (as am. *idem*, s. 21), 70(1)(b), 94(1)(i).

Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 27(1)(d)(i),(e).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 12 (as am. by SOR/83-540, s. 2).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1), 12(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 7), 19(2)d, 27(1)e,f), 32(2) (mod., *idem*, art. 21), 70(1)b), 94(1)i).

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 27(1)d)(i),e).

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 12 (mod. par DORS/83-540, art. 2; 93-412, art. 8).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

D'Souza v. Minister of Employment and Immigration, [1983] 1 F.C. 343 (C.A.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. 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; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; (1991), 11 W.A.C. 161; 61 B.C.L.R. (2d) 145; 5 B.C.A.C. 161; 67 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (4th) 82; 7 C.R.R. (2d) 1; 31 M.V.R. (2d) 137; 131 N.R. 1; *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216.

DISTINGUISHED:

Medel v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] 2 F.C. 345; (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 274; 113 N.R. 1 (C.A.); *Okwe v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 126; 136 N.R. 261 (F.C.A.); *Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 3; (1992), 99 D.L.R. (4th) 264; 18 Imm. L.R. (2d) 81; 151 N.R. 28 (C.A.).

CONSIDERED:

Hurd v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] 2 F.C. 594; (1988), 90 N.R. 31 (C.A.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

REFERRED TO:

Minister of Manpower and Immigration v. Brooks, [1974] S.C.R. 850; (1973), 36 D.L.R. (3d) 522; *Juayong v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 99 N.R. 78 (F.C.A.); *Canada (Minister of*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

D'Souza c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1983] 1 C.F. 343 (C.A.); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 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; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; (1991), 11 W.A.C. 161; 61 B.C.L.R. (2d) 145; 5 B.C.A.C. 161; 67 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (4th) 82; 7 C.R.R. (2d) 1; 31 M.V.R. (2d) 137; 131 N.R. 1; *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Medel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1990] 2 C.F. 345; (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 274; 113 N.R. 1 (C.A.); *Okwe c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 126; 136 N.R. 261 (C.A.F.); *Barrera c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 3; (1992), 99 D.L.R. (4th) 264; 18 Imm. L.R. (2d) 81; 151 N.R. 28 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Hurd c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 2 C.F. 594; (1988), 90 N.R. 31 (C.A.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

DÉCISIONS CITÉES:

Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Brooks, [1974] R.C.S. 850; (1973), 36 D.L.R. (3d) 522; *Juayong c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 99 N.R. 78 (C.A.F.); *Canada (Ministre de*

Employment and Immigration) v. *De Decaro*, [1993] 2 F.C. 408; (1993), 103 D.L.R. (4th) 564; 155 N.R. 129 (C.A.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* v. *Hundal*, [1995] 3 F.C. 32; (1995), 96 F.T.R. 306; 30 Imm. L.R. (2d) 52 (T.D.); *Peralta v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1507 (T.D.) (QL); *R. on the information of Mark Caswell v. Corporation of City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; (1978), 85 D.L.R. (3d) 161; 40 C.C.C. (2d) 353; 7 C.E.L.R. 53; 3 C.R. (3d) 30; 21 N.R. 295; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask. R. 105; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *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; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; (1995), 124 D.L.R. (4th) 449; 29 C.R.R. (2d) 1; [1995] 1 C.T.C. 382; 95 DTC 5273; 182 N.R. 1; 12 R.F.L. (4th) 1; *Gittens (In re)*, [1983] 1 F.C. 152; (1982), 137 D.L.R. (3d) 687; 68 C.C.C. (2d) 438; 1 C.R.R. 346 (T.D.).

APPLICATION for judicial review of the IRB, Appeal Division's affirmation of an Adjudicator's decision that the applicant had gained entry to Canada by reason of "fraudulent or improper means or misrepresentation" of a "material fact" pursuant to *Immigration Act*, paragraph 27(1)(e) when he failed to disclose a change in marital status because, due to lack of knowledge of either official language, he was unaware that it was necessary to do so. Application dismissed.

COUNSEL:

Emilio S. Binavince and *Riri Shen* for applicant.

Josephine A. L. Palumbo for respondent.

SOLICITORS:

Binavince, Merner, Burton, Massie, Ottawa, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

l'Emploi et de l'Immigration) c. *De Decaro*, [1993] 2 C.F. 408; (1993), 103 D.L.R. (4th) 564; 155 N.R. 129 (C.A.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* c. *Hundal*, [1995] 3 C.F. 32; (1995), 96 F.T.R. 306; 30 Imm. L.R. (2d) 52 (1^{re} inst.); *Peralta c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1507 (1^{re} inst.) (QL); *R. sur la dénonciation de Mark Caswell c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; (1978), 85 D.L.R. (3d) 161; 40 C.C.C. (2d) 353; 7 C.E.L.R. 53; 3 C.R. (3d) 30; 21 N.R. 295; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask. R. 105; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 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; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; (1995), 124 D.L.R. (4th) 449; 29 C.R.R. (2d) 1; [1995] 1 C.T.C. 382; 95 DTC 5273; 182 N.R. 1; 12 R.F.L. (4th) 1; *Gittens (In re)*, [1983] 1 C.F. 152; (1982), 137 D.L.R. (3d) 687; 68 C.C.C. (2d) 438; 1 C.R.R. 346 (1^{re} inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la CISR confirmant la décision de l'arbitre que le requérant était entré au Canada «par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important» au sens de l'alinéa 27(1)e) de la *Loi sur l'immigration* lorsqu'il a omis de divulguer un changement dans son état matrimonial parce que, à cause de la non-connaissance de l'une ou l'autre des langues officielles, il ne savait pas qu'il devait le faire. Demande rejetée.

AVOCATS:

Emilio S. Binavince et *Riri Shen* pour le requérant.

Josephine A. L. Palumbo pour l'intimé.

PROCUREURS:

Binavince, Merner, Burton, Massie, Ottawa, pour le requérant.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for order rendered in English by

1 MACKAY J.: This is a judicial review application to review and set aside a decision of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (Appeal Division) dated December 6, 1995, which affirmed the earlier decision of an Adjudicator. The latter had determined that the applicant had gained entry to Canada by reason of "fraudulent or improper means or misrepresentation" of a "material fact" pursuant to paragraph 27(1)(e) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16] (the Act) and as a result the applicant was ordered to be removed from Canada, pursuant to subsection 32(2) [as am. *idem*, s. 21] of the Act.

2 The applicant, born November 8, 1968, is a citizen of Bangladesh. In 1990, the applicant applied, with his family, as a dependant of his father, for permanent residence in Canada. They received their visas in July 1992, and on December 15, 1992, the applicant arrived with his parents and five siblings in Canada. Upon arriving in Canada at the Mirabel Airport in Montréal, the applicant and his family met with immigration officials, following which they were granted permanent residence.

3 In November 1992, shortly before leaving Bangladesh, the applicant was married. However, upon arriving in Canada, the applicant had not indicated on his immigration visa and his landing document did not indicate that he had married, but rather his marital status was reported as being "single". Nor, upon his arrival, did he notify the immigration officer that he had married.

4 When immigration officials subsequently learned of the applicant's true marital status, an inquiry was held before an Adjudicator who found the applicant had been granted landing by reason of "misrepresentation" of a "material fact", pursuant to paragraph 27(1)(e) of the Act, and ordered him removed from

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

1 LE JUGE MACKAY: La Cour statue sur une demande présentée en vue d'obtenir le contrôle judiciaire et l'annulation d'une décision en date du 6 décembre 1995 par laquelle la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la section d'appel) a confirmé la décision d'un arbitre. Celui-ci avait conclu que le requérant avait réussi à entrer au Canada «par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important» au sens de l'alinéa 27(1)e) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la Loi). En conséquence, une mesure d'expulsion du Canada a été prise contre le requérant en vertu du paragraphe 32(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 21] de la Loi.

2 Le requérant, qui est né le 8 novembre 1968, est un citoyen du Bangladesh. En 1990, le requérant a présenté, avec d'autres membres de sa famille, une demande de résidence permanente au Canada en tant que personne à la charge de son père. Ils ont reçu leur visa en juillet 1992 et, le 15 décembre 1992, le requérant est arrivé au Canada avec ses parents et cinq frères et sœurs. À son arrivée au Canada à l'aéroport de Mirabel de Montréal, le requérant et les membres de sa famille ont rencontré des fonctionnaires de l'immigration, à la suite de quoi ils ont obtenu la résidence permanente.

3 En novembre 1992, peu de temps avant de quitter le Bangladesh, le requérant s'est marié. Toutefois, à son arrivée au Canada, le requérant n'avait pas indiqué sur son visa d'immigration qu'il était marié et le document relatif à son droit d'établissement ne le précisait pas non plus. Il était plutôt indiqué qu'il était célibataire. Il n'a pas non plus avisé les fonctionnaires de l'immigration, à son arrivée, qu'il était marié.

4 Lorsque les fonctionnaires de l'immigration ont par la suite découvert le véritable état matrimonial du requérant, une enquête a eu lieu devant un arbitre, qui a conclu que le requérant avait obtenu le droit d'établissement par suite d'une «fausse indication sur un fait important» au sens de l'alinéa

Canada. This decision was upheld by the Appeal Division, and it is this decision that the applicant now questions by seeking judicial review.

Background Facts

5 The background facts are briefly as follows. The applicant and his family are from the Village of Middle Halshihahar, Chittagong, Bangladesh. In September 1990, the applicant applied, with his parents and five siblings for permanent residence in Canada, to be sponsored by his brother, a permanent resident living in Ottawa. According to the applicant, at that time neither he nor any of his family were literate in either English or French, and he was unable to complete his immigration documents himself. As a result, he and his family relied upon one Janghir Alaam, a man alleged to be the only person in the Mohammeds' village able to read and write English, to prepare the application for permanent residence and supplementary immigration documents on behalf of the applicant and his family.

6 The application for permanent residence is a straightforward application form, in which an applicant is asked to provide particulars regarding, *inter alia*, date of birth, marital status, work history, education, sponsor's name, and ability to communicate in both official languages. On the first page of the application form is a statement of instructions. At the top of this page appears a box in which the applicant is advised as follows:

BEFORE COMPLETING, PLEASE READ
THE FOLLOWING CAREFULLY THEN
DETACH THIS PAGE AND
RETAIN IT FOR YOUR INFORMATION.

7 Notwithstanding this, however, the applicant states that although Mr. Alaam completed these documents

27(1)e) de la Loi et qui a ordonné qu'il soit renvoyé du Canada. Cette décision a été confirmée par la section d'appel, et c'est cette décision que le requérant conteste maintenant par la présente demande de contrôle judiciaire.

Faits à l'origine du litige

5 Voici, en bref, les faits à l'origine du litige. Le requérant et les membres de sa famille sont originaires d'un village situé dans le Moyen Halshihahar (Chittagong), au Bangladesh. En septembre 1990, le requérant a présenté avec ses parents et ses cinq frères et sœurs une demande de résidence permanente au Canada qui devait être parrainée par son frère, un résident permanent qui vit à Ottawa. Suivant le requérant, à l'époque, ni lui ni aucun des membres de sa famille ne savait lire ou écrire le français ou l'anglais, et il n'était pas capable de remplir lui-même ses documents d'immigration. En conséquence, lui et les membres de sa famille ont dû s'en remettre à un certain Janghir Alaam, qui aurait été la seule personne du village de Mohammed qui était capable de lire et d'écrire en anglais, pour remplir au nom du requérant et des membres de sa famille la demande de résidence permanente et les documents d'immigration complémentaires.

6 La demande de résidence permanente est un formulaire de demande simple, dans lequel on demande au requérant de fournir des détails concernant notamment sa date de naissance, son état matrimonial, ses antécédents professionnels, ses études, le nom de son répondant et sa capacité de communiquer dans les deux langues officielles. Sur la première page du formulaire se trouve une explication de la marche à suivre. Au haut de cette page figure une case dans laquelle les instructions suivantes sont données au requérant:

AVANT DE REMPLIR LE PRÉSENT FORMULAIRE,
VEUILLEZ LIRE ATTENTIVEMENT LES
INSTRUCTIONS SUIVANTES, PUIS DÉTACHEZ
LA PRÉSENTE PAGE ET CONSERVEZ-LÀ
POUR VOS DOSSIERS.

7 Toutefois, malgré ces instructions, le requérant affirme que, bien qu'il ait rempli les documents en

on behalf of the family, he did not read to the applicant or his family the instructions accompanying the application. In particular, the applicant states that at no time did Mr. Alaam inform the applicant or his family that he was required to notify Canadian immigration officials in the event of any change in marital status. This requirement is clearly stated in paragraph four of the instruction page to the application form, which provides as follows:

4. Should the answers to items 9 [marital status], 27 or 31 change at any time prior to departure for Canada, you are required to report such change and delay your departure until informed by the Canadian office dealing with your application that you may still proceed to Canada. [Emphasis added.]

question pour le compte des membres de sa famille, M. Alaam n'a pas lu au requérant ou aux membres de sa famille les instructions qui accompagnaient la demande. Le requérant affirme en particulier que M. Alaam n'a jamais informé le requérant ou les membres de sa famille qu'il devait aviser les fonctionnaires canadiens de l'immigration de tout changement d'état matrimonial. Cette exigence est énoncée dans les termes les plus nets au quatrième paragraphe de la page d'instructions du formulaire de demande, qui est ainsi libellé:

4. Si des renseignements que vous avez fournis en réponse aux questions 9 [état matrimonial], 27 ou 31 doivent être modifiés avant votre départ pour le Canada, vous devez en informer le bureau canadien des visas chargé de votre demande et retarder votre départ tant que ce bureau ne vous a pas informé que vous pouvez toujours partir pour le Canada. [Mots non soulignés dans l'original.]

8 On December 4, 1991, the applicant and his family were interviewed at the Canadian High Commission in Dhaka, Bangladesh. The applicant states that, although there was an interpreter present, at no time during the interview was he asked about his marital status, nor was any mention made of the requirement to notify immigration officials of any change in status. According to the applicant, the only questions he was asked pertained to his name, age, profession and relationship to his sponsor.

Le 4 décembre 1991, le requérant et les membres de sa famille ont été interrogés au haut-commissariat canadien à Dhaka, au Bangladesh. Le requérant déclare que, bien qu'un interprète fût présent, on ne l'a jamais interrogé au cours de l'entrevue au sujet de son état matrimonial et qu'on n'a jamais mentionné qu'il devait signaler tout changement d'état matrimonial aux fonctionnaires de l'immigration. Selon le requérant, les seules questions qui lui ont été posées concernaient son nom, son âge, sa profession et ses liens avec son répondant.

9 On July 30, 1992, the applicant and his family received their visas to enter Canada. On November 6, 1992, approximately five weeks prior to leaving for Canada, the applicant was married to Shilpi Meherun Nesa. According to the applicant, this marriage was arranged by his father in late October 1992, just one week prior to the ceremony. Despite the requirement noted above, stated on his permanent residence application, the applicant did not notify immigration officials of the change in his marital status prior to leaving Bangladesh. His reason for not doing so, he states, is that he was unaware it was necessary to do so.

Le 30 juillet 1992, le requérant et les membres de sa famille ont reçu leur visa d'admission au Canada. Le 6 novembre 1992, environ cinq semaines avant son départ pour le Canada, le requérant a épousé Shilpi Meherun Nesa. Selon le requérant, ce mariage a été arrangé par son père à la fin d'octobre 1992, à peine une semaine avant la cérémonie. Malgré l'exigence susmentionnée qui figure sur sa demande de résidence permanente, le requérant n'a pas avisé les fonctionnaires de l'immigration de son changement d'état matrimonial avant de quitter le Bangladesh. Il déclare que la raison pour laquelle il ne l'a pas fait était qu'il ne savait pas qu'il devait le faire.

10 The applicant and his family arrived in Canada at Mirabel Airport in Montréal on December 15, 1992. Upon landing, they were required to undergo the standard immigration formalities. The applicant's

Le requérant et les membres de sa famille sont arrivés au Canada à l'aéroport de Mirabel de Montréal le 15 décembre 1992. À leur arrivée, ils ont dû se soumettre aux formalités d'immigration

father, as the principal applicant, was processed first, followed by each member of the family. There was no interpreter present and because none of the members of his family could read or speak either English or French, the applicant states that no interview was conducted upon landing. Instead, according to the applicant, the immigration officer merely examined the passports of each family member and gestured each to sign the record of landing document. At that time, he states he simply obeyed the immigration officer, who gestured to the applicant to sign the record of landing at the place indicated, before the officer completed the rest of the document himself.

11 Particularly relevant in the record of landing are Items 9 and 13. In Item 9, the applicant's marital status is listed as "single". In Item 13, in response to the question as to whether the applicant has any dependants, the answer "no" is circled. This record, dated December 15, 1992, was signed by the applicant. Once the immigration officer had completed this process, the applicant and his family were granted permanent residence in Canada.

12 Shortly thereafter, the applicant sought to sponsor his new wife to come to Canada, at which time immigration officials were alerted to his true marital status. Subsequently, on March 8, 1994, a report was issued by an immigration officer alleging that the applicant was granted landing "by reason of any fraudulent or improper means or misrepresentation of any material fact", pursuant to paragraph 27(1)(e) of the Act, which provides as follows:

27. (1) An immigration officer or peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a permanent resident is a person who

...

(e) was granted landing by reason of possession of a false or improperly obtained passport, visa or other

usuelles. Le père du requérant a été interrogé le premier, en tant que requérant principal, et a été suivi par tous les autres membres de la famille. Aucun interprète n'était présent et le requérant précise que, comme aucun des membres de sa famille ne pouvait lire ou écrire le français ou l'anglais, aucune entrevue n'a eu lieu à leur arrivée. Selon le requérant, l'agent d'immigration s'est plutôt contenté d'examiner le passeport de chacun des membres de sa famille et d'indiquer par des gestes à chacun de signer la fiche relative au droit d'établissement. Il déclare qu'il s'est alors contenté d'obéir à l'agent d'immigration, qui lui a fait signe de signer la fiche relative au droit d'établissement à l'endroit indiqué avant que l'agent ne remplisse lui-même le reste du document.

11 Il convient de signaler les questions nos 9 et 13 de la fiche relative au droit d'établissement. Ainsi, il est indiqué «célibataire» en réponse à la question n° 9, celle relative à l'état matrimonial du requérant. À la question n° 13, en réponse à la question de savoir si le requérant a des personnes à sa charge, la réponse «non» est encerclée. Cette fiche, qui porte la date du 15 décembre 1992, a été signée par le requérant. Après que l'agent d'immigration a terminé ces formalités, le requérant et les membres de sa famille ont obtenu le droit d'établissement au Canada.

12 Peu de temps après, le requérant a essayé de parrainer sa nouvelle femme afin qu'elle puisse venir au Canada. C'est alors que les fonctionnaires de l'immigration ont été mis au courant de son véritable état matrimonial. Par la suite, le 8 mars 1994, un agent d'immigration a rédigé un rapport dans lequel il alléguait que le requérant avait obtenu le droit d'établissement «par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important» au sens de l'alinéa 27(1)e) de la Loi, qui est ainsi libellé:

27. (1) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit faire part au sous-ministre, dans un rapport écrit et circonstancié, de renseignements concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci, selon le cas:

...

e) a obtenu le droit d'établissement soit sur la foi d'un passeport, visa—ou autre document relatif à son admis-

document pertaining to his admission or by reason of any fraudulent or improper means or misrepresentation of any material fact, whether exercised or made by himself or any other person,

13 The “material fact” alleged to have been misrepresented by the applicant was that he was single when he was, in fact, married. As a result of this allegation, on August 18, 1994, a direction for inquiry was issued.

14 On September 21, 1994, an inquiry was held before the Adjudication Division of the IRB. The Adjudicator ordered the applicant to be removed from Canada on the ground that he was determined to be a person described in paragraph 27(1)(e) of the Act. The Adjudicator found misrepresentation by the applicant by signing the application for permanent residence which contained a requirement to report any change in marital status to a visa officer, which he did not do, and by signing the form 1000 (record of landing) at the port of entry which indicated his marital status was single when the applicant was, in fact, married. In rendering his decision, the Adjudicator made the following comments, among others:

Your counsel argues that your intention was not to mislead or misrepresent or to defraud the government. I recognize that you are a non-educated person and unsophisticated in the ways of Immigration rules and procedures but in my view, that should be no excuse for not complying with the law. You signed a document declaring that everything was true and correct. To stand behind the defense of ignorance and lack of education would create a different standard than that for someone who is literate and educated. By that, I do not mean your actions to be deliberate and wilful.

. . .

Therefore, Mr. Mohammed, I find that you are a person as described in paragraph 27(1)(e) in that you were granted landing by misrepresentation of a material fact exercised by yourself. I will provide you with a copy of the deportation order. I wish to advise you that if you are removed from Canada, if you wish to come back you would require the written consent from the Minister of Immigration.

sion—faux ou obtenu irrégulièrement, soit par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d’une fausse indication sur un fait important, même si ces moyens ou déclarations sont le fait d’un tiers;

13 Le «fait important» au sujet duquel le requérant aurait donné une fausse indication est le fait qu’il était célibataire alors qu’il était, en fait, marié. Par suite de cette allégation, une directive prévoyant la tenue d’une enquête a été donnée le 18 août 1994.

14 Le 21 septembre 1994, une enquête s’est ouverte devant la Division de l’arbitrage de la CISR. L’arbitre a ordonné que le requérant soit renvoyé du Canada au motif qu’il relevait du cas visé à l’alinéa 27(1)e) de la Loi. L’arbitre a conclu que le requérant avait donné de fausses indications en signant une demande de résidence permanente qui l’obligeait à signaler à un agent des visas tout changement survenu dans son état matrimonial—ce qu’il n’a pas fait —, et en signant au point d’entrée le formulaire 1000 (la fiche relative au droit d’établissement) qui indiquait qu’il était célibataire alors qu’il était, en fait, marié. Dans sa décision, l’arbitre a notamment tenu les propos suivants:

[TRADUCTION] Votre avocat soutient que vous n’aviez pas l’intention d’induire l’Administration en erreur ou de lui faire de fausses déclarations ou de la frauder. Je reconnais que vous n’êtes pas une personne instruite et que vous n’êtes pas familier avec les règles et les procédures de l’immigration, mais j’estime que cela ne devrait pas vous excuser de ne pas vous conformer à la loi. Vous avez signé un document dans lequel vous certifiez que tous les renseignements qu’il contient sont vrais et exacts. Exciper de votre ignorance et de votre manque d’instruction créerait une norme différente de celle qui s’applique aux personnes instruites. Je ne veux toutefois pas laisser entendre que vos gestes étaient délibérés.

. . .

En conséquence, M. Mohammed, je conclus que vous relevez du cas visé à l’alinéa 27(1)e), étant donné que vous avez obtenu le droit d’établissement par suite d’une fausse indication que vous avez donnée sur un fait important. Je vous fournirai un exemplaire de l’ordonnance d’expulsion. Je tiens à vous signaler que, si vous êtes renvoyé du Canada, vous devez obtenir le consentement écrit du ministre de l’Immigration pour pouvoir revenir au Canada.

15 The order of the Adjudicator that the applicant be deported was made pursuant to subsection 32(2) of the Act which provides as follows:

32. . . .

(2) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a permanent resident described in subsection 27(1), the adjudicator shall, subject to subsections (2.1) and 32.1(2), make a deportation order against that person.

16 The applicant appealed the removal order to the Appeal Division. By decision dated December 6, 1995, the Appeal Division dismissed the appeal and upheld the removal order of the Adjudicator.

17 Thereafter, on December 21, 1995, the applicant applied for judicial review. The parties first appeared before me on October 8, 1996 when the hearing was adjourned to allow the applicant time to file and serve notices of a constitutional question. Thereafter the hearing was resumed and completed on October 29, 1996.

Position of the Applicant

18 The position of the applicant is based on three grounds, alleging error by the Appeal Division: (1) in its interpretation of the Act; (2) in its application of the Act as being contrary to the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]; and (3) in its findings of fact.

19 The statutory interpretation argument put forth by counsel for the applicant centres around his submission that the Appeal Division, upholding the decision of the Adjudicator, erred in law by interpreting paragraph 27(1)(e) to include within the scope of the phrase “any fraudulent or improper means or misrepresentation” the applicant’s “honest, invincible ignorance” that he was required to report any change in his marital status. In this regard, counsel for the applicant submits that such an interpretation of paragraph 27(1)(e) is incorrect in that a proper construction of the provision excludes “inno-

La mesure d’expulsion prise par l’arbitre contre le requérant a été prononcée en vertu du paragraphe 32(2) de la Loi, qui dispose:

32. . . .

(2) S’il conclut que l’intéressé est un résident permanent se trouvant dans l’une des situations visées au paragraphe 27(1), l’arbitre, sous réserve des paragraphes (2.1) et 32.1(2), prend une mesure d’expulsion contre lui.

Le requérant a interjeté appel de la mesure de renvoi devant la section d’appel. Par sa décision du 6 décembre 1995, la section d’appel a rejeté l’appel et a confirmé la mesure de renvoi prise par l’arbitre.

Par la suite, le 21 décembre 1995, le requérant a présenté une demande de contrôle judiciaire. Les parties ont d’abord comparu devant moi le 8 octobre 1996, date à laquelle l’audience a été ajournée pour donner au requérant le temps de déposer et de signifier des avis de question constitutionnelle. L’audience a été reprise et complétée le 29 octobre 1996.

Thèse du requérant

18 Au soutien de sa thèse, le requérant invoque trois moyens pour affirmer que la section d’appel a commis une erreur: (1) en interprétant la Loi; (2) en appliquant la Loi d’une manière qui contrevient à 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]]; (3) en tirant des conclusions de fait erronées.

19 Le moyen tiré de l’interprétation de la Loi qu’invoque l’avocat du requérant tourne autour de son argument selon lequel en confirmant la décision de l’arbitre, la section d’appel a commis une erreur de droit lorsqu’elle a interprété l’alinéa 27(1)e) de manière à inclure dans le champ d’application du passage «par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d’une fausse indication» l’[TRADUCTION] «ignorance de bonne foi et irréprochable» du requérant, qui ne savait pas qu’il devait signaler tout changement survenu dans son état matrimonial. À cet égard, l’avocat du requérant soutient qu’une

cent” misrepresentations from its scope.

20 The Charter argument advanced by counsel for the applicant is essentially that the Appeal Division’s interpretation of paragraph 27(1)(e) would contravene sections 7, 12 and 15 of the Charter.

21 The final argument of the applicant is that the decision of the Appeal Division is based on an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner without regard for the material before it. In particular, counsel for the applicant submits that the refusal of the Appeal Division to exercise its equitable jurisdiction constitutes a reviewable error.

22 Each of the arguments put forward by counsel for the applicant is dealt with in turn in the balance of these reasons, which explain the bases on which an order is now issued dismissing the application for judicial review.

1. Statutory Interpretation

23 Having carefully reviewed the statutory interpretation arguments presented by counsel, and having considered the jurisprudence regarding what constitutes a “misrepresentation” of a “material fact” pursuant to paragraph 27(1)(e) of the Act, I come to the conclusion that the arguments of counsel for the applicant on this first ground must fail. I reach this conclusion both on the basis of the particular language of paragraph 27(1)(e), as well as in light of the scheme of the Act as it pertains to the issuance of visas and to landing.

(a) The Language of paragraph 27(1)(e)

24 Counsel for the applicant submits that the Appeal Division erred in law in upholding the decision of the Adjudicator which, he suggests, is based on an

telle interprétation de l’alinéa 27(1)e) est incorrecte, étant donné que si l’on interprète bien cette disposition, les fausses indications données «de bonne foi» sont exclues de son champ d’application.

Le moyen tiré de la Charte qu’avance l’avocat du requérant est essentiellement que l’interprétation que la section d’appel a donné de l’alinéa 27(1)e) contreviendrait aux articles 7, 12 et 15 de la Charte.

Le dernier moyen que fait valoir le requérant est que la décision de la section d’appel est fondée sur une conclusion de fait erronée que la section d’appel a tirée de façon abusive ou arbitraire sans tenir compte des éléments dont elle disposait. L’avocat du requérant soutient en particulier que le refus de la section d’appel d’exercer sa compétence en *equity* constitue une erreur qui justifie un contrôle judiciaire.

Chacun des moyens avancés par l’avocat du requérant est examiné à tour de rôle dans la suite des présents motifs, dans lesquels sont expliqués les raisons pour lesquelles une ordonnance rejetant la demande de contrôle judiciaire est maintenant prononcée.

1. Interprétation de la Loi

23 Ayant attentivement examiné les moyens invoqués par les avocats au sujet de l’interprétation de la Loi et ayant tenu compte de la jurisprudence portant sur ce qui constitue une «fausse indication sur un fait important» au sens de l’alinéa 27(1)e) de la Loi, j’en viens à la conclusion que les arguments invoqués par l’avocat du requérant au sujet de ce premier moyen sont mal fondés. J’en arrive à cette conclusion tant en raison du libellé particulier de l’alinéa 27(1)e) qu’à la lumière de l’économie des dispositions de la Loi qui concernent la délivrance des visas et le droit d’établissement.

a) Le libellé de l’alinéa 27(1)e)

L’avocat du requérant affirme que la section d’appel a commis une erreur de droit en confirmant la décision de l’arbitre qui, à son avis, est fondée sur

erroneous interpretation of the phrase “fraudulent or improper means or misrepresentation” found in paragraph 27(1)(e) of the Act. This argument, counsel for the applicant bases on two grounds. The first, is that the words “fraudulent or improper” should be interpreted as modifying both “means” and “misrepresentation”. Secondly, he submits that mere non-disclosure does not constitute “misrepresentation”. He states that because the applicant was honestly not aware of the duty to disclose, he was incapable of actively withholding the information, and therefore was not capable of “misrepresentation” within the meaning of paragraph 27(1)(e) of the Act.

une interprétation erronée du passage «par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d’une fausse indication» que l’on trouve à l’alinéa 27(1)e de la Loi. L’avocat du requérant fait reposer cet argument sur deux moyens. Il affirme en premier lieu que l’on devrait considérer que les mots anglais «*fraudulent or improper*» modifient à la fois le mot «*means*» et le mot «*misrepresentation*». Il soutient en second lieu qu’une simple non-divulgation ne constitue pas une «fausse indication». Il affirme que, parce qu’il ignorait de bonne foi qu’il était tenu de communiquer les renseignements en cause, le requérant était incapable de refuser activement de les divulguer et qu’il ne pouvait donc donner une «fausse indication» au sens de l’alinéa 27(1)e de la Loi.

25 In my opinion, the language of paragraph 27(1)(e) contemplates three instances in which an immigration officer would be required to forward a written report to the Deputy Minister concerning a permanent resident who has been granted landing. These are where a permanent resident has been granted landing: (i) by reason of possession of a false or improperly obtained passport, visa or other document pertaining to his admission; (ii) by reason of any fraudulent or improper means; or (iii) by reason of misrepresentation of a material fact, whether exercised or made by himself or any other person.

25 À mon avis, le libellé de l’alinéa 27(1)e vise trois cas dans lesquels un agent d’immigration serait tenu de transmettre au sous-ministre un rapport écrit concernant un résident permanent à qui le droit d’établissement a été accordé. Il s’agit des cas dans lesquels un résident permanent a obtenu le droit d’établissement par l’un ou l’autre des trois moyens suivants: (i) sur la foi d’un passeport, visa—ou autre document relatif à son admission—faux ou obtenu frauduleusement; (ii) par des moyens frauduleux ou irréguliers; (iii) par suite d’une fausse indication sur un fait important, même si ces moyens ou déclarations sont le fait d’un tiers.

26 While I believe that the phrase “whether exercised or made by himself or any other person” clearly refers to both “means” (in the case of “exercise”) and “misrepresentation” (in the case of “made”), I am not persuaded that “fraudulent and improper” should be read so as to modify both “means” and “misrepresentation”. In my view, such an interpretation is simply not supported by the language of paragraph 27(1)(e) as a whole.

26 Bien que je croie que le passage «même si ces moyens ou déclarations sont le fait d’un tiers» s’applique de toute évidence à la fois aux moyens et aux déclarations, je ne suis pas persuadé que les adjectifs «*frauduleux et irréguliers*» devraient être interprétés comme s’appliquant à la fois aux «moyens» et aux «fausses indications». À mon avis, le libellé de l’alinéa 27(1)e dans son ensemble ne justifie tout simplement pas une telle interprétation.

27 First, the addition of the word “improper” to “misrepresentation”, if not in fact redundant, adds little meaning to the word “misrepresentation”. More significantly, however, to add “fraudulent and improper”, and thereby, as contemplated by counsel for the applicant, import the requirement of subjec-

27 Tout d’abord, l’ajout du qualificatif «*irrégulière*» à l’expression «fausse indication» n’ajoute rien au sens de l’expression «fausse indication», s’il n’est pas en fait superflu. Mais ce qui est encore plus important, c’est qu’en accolant les qualificatifs «*frauduleux et irréguliers*», incorporant ainsi, comme le souligne

tive knowledge of the misrepresentation, would render meaningless the final component of paragraph 27(1)(e) which provides "whether exercised or made by himself or any other person." To interpret "misrepresentation" in paragraph 27(1)(e) as being restricted to wilful or intentional misrepresentation, of which the applicant must be subjectively aware, would limit the final phrase of the provision so that a misrepresentation committed by a person other than the applicant of which the applicant was unaware would not be held to constitute a misrepresentation under paragraph 27(1)(e) of the Act.

28 In my opinion, the interpretation advanced by counsel for the applicant renders paragraph 27(1)(e) not only inconsistent, but reads into it a requirement of *mens rea* or wrongful intent which is simply not supported by the plain language of the provision. Nor, in my view, is such an interpretation supported by the jurisprudence of this Court, exemplified by *D'Souza v. Minister of Employment and Immigration*.¹

29 In that case a mother and son applied for admission as permanent residents to Canada. The son, as his mother's dependant, made his own application, in which there were no errors. His mother's application, however, contained misrepresentation of a material fact about him, of which he was not aware. The principal argument on behalf of the applicant was that because he did not make, and was unaware that his mother had made, a misrepresentation, paragraph 27(1)(e) of the Act [S.C. 1976-77, c. 52] did not apply to him. Indeed, it was urged that given the severe consequences of deportation resulting from finding him to be a person under paragraph 27(1)(e), the provision should be read as inapplicable where, at the time of being granted entry, the applicant was subjectively unaware a misrepresentation had been made. This argument was dismissed by the Federal Court of Appeal, which held that although the evidence may suggest the applicant was truly unaware of the misrepresentation, the interpretation of paragraph 27(1)(e) as requiring an element of subjective

l'avocat du requérant, une obligation d'une connaissance subjective de la fausse indication, on dépouillerait de son sens le dernier membre de phrase de l'alinéa 27(1)e), qui dispose: «même si ces moyens ou déclarations sont le fait d'un tiers». En interprétant l'expression «fausse indication» contenue à l'alinéa 27(1)e) de manière à ne retenir que les fausses indications volontaires ou intentionnelles dont le requérant doit être subjectivement conscient, on restreindrait le dernier membre de phrase de telle sorte que la fausse indication donnée par une autre personne que le requérant et dont ce dernier ne serait pas au courant ne serait pas considérée comme une fausse indication au sens de l'alinéa 27(1)e) de la Loi.

À mon avis, l'interprétation avancée par l'avocat du requérant rend l'alinéa 27(1)e) non seulement contradictoire, mais y incorpore une obligation de *mens rea* ou d'intention illicite que le libellé non ambigu de la disposition ne justifie tout simplement pas. La jurisprudence de notre Cour ne justifie pas non plus une pareille interprétation, comme l'illustre bien l'arrêt *D'Souza c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*.¹

Dans cette affaire, la mère et le fils avaient présenté une demande de résidence permanente au Canada. Le fils, en tant que personne à la charge de sa mère, avait présenté sa propre demande, qui ne comportait aucune erreur. Toutefois, la demande de sa mère contenait une fausse indication sur un fait important concernant le fils, qui n'était pas au courant de cette fausse indication. Le requérant a fait valoir l'argument de principe que, comme il n'avait pas donné de fausse indication et qu'il n'était pas au courant de celle que sa mère avait faite, l'alinéa 27(1)e) de la Loi [S.C. 1976-77, ch. 52] ne s'appliquait pas à lui. De fait, il faisait valoir que, compte tenu des conséquences graves que représentait l'expulsion dont il ferait l'objet si l'on concluait qu'il tombait sous le coup de l'alinéa 27(1)e), la disposition devait être interprétée comme étant inapplicable lorsque, au moment où il avait obtenu le droit d'entrer au Canada, il n'était subjectivement pas au courant qu'une fausse indication avait été donnée. La Cour d'appel fédérale a rejeté cet argument et a

knowledge was simply not supported by the language of the provision. On this point, Thurlow C.J., writing for the Court stated as follows:

But be that as it may, to adopt the proposed construction of the statute would, in my opinion, require the addition of words limiting its application to situations where the person concerned had knowledge of the making of the statement. I do not think the Court can supply or insert such wording. If the statute is to be so limited it is, in my opinion a matter for Parliament. The submission therefore fails.²

30 I also reject the related argument put forth by counsel for the applicant that in order for there to be “misrepresentation”, there must be active concealment. In my view, this is an interpretation of the word that is too narrow. This argument I reject based on the following three grounds.

31 First, this definition, in my opinion, draws a false distinction in the sense that silence itself may also be an act of conscious concealment. One can misrepresent as easily and effectively by silence as one can by actively stating a mistruth. Were the definition advanced by counsel for the applicant to be adopted, in no case where an individual chose to keep quiet rather than put forward accurate and relevant information could that person ever be found to have misrepresented a material fact. Similarly, no person who refused to answer a question and instead allowed outdated or false information to be represented as accurate could ever be found to have misrepresented a “material fact” pursuant to paragraph 27(1)(e).

32 Second, in my opinion, such an interpretation is simply not supported by paragraph 27(1)(e) which, by its language, encompasses any misrepresentation “made by himself or by any other person”. Given

jugé que, même si la preuve pouvait permettre de penser que le requérant n’était véritablement pas au courant de la fausse indication, le texte de l’alinéa 27(1)e n’appuyait tout simplement pas l’interprétation suivant laquelle la disposition en question exigeait un élément de connaissance subjective. Sur cette question, la Cour a déclaré, sous la plume du juge en chef Thurlow:

Quoi qu’il en soit, pour adopter l’interprétation de la loi que propose l’appelant, il faudrait, à mon avis, trouver dans la loi d’autres termes qui restreignent son application aux situations où la personne concernée savait que la déclaration a été faite. Je ne crois pas que la Cour puisse ajouter ou insérer ces termes. À mon avis, s’il y a lieu de limiter l’application de la loi, c’est au Parlement qu’il appartient de le faire. Par conséquent, cet argument échoue².

Je rejette également l’argument connexe avancé par l’avocat du requérant, qui affirme que, pour qu’il y ait «fausse indication», il faut qu’il y ait une non-divulgaration active. À mon avis, cette interprétation de l’expression est trop étroite. Je rejette cet argument pour les trois motifs suivants.

31 En premier lieu, cette définition crée à mon avis une fausse distinction, en ce sens que le silence lui-même peut également constituer un acte conscient de non-divulgaration. On peut donner une fausse indication aussi facilement et efficacement en gardant le silence qu’en disant activement un mensonge. Si la définition proposée par l’avocat du requérant devait être retenue, jamais la personne qui a choisi de garder le silence plutôt que de déclarer un renseignement exact et pertinent ne pourrait être considérée comme ayant donné une fausse indication sur un fait important. De même, la personne qui refuse de répondre à une question et qui permet à la place qu’un renseignement qui n’est plus à jour ou qui est faux soit présenté comme étant exact ne pourrait jamais être considérée comme ayant donné une fausse indication sur un «fait important» au sens de l’alinéa 27(1)e.

32 J’estime en deuxième lieu qu’une telle interprétation n’est tout simplement pas appuyée par l’alinéa 27(1)e, qui, de par son libellé, englobe toute fausse indication, «même si [elle est] le fait d’un tiers».

that a misrepresentation under this provision could be made by “another person”, as in *D’Souza*, I fail to see how the provision could be read so as to be limited in its application to only apply to active concealment on the part of the applicant.

33 Third, the interpretation advanced by counsel for the applicant, that a misrepresentation must be made “knowingly” or “wilfully” by the applicant requires reading into the statute words not expressed by Parliament. In my opinion, the absence of such language gives rise to the implication that such a requirement was deliberately excluded by Parliament. Had Parliament intended to inject a *mens rea* or subjective element of intent into paragraph 27(1)(e), presumably it would have done so. In this manner, paragraph 27(1)(e) may be usefully contrasted with other provisions of the Act, such as those found in section 94 which identifies specific offences under the Act, which explicitly contain *mens rea* or subjective knowledge as a required element of the provision.³ Indeed, even within section 27 itself, paragraph 27(1)(f) states that an immigration officer shall issue a written report to the Deputy Minister regarding a permanent resident who:

27. (1) . . .

(f) wilfully fails to support himself or any dependent member of his family in Canada,

34 As support for the argument that paragraph 27(1)(e) requires *mens rea* or subjective intent in order for there to be “misrepresentation” of a “material fact”, counsel for the applicant relies on the case of *Medel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.⁴ According to counsel for the applicant, the *Medel* case stands for the proposition that in order for there to be “misrepresentation” pursuant to paragraph 27(1)(e), the misrepresentation must be made “knowingly”. In my opinion, *Medel* may be distinguished from the case at bar.

35 In *Medel*, the appellant, a resident of Honduras, applied to come to Canada under the sponsorship of

Compte tenu du fait que la fausse indication visée par cet alinéa pourrait être donnée par «un tiers», comme dans l’affaire *D’Souza*, je ne vois pas comment on pourrait interpréter cette disposition de manière à en restreindre l’application aux seuls cas de non-divulgence active de la part du requérant.

Troisièmement, l’interprétation soutenue par l’avocat du requérant, qui affirme que la fausse indication doit être donnée «sciemment» ou «délibérément» par le requérant, exige que l’on interpole dans la Loi des mots que le législateur n’a pas exprimés. À mon avis, l’absence de tels mots permet d’inférer que le législateur a délibérément exclu une telle condition. Si le législateur avait voulu incorporer une *mens rea* ou un élément d’intention subjective à l’alinéa 27(1)(e), il l’aurait vraisemblablement fait. De cette façon, on peut utilement mettre en contraste l’alinéa 27(1)(e) avec d’autres dispositions de la Loi, comme celles que l’on trouve à l’article 94, qui énumère certaines infractions précises à la Loi, et qui prévoit explicitement la *mens rea* ou une connaissance subjective, à titre d’élément requis de la disposition³. D’ailleurs, même à l’article 27 lui-même, l’alinéa 27(1)(f) déclare que l’agent d’immigration remet au sous-ministre un rapport écrit concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci:

27. (1) . . .

f) manque délibérément à son obligation de subvenir à ses besoins ou à ceux d’une personne à charge—membre de sa famille—au Canada,

À l’appui de l’argument que l’alinéa 27(1)(e) exige la *mens rea* ou une intention subjective pour qu’il y ait «fausse indication sur un fait important», l’avocat du requérant cite l’arrêt *Medel c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*.⁴ Selon l’avocat du requérant, l’arrêt *Medel* appuie la proposition que, pour qu’il y ait «fausse indication» au sens de l’alinéa 27(1)(e), la fausse indication doit être donnée «sciemment». À mon avis, on peut établir une distinction entre l’affaire *Medel* et l’espèce.

Dans l’affaire *Medel*, l’appelante, une résidente du Honduras, avait demandé de venir au Canada grâce

33

34

35

her husband, a Canadian citizen. She received a visa, however, prior to her departure, her husband withdrew his sponsorship without telling her. The Canadian Embassy in Guatemala City, was aware the sponsorship had been withdrawn; however, it did not disclose this to her, but instead requested that she return her visa to correct an “error”. The appellant, believing that her visa in fact contained no error, did not return it, and instead used it to enter Canada. Upon landing in Canada, the appellant, speaking only Spanish, and without the aid of an interpreter, did not disclose to the immigration officer that the Embassy had requested she return her visa. An inquiry was subsequently held following which the appellant was found by an adjudicator not to be a person described in paragraph 27(1)(e). This finding, however, was reversed by the Immigration Appeal Board and a suspended deportation order issued. The appellant appealed to the Federal Court of Appeal, which set aside the decision of the Board on the basis that the appellant was not granted landing by any “fraudulent or improper means” in that she “reasonably believed” she was not withholding information relevant to her admission.

au parrainage de son mari, qui était citoyen canadien. Elle a obtenu un visa, mais avant son départ, son mari a retiré son parrainage sans l’en informer. L’ambassade canadienne à Guatemala savait que le parrainage avait été retiré, mais elle n’en a pas informé l’appelante. Elle lui a plutôt demandé de lui rendre son visa pour corriger une «erreur». Estimant que son visa ne contenait en fait pas d’erreur, l’appelante n’a pas rendu son visa et s’en est plutôt servi pour entrer au Canada. À son arrivée au Canada, comme elle ne parlait qu’espagnol et qu’il n’y avait pas d’interprète, l’appelante n’a pas révélé à l’agent d’immigration que l’ambassade lui avait demandé de lui rendre son visa. Une enquête a par la suite été ouverte. Au terme de cette enquête, un arbitre a conclu que l’appelante ne relevait pas du cas visé à l’alinéa 27(1)e). Cette conclusion a toutefois été infirmée par la Commission d’appel de l’immigration et une mesure d’expulsion avec sursis a été prise. L’appelante a interjeté appel devant la Cour d’appel fédérale, qui a annulé la décision de la Commission au motif que l’appelante n’avait pas obtenu le droit d’établissement par des «moyens frauduleux ou irréguliers», étant donné qu’elle «croyait raisonnablement» qu’elle ne cachait pas de renseignements pertinents à son admission.

36 In my opinion, in *Medel* the decision that the appellant was not granted landing by reason of any fraudulent or improper means appears to have been based on two grounds: (1) that the information which the appellant failed to disclose was not “material” in the sense that it was not “by reason of” the information being withheld that the appellant was granted landing; and (2) the material information, that her husband had withdrawn his sponsorship, was not only information of which the appellant was subjectively unaware, it was also information regarding which she had been misled or at least had not been informed by the Canadian Embassy. Based on these circumstances, the Court concluded, the appellant was “[c]learly . . . subjectively unaware . . . she was holding anything back”, and it was therefore objectively reasonable that the appellant “reasonably believed that at the border she was withholding nothing relevant to her admission”.⁵

36 À mon avis, il semble que, dans l’arrêt *Medel*, la conclusion suivant laquelle l’appelante n’avait pas obtenu le droit d’établissement par des moyens frauduleux ou irréguliers reposait sur deux motifs: (1) les renseignements que l’appelante n’avait pas divulgués n’étaient pas «importants», en ce sens que ce n’était pas «par suite» des renseignements qu’elle n’avait pas communiqués que l’appelante avait obtenu le droit d’établissement; (2) le renseignement important, à savoir que son mari avait retiré son parrainage, était non seulement un renseignement dont l’appelante n’était subjectivement pas au courant, mais également un renseignement au sujet duquel elle avait été induite en erreur ou du moins n’avait pas été mise au courant par l’ambassade du Canada. Compte tenu de ces faits, la Cour a conclu que l’appelante «était subjectivement inconsciente de cacher quelque chose» et qu’il était en conséquence objectivement raisonnable pour la requérante de croire «qu’à la frontière elle ne cachait rien d’important pour son admission»⁵.

37 The present circumstances may be distinguished from *Medel* on these two grounds. In *Medel*, the misrepresentation or non-disclosure in question was that the appellant did not volunteer to the immigration officer that the Embassy in Guatemala had requested the return of her visa because of an “error”. This information, MacGuigan J.A. suggested, was not “material” in the sense that it was not information which, as stated in *Minister of Manpower and Immigration v. Brooks*,⁶ had “an inducing influence” on whether or not the appellant was granted landing. Focussing on this issue of “materiality” or the relevance of the “improper or fraudulent means” by which an applicant is granted landing, MacGuigan J.A. stated as follows:

It is common ground that immigration claimants owe the “positive duty of candour” on all material facts which denote a change in circumstances since the issuance of the visa that was recognized in this Court in *Minister of Employment and Immigration v. Gudino*, [1982] 2 F.C. 40 (*per* Heald J.). The issue is as to what that duty of candour requires in the circumstances such as those at bar.

... in my view the real issue in the case at bar is rather as to the relevance of the means, as reasonably and objectively measured. The Court in *Brooks* gave no final answer on this question of materiality, but it was very much within its contemplation, particularly in relation to the very words under consideration in the case at bar [i.e. “fraudulent or improper means or misrepresentation” in s. 27(1)(e)] (*per* Laskin J. at pages 870-871):

In my opinion, if the materiality of matters on which no questions are asked is cognizable under s. 19(1)(e)(viii), it would be under the words “other fraudulent or improper means”. They are broad enough to embrace non-disclosure of facts which would be material to admission or non-admission if known.

...

Section 19(1)(e)(viii) ... does, however, stipulate that where false or misleading information is the basis of deportation proceedings against a previously landed immigrant, it be shown that it was *by reason of* any

37 On peut établir une distinction entre la présente situation et l'affaire *Medel* pour les deux motifs suivants. Dans l'affaire *Medel*, la fausse indication ou la non-divulgaration en question portait sur le fait que l'appelante n'avait pas déclaré de son plein gré à l'agent d'immigration que l'ambassade de Guatemala lui avait demandé de lui rendre son visa à cause d'une «erreur». Le juge MacGuigan, J.C.A., a déclaré que ce renseignement n'était pas «important» en ce sens que ce n'était pas un renseignement qui, comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Brooks*⁶ avait eu une «influence puissante» sur la question de savoir si l'appelante avait obtenu ou non le droit d'établissement. Se concentrant sur la question de l'«importance» ou de la pertinence des «moyens frauduleux ou irréguliers» par lesquels un requérant obtient le droit d'établissement, le juge MacGuigan a déclaré ce qui suit:

Il est constant que ceux qui cherchent à immigrer ont «l'obligation absolue d'être sincères» à l'égard de tous les faits importants dénotant une nouvelle situation depuis la délivrance du visa d'entrée, obligation reconnue par cette Cour dans l'arrêt *Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Gudino*, [1982] 2 C.F. 40 (motifs du juge Heald). La question consiste à savoir ce que requiert l'obligation d'être sincère dans des circonstances comme celles de l'espèce.

... à mon sens la véritable question en l'espèce porte plutôt sur la pertinence des moyens, appréciés de façon raisonnable et objective. La Cour dans l'arrêt *Brooks* n'a donné aucune réponse définitive à la question de l'importance des faits, mais celle-ci faisait parfaitement l'objet de son examen, particulièrement en ce qui concerne les mots précisément à l'étude en l'espèce (motifs du juge Laskin, aux pages 870 et 871).

À mon avis, si l'importance de faits à l'égard desquels aucune question n'est posée est pertinente en ce qui concerne le sous-al. (viii) de l'al. e) du par. (1) de l'art. 19, ce serait en vertu des mots «des moyens frauduleux ou irréguliers». Le sens de cette expression est assez large pour comprendre l'omission de révéler des faits qui seraient importants quant à l'admission ou à la non-admission s'ils étaient connus.

...

... le sous-al. (viii) de l'al. e) du par. (1) de l'art. 19 ... prescrit toutefois que, quand les procédures d'expulsion prises contre un immigrant reçu antérieurement sont fondées sur un renseignement faux ou trompeur, il faut

such information that he came into or remained in Canada. The phrase “by reason of” imports something beyond the mere giving of false or misleading information; it connotes an inducing influence of the information, and hence I agree with the Immigration Appeal Board that it brings in materiality. It is on this basis that, in my opinion, the inadvertence or carelessness of an answer must be weighed as to its consequences; and it is in this connection, and not as importing any element of *mens rea* (as the Board stated) that the certification statement in the admission documents herein, namely, “my answers . . . are true . . . to the best of my knowledge” has significance for the purposes of s. 19(1)(e)(viii).⁷ [Underlining added.]

38 On the basis of this interpretation of the significance of the “materiality” of the information withheld, MacGuigan J.A. concluded that given the information withheld—that the Embassy in Guatemala had requested the return of her visa, and that she did not produce for scrutiny the Embassy’s telegram to her—was not “material” in that “it might not have triggered any further inquiry at that time.”⁸

39 Further, MacGuigan J.A. concluded, the appellant was clearly “subjectively unaware that she was holding anything back”. She was not informed that her sponsorship was withdrawn, but instead was led to believe by the Embassy that a correction was necessary to enable her to use her visa, for which the Court notes the appellant had “reasonably deduced that there continued to be no problem respecting her admission.”⁹

40 In my opinion, the principle which arises from the above comments of MacGuigan J.A. in *Medel* is that the duty of candour owed by the applicant depends on the materiality of the information withheld. A change in marital status has repeatedly been held to constitute a “material fact” for the purposes of paragraph 27(1)(e) of the Act, in so far as the failure to disclose it, as stated in *Brooks, supra*, [at page 873] may reasonably have “the effect of foreclosing or averting further inquiries”.¹⁰ In the present case, the information failed to be disclosed by the applicant,

démontrer que c’est *par suite* d’un renseignement de cette nature qu’il est entré au Canada ou qu’il y est demeuré. L’expression «par suite de» implique plus que le simple fait de donner un renseignement faux ou trompeur; elle connote la puissance d’incitation du renseignement; c’est pourquoi je suis d’accord avec la Commission d’appel de l’immigration qu’elle introduit l’élément de caractère important. À mon avis, c’est sur cette base qu’une réponse non réfléchie ou donnée par inadvertance doit être considérée quant à ses conséquences; et c’est à ce point de vue et non comme comportant un élément de *mens rea* (comme l’a déclaré la Commission) que l’attestation contenue dans les documents d’admission en question, à savoir, «les réponses . . . sont vraies . . . au mieux de ma connaissance» a de l’importance aux fins du sous-al. (viii) de l’al. e) du par. (1) de l’art. 19⁷. [Non souligné dans l’original.]

38 Sur le fondement de cette interprétation de l’«importance» des renseignements non divulgués, le juge d’appel MacGuigan a conclu que le renseignement qui n’avait pas été communiqué—à savoir que l’ambassade de Guatemala lui avait demandé de rendre son visa et qu’elle n’avait pas fait voir le télégramme que l’ambassade lui avait adressé—n’était pas «important», en ce sens qu’«il aurait pu ne susciter alors aucun examen plus poussé»⁸.

39 En outre, le juge MacGuigan a conclu que, de toute évidence, l’appelante «était subjectivement inconsciente de cacher quelque chose». Elle ignorait que son mari avait retiré son parrainage, mais a plutôt été amenée à croire par l’ambassade qu’il était nécessaire de faire une correction pour lui permettre d’utiliser son visa. La Cour a fait remarquer à cet égard que l’appelante en avait été «raisonnablement incitée à déduire que son admission ne posait toujours aucun problème»⁹.

40 À mon avis, le principe qui se dégage des propos précités formulés par le juge MacGuigan dans l’arrêt *Medel* est que l’obligation de franchise qui est imposée au requérant dépend de l’importance des renseignements non divulgués. Il est de jurisprudence constante qu’un changement d’état matrimonial constitue un «fait important» au sens de l’alinéa 27(1)e) de la Loi, dans la mesure où, ainsi qu’il a été déclaré dans l’arrêt *Brooks* [à la page 873], la non-divulgation de ce fait peut raisonnablement avoir «pour effet d’exclure ou d’écarter d’autres

his change in marital status, was clearly “material” information in that it potentially would have had a direct or inducing influence on whether or not he was granted landing in Canada.

41 The present circumstances may also be distinguished from those in *Medel* on the basis that the information which the applicant failed to disclose was not information regarding which he was truly subjectively unaware. The applicant in the present case was not unaware that he was married. Nor was it information, as in *Medel*, the knowledge of which was beyond his control. This was not information which had been concealed from him or about which he had been misled by Embassy officials. The applicant’s alleged ignorance regarding the requirement to report such a material change in his marital status and his inability to communicate this information to an immigration officer upon arrival does not, in my opinion, constitute “subjective unawareness” of the material information as contemplated in *Medel*.

42 For these reasons, I reject the statutory interpretation arguments put forth by the applicant. As earlier noted, I reject these arguments, not only on the basis of the language of the provision, discussed above, but also on the basis that the applicant’s interpretation is not consistent with the scheme of the Act as it pertains to visas and to landing. I next turn to consideration of that scheme.

(b) The Scheme under the Act Regarding Visas and Landing

43 Under the Act, the procedure to gain entry to this country is a two-stage approval process which involves (1) an initial assessment by a visa officer abroad who determines whether a visa should be issued to the applicant; and once the visa is issued,

enquêtes»¹⁰. Dans le cas qui nous occupe, le renseignement que le requérant n’a pas divulgué, son changement d’état matrimonial, constituait de toute évidence un renseignement «important», étant donné que ce fait aurait potentiellement une influence directe ou puissante sur la question de savoir s’il obtiendrait le droit d’établissement au Canada.

On peut également établir une distinction entre les faits de la présente espèce et ceux de l’affaire *Medel*, au motif que le renseignement que le requérant n’a pas communiqué n’était pas un renseignement dont il n’était véritablement et subjectivement pas au courant. En l’espèce, le requérant savait bien qu’il était marié. Et il ne s’agissait pas, comme dans l’affaire *Medel*, d’un renseignement dont la connaissance échappait à sa volonté. Il ne s’agissait pas d’un renseignement qu’on lui avait dissimulé ou au sujet duquel il avait été induit en erreur par les fonctionnaires de l’ambassade. La présumée ignorance du requérant en ce qui concerne l’obligation de signaler un tel changement important survenu dans son état matrimonial et son incapacité de communiquer ce renseignement à son arrivée à un agent d’immigration ne constituent pas, selon moi, une «ignorance subjective» de renseignements importants au sens de l’arrêt *Medel*.

Pour ces motifs, je rejette les arguments tirés de l’interprétation législative qu’a fait valoir le requérant. Ainsi que je l’ai déjà fait remarquer, je rejette ces arguments, non seulement en raison du libellé de la disposition dont j’ai déjà parlé, mais aussi en raison du fait que l’interprétation du requérant n’est pas compatible avec l’économie des dispositions de la Loi qui concernent les visas et le droit d’établissement. Je passe maintenant à l’examen de l’économie de la Loi.

(b) L’économie des dispositions de la Loi qui concernent les visas et le droit d’établissement

La procédure prévue par la Loi pour obtenir l’entrée au Canada est une procédure d’approbation à deux étapes qui suppose: (1) une évaluation initiale à l’étranger par un agent des visas qui détermine s’il y a lieu de délivrer un visa au requérant; (2) une fois

(2) an examination by an immigration officer at the port of entry and a determination by that officer whether the applicant should be granted landing.¹¹ In the Act, the responsibility of satisfying the visa officer and subsequently the immigration officer that the requirements of the Act and the regulations are met is clearly that of the applicant.

44 Section 9 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4] of the Act deals with requirements for applications for visas. Subsection 9(1) provides that every immigrant is required to apply for a visa prior to arriving at a port of entry. Subsection 9(2) provides that before a visa is granted, the applicant is assessed by a visa officer to determine whether the applicant should be granted landing. Subsection 9(3), which imposes upon an applicant for a visa an obligation to answer truthfully all questions that are put to him or her before the issuance of a visa, provides as follows:

9. . . .

(3) Every person shall answer truthfully all questions put to that person by a visa officer and shall produce such documentation as may be required by the visa officer for the purpose of establishing that his admission would not be contrary to this Act or the regulations.

45 Only when a visa officer is satisfied that it would not be contrary to the Act or regulations to grant landing to the applicant does subsection 9(4) provide for a visa to be issued to the applicant, to identify him or her as a person who meets the requirements for admission to Canada.

46 In the present case, upon applying for permanent residence, the applicant was placed under a positive obligation to inform Canadian Embassy officials of any change in circumstances relevant to the issuance of his visa. As earlier noted, this obligation was clearly indicated on paragraph four of the first page of applicant's application for permanent residence, as follows:

4. Should the answers to items 9 [marital status], 27 or 31 change at any time prior to departure for Canada, you are required to report such change and delay your departure until informed by the Canadian office

que le visa est délivré, un interrogatoire par un agent d'immigration au point d'entrée et la décision de cet agent sur la question de savoir s'il y a lieu d'accorder le droit d'établissement au requérant¹¹. Dans la Loi, la charge de convaincre l'agent des visas et, par la suite, l'agent d'immigration, que les conditions de la Loi et des règlements sont respectées repose de toute évidence sur le requérant.

L'article 9 [mod. par L.C. 1992, ch 49, art. 4] de la Loi porte sur les conditions qui régissent les demandes de visa. Le paragraphe 9(1) oblige tout immigrant à demander un visa avant de se présenter à un point d'entrée. Le paragraphe 9(2) prévoit qu'avant qu'un visa puisse être délivré, le cas du requérant est apprécié par un agent des visas qui détermine s'il convient d'accorder le droit d'établissement au requérant. Le paragraphe 9(3), qui oblige la personne qui demande un visa à répondre franchement à toutes les questions qui lui sont posées avant que le visa puisse lui être délivré, est ainsi libellé:

9. . . .

(3) Toute personne doit répondre franchement aux questions de l'agent des visas et produire toutes les pièces qu'exige celui-ci pour établir que son admission ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements.

Ce n'est que lorsque l'agent des visas est convaincu que l'admission du requérant ne contreviendrait pas à la Loi ni à ses règlements que le paragraphe 9(4) prévoit que peut être délivré au requérant un visa attestant qu'il satisfait aux exigences de l'admission au Canada.

46 En l'espèce, en demandant la résidence permanente, le requérant était assujéti à l'obligation positive d'informer les fonctionnaires de l'ambassade canadienne de tout changement de situation pertinent à la délivrance de son visa. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, cette obligation était clairement indiquée au quatrième paragraphe de la première page de la demande de résidence permanente du requérant:

4. Si des renseignements que vous avez fournis en réponse aux questions 9 [état matrimonial], 27 ou 31 doivent être modifiés avant votre départ pour le Canada, vous devez en informer le bureau canadien

dealing with your application that you may still proceed to Canada.

des visas chargé de votre demande et retarder votre départ tant que ce bureau ne vous a pas informé que vous pouvez toujours partir pour le Canada.

47 Once a visa has been issued, the immigrant is then able to present him or herself to an immigration officer at a port of entry. It is at this stage that a second examination is conducted, this time by an immigration officer, to determine once again if the person still meets the requirements of the Act and the regulations at the time they seek to enter Canada. Subsection 12(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 7] of the Act provides:

Une fois qu'un visa a été délivré, l'immigrant est alors en mesure de se présenter devant un agent d'immigration à un point d'entrée. C'est à ce moment-là qu'un second interrogatoire a lieu, cette fois-ci par un agent d'immigration, qui est chargé encore une fois de déterminer si l'intéressé satisfait toujours aux exigences de la Loi et de ses règlements au moment où il cherche à entrer au Canada. Le paragraphe 12(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 7] de la Loi dispose:

12. (1) Subject to the regulations, every person seeking to come into Canada shall appear before an immigration officer at a port of entry, or at such other place as may be designated by a senior immigration officer, for examination to determine whether that person is a person who shall be allowed to come into Canada or may be granted admission.

12. (1) Sous réserve des règlements, quiconque cherche à entrer au Canada est tenu de se présenter devant un agent d'immigration à un point d'entrée ou à tout autre lieu désigné par l'agent principal en vue de l'interrogatoire visant à déterminer s'il est autorisé à entrer au Canada ou s'il peut y être admis.

48 Section 12 of the Regulations [*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 (as am. by SOR/83-540, s. 2)] imposes upon the holder of a visa the obligation of disclosing to an immigration officer, at a port of entry, all facts relevant to the issuance of his or her visa which have changed since the visa was issued or which were not disclosed at the time the visa was issued. Section 12 of the Regulations reads as follows:

L'article 12 du Règlement [*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172 (mod. par DORS/83-540, art. 2; 93-412, art. 8)] impose au titulaire d'un visa l'obligation de divulguer à l'agent d'immigration, au point d'entrée, tous les faits influant sur la délivrance de son visa qui ont changé depuis que le visa a été délivré ou qui n'ont pas été révélés au moment où le visa a été délivré. L'article 12 porte:

12. An immigrant who has been issued a visa and who appears before an immigration officer at a port of entry for examination pursuant to subsection 12(1) of the Act is required

12. Un immigrant à qui un visa a été délivré et qui se présente pour examen devant un agent d'immigration à un point d'entrée, conformément au paragraphe 12(1) de la Loi, doit

(a) if his marital status has changed since the visa was issued to him, or

a) si son état matrimonial a changé depuis la délivrance du visa, ou

(b) if any other facts relevant to the issuance of the visa have changed since the visa was issued to him or were not disclosed at the time of the issuance thereof,

b) si des faits influant sur la délivrance du visa ont changé depuis que le visa a été délivré ou n'ont pas été révélés au moment où le visa a été délivré,

to establish that at the time of the examination

établir

(c) he and his dependants, . . .

c) que lui-même et les personnes à sa charge . . .

meet the requirements of the Act, these Regulations, [and others], including the requirements for the issuance of a visa.

satisfont, au moment de l'examen, aux exigences de la Loi, du présent règlement [et d'autres règlements], y compris les exigences relatives à la délivrance du visa.

49 In this case, the applicant was clearly under an obligation, pursuant to paragraph 12(a) of the Regulations, to disclose to the immigration officer upon his arrival in Canada that his marital status had changed since the time his visa was issued in Bangladesh. As noted by MacGuigan J.A. in *Medel*, an applicant in such circumstances, owes a “positive duty of candour” to disclose to immigration officials all material facts denoting a change in circumstances since the issuance of his or her visa.

50 In my opinion, the argument of the applicant would shift the onus of disclosure, and responsibility for meeting the statutory requirements to obtain landing, from the applicant to immigration officials. The Act and the Regulations, in my view, are clear. A person is not entitled to entry simply by virtue of the fact that they possess an immigration visa. A person may only gain admission to this country, if, at the time of entry, he or she fulfils the conditions and requirements of the Act and the regulations, and the onus of establishing that rests on the applicant. Paragraph 19(2)(d) of the Act provides:

19. . . .

(2) No immigrant and, except as provided in subsection (3), no visitor shall be granted admission if the immigrant or visitor is a member of any of the following classes:

. . .

(d) persons who cannot and do not fulfil or comply with any of the conditions or requirements of this Act or the regulations or any orders or directions lawfully made or given under this Act or the regulations.

51 In the present case, the applicant had a duty to inform immigration officials of any change in circumstances relevant to the issuance of his visa. This duty was his at both stages of the process for gaining admission to Canada, to inform visa officials prior to leaving Bangladesh, as well as the immigration officer upon entering Canada, of any material change in circumstances since the issuance of his visa, particularly in regard to his marital status. As an applicant, it was his responsibility to meet the requirements of the procedure of which he sought to

49 En l’espèce, le requérant était de toute évidence tenu, aux termes de l’alinéa 12a) du Règlement, de divulguer à l’agent d’immigration, à son arrivée au Canada, que son état matrimonial avait changé depuis la date de la délivrance de son visa au Bangladesh. Ainsi que le juge MacGuigan l’a fait remarquer dans l’arrêt *Medel*, en pareil cas, le requérant a une «obligation absolue d’être sincère» qui l’oblige à divulguer aux fonctionnaires de l’immigration tous les faits importants dénotant une nouvelle situation depuis la délivrance de son visa.

50 À mon avis, l’argument du requérant aurait pour effet de déplacer du requérant aux fonctionnaires de l’immigration le fardeau de la divulgation et de l’obligation de satisfaire aux exigences prescrites par la loi pour obtenir le droit d’établissement. La Loi et ses règlements sont, à mon avis, clairs. Une personne n’a pas le droit d’entrer au Canada du simple fait qu’elle possède un visa d’immigrant. Elle ne peut être admise au Canada que si, au moment de son entrée, elle satisfait aux conditions et aux exigences de la Loi et de ses règlements, et la charge de cette preuve lui incombe. L’alinéa 19(2)d) de la Loi dispose:

19. . . .

(2) Appartiennent à une catégorie non admissible les immigrants et, sous réserve du paragraphe (3), les visiteurs qui:

. . .

d) soit ne se conforment pas aux conditions prévues à la présente loi et à ses règlements ou aux mesures ou instructions qui en procèdent, soit ne peuvent le faire.

51 En l’espèce, le requérant était tenu d’informer les fonctionnaires de l’immigration de toute nouvelle situation qui était pertinente à la délivrance de son visa. Il était assujéti à cette obligation aux deux étapes de la procédure d’obtention de l’admission au Canada. Il devait informer les agents des visas avant de quitter le Bangladesh, de même que le fonctionnaire de l’immigration, à son arrivée au Canada, de tout changement important survenu dans sa situation depuis la délivrance de son visa, particulièrement en ce qui concerne son état matrimonial. En tant que

avail himself.

requérant, il était tenu de satisfaire aux exigences de la procédure dont il cherchait à se prévaloir.

52 In my view, the fact that the applicant was unable to understand or communicate in English or French, while regrettable, does not absolve him of what is, at the end of the day, his own failure to meet the obligation imposed upon him by the *Immigration Act*. The applicant failed to meet his obligation to notify officials of the change in his marital status prior to leaving Bangladesh and upon entering Canada.

52 À mon avis, le fait que le requérant n'était pas capable de comprendre le français ou l'anglais et qu'il ne pouvait communiquer dans l'une ou l'autre de ces langues, bien que regrettable, ne le relève pas de ce qui constitue, en fin de compte, son propre défaut de remplir l'obligation que la *Loi sur l'immigration* lui imposait. Le requérant n'a pas respecté l'obligation qui lui était faite d'aviser les fonctionnaires de son changement d'état matrimonial avant de quitter le Bangladesh et à son arrivée au Canada.

53 Prospective immigrants may arrive at a port of entry in this country with a visa in hand, and only their native language for communication, with little or no facility in Canada's official languages. In my view, to impose upon immigration officials the obligation of reviewing every aspect of material information from each and every applicant with interpreters as may be necessary would place an onerous burden upon the state, and would put immigration officials in the role of investigators.

53 Au Canada, les immigrants éventuels peuvent se présenter à un point d'entrée munis d'un visa sans pouvoir communiquer dans d'autres langues que leur langue maternelle et avec des connaissances limitées, voire inexistantes, des langues officielles du Canada. À mon avis, imposer aux fonctionnaires de l'immigration l'obligation de vérifier chaque élément d'information pertinent de chaque requérant en recourant au besoin aux services d'interprètes imposerait un fardeau trop lourd à l'État et ferait jouer aux fonctionnaires de l'immigration le rôle d'enquêteurs.

54 The responsibility of satisfying the requirements of the Act and the regulations to gain entry to Canada clearly falls upon the person seeking admission to this country. This obligation requires that an applicant disclose truthfully all material information, and any material change in that information, which is relevant to the issuance of a visa. This responsibility was placed on the applicant at the time of completing his application for permanent residence, and remained on the applicant at the time of his arrival in Canada.

54 L'obligation de satisfaire aux exigences prescrites par la Loi et ses règlements en ce qui concerne l'obtention de l'admission au Canada incombe de toute évidence à la personne qui cherche à être admise au Canada. Cette obligation oblige le requérant à divulguer avec franchise tous les renseignements pertinents qui sont pertinents à la délivrance de son visa, ainsi que tous les changements importants relatifs à ces renseignements. Le requérant était assujéti à cette obligation au moment où il a rempli sa demande de résidence permanente et y était toujours soumis au moment de son arrivée au Canada.

2. Charter Arguments

2. Moyens tirés de la Charte

55 The second ground upon which the applicant seeks judicial review is that the interpretation of paragraph 27(1)(e) by the Adjudicator, and supported by the Appeal Division, violates sections 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter). In particular, the applicant

55 Le deuxième moyen que le requérant invoque à l'appui de sa demande de contrôle judiciaire est que l'interprétation que l'arbitre a, avec l'appui de la section d'appel, donné de l'alinéa 27(1)e), viole les articles 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). En particulier, le requé-

alleges that the Adjudicator's interpretation, to include within paragraph 27(1)(e) "innocent and invincible error", renders the provision invalid as infringing sections 7, 12 and 15 of the Charter. In my opinion, counsel for the applicant has not established violations of sections 7, 12 and 15 of the Charter that would result in the circumstances of this case, for the reasons which follow.

(a) Section 7

56 The applicant submits that to interpret paragraph 27(1)(e) as an "absolute liability" offence violates section 7 of the Charter, and to remove the applicant from Canada on the ground of an "honest, invincible error" on his part, constitutes a deprivation of his liberty and security of person in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice. In particular, counsel for the applicant urges that by denying the applicant an opportunity to avoid the severe consequences of deportation, by demonstrating his efforts to comply with the law, and that the "misrepresentation" in question arose from honest ignorance, violates the principles of fundamental justice and section 7 of the Charter.

57 I reject the argument of counsel that the applicant's rights under section 7 of the Charter have been violated. In my view, section 7 is not here engaged, for there is no violation of the principles of fundamental justice in this case. Contrary to the suggestion implied by the argument of counsel, the applicant has not been charged with a penal or regulatory offence. There is, in my view, no "absolute liability" offence involved here. Nor, is a "due diligence" defence analysis appropriate, as the argument of the applicant would permit.

58 In my opinion, deportation in the context of paragraph 27(1)(e) of the Act contains none of the fea-

rant allègue que l'interprétation que l'arbitre a retenue en interpolant les mots «erreur irréprochable commise de bonne foi» à l'alinéa 27(1)e invalide la disposition parce qu'elle contrevient aux articles 7, 12 et 15 de la Charte. À mon avis, pour les motifs qui suivent, l'avocat du requérant n'a pas établi, eu égard aux circonstances de la présente affaire, qu'il en résulterait une violation des articles 7, 12 et 15 de la Charte.

a) L'article 7

Le requérant soutient qu'en interprétant l'alinéa 27(1)e comme une infraction de «responsabilité absolue», on viole l'article 7 de la Charte et qu'en le renvoyant du Canada en raison de son «erreur irréprochable commise de bonne foi», on porte atteinte à la liberté et à la sécurité de sa personne d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Plus particulièrement, l'avocat du requérant soutient qu'en refusant d'accorder au requérant la possibilité d'éviter les graves conséquences d'un renvoi, on porte atteinte aux principes de justice fondamentale et à l'article 7 de la Charte, compte tenu des efforts que le requérant a faits pour se conformer à la loi et eu égard au fait que la «fausse indication» en question découle d'une ignorance de bonne foi. 56

Je rejette l'argument de l'avocat du requérant selon lequel les droits que ce dernier tient de l'article 7 de la Charte ont été violés. À mon avis, l'article 7 n'est pas en cause en l'espèce, étant donné qu'il n'y a eu aucune violation des principes de justice fondamentale en l'espèce. Contrairement à ce que l'argument de l'avocat laisse entendre, le requérant n'a pas été accusé d'une infraction pénale ou d'un manquement aux lois ou aux règlements. Il n'y a, selon moi, aucune infraction «de responsabilité absolue» en cause en l'espèce. Il n'y a pas lieu non plus de procéder à une analyse fondée sur la «diligence raisonnable», comme l'argument de l'avocat permettrait de le faire. 57

À mon avis, dans le contexte de l'alinéa 27(1)e, l'expulsion ne comporte aucune des caractéristiques 58

tures generally associated with penal or regulatory offences. The provision deals with circumstances of misrepresentation of material facts by one entering Canada. It has no larger social purpose, no public redressing of a wrong done to society, to maintain public order and welfare within a public sphere of activity. Nor is there a public goal of deterrence at issue.¹² The applicant has simply been denied a benefit or status on the basis that it was improperly obtained in the first place. In this manner paragraph 27(1)(e) is a provision intended to regulate conduct within a limited sphere of activity in accordance with the policy of the Act.

59 The non-penal nature of deportation in these circumstances was considered by the Federal Court of Appeal in *Hurd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,¹³ where MacGuigan J.A., in discussing whether deportation under subsection 27(1) of the Act constitutes an "offence" for the purposes of section 11 of the Charter, stated as follows:

The implication of all this case law is that a deportation proceeding should not be considered to be [an offence] within paragraph 11(h) of the Charter. . . . The purpose of the deportation proceedings is not any larger-than-personal social purpose, but merely to remove from Canada an undesirable person. It is individual deterrence, as it were, not social deterrence. . . . It cannot be supposed that deportation to a deportee's country of birth is a true penal consequence. It may, in particular circumstances, amount to a grave personal disadvantage, but not to the kind of larger-than-merely-personal disadvantage to which paragraph 11(h) of the Charter is directed. Deportation is analogous, rather, to a loss of a licence or to dismissal from a police force, or to the forfeiture of a right to practice a profession.

The non-criminal character of deportation was in fact the very point decided by the Supreme Court in *Reference as to the effect of the Exercise by His Excellency, the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269, at 278, when section 40 of the *Immigration Act* (R.S.C. 1927, c. 93) was the precursor of subsection 27(1) of the present Act and sections 42 and 43 the predecessors of subsection 32(2).

que l'on associe généralement aux infractions pénales ou aux manquements aux lois ou aux règlements. La disposition vise la situation de la personne qui entre au Canada en donnant une fausse indication au sujet de faits importants. Elle n'a pas d'objectif social plus large, elle ne vise pas à redresser publiquement un tort causé à la société, ni à maintenir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activités publique. Il n'y a pas non plus d'objectif public de dissuasion en jeu¹². Le requérant s'est tout simplement vu refuser un avantage ou un statut au motif qu'il l'avait irrégulièrement obtenu dans un premier temps. De cette manière, l'alinéa 27(1)(e) vise à réglementer une conduite dans une sphère d'activités limitée conformément aux intentions du législateur.

La Cour d'appel fédérale a examiné le caractère non pénal que revêt l'expulsion dans ces circonstances dans l'arrêt *Hurd c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*¹³, dans lequel le juge MacGuigan, J.C.A., a déclaré ce qui suit en réponse à la question de savoir si l'expulsion prévue au paragraphe 27(1) de la Loi constitue une «infraction» au sens de l'article 11 de la Charte:

Il ressort de cette jurisprudence qu'une procédure d'expulsion ne devrait pas être considérée comme relevant de l'alinéa 11(h) de la Charte. . . . La procédure d'expulsion ne vise pas une fin sociale, mais elle vise seulement à faire partir du Canada un indésirable. Il s'agit d'un moyen afin de dissuader une personne, et non pas la société. . . . On ne peut pas supposer que l'expulsion d'une personne vers son pays d'origine constitue une véritable conséquence pénale. Cela peut, dans certaines circonstances, équivaloir à un grave inconvénient personnel mais non pas au genre d'inconvénients plus que purement personnels que vise l'alinéa 11(h) de la Charte. L'expulsion ressemble plutôt à la perte d'un permis ou au renvoi d'un corps policier ou au retrait du droit d'exercer une profession.

Le caractère non criminel de l'expulsion représentait en fait la question même qu'a tranchée la Cour suprême dans le renvoi *Reference as to the effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269, à la page 278, lorsque l'article 40 de la *Loi sur l'immigration* (S.R.C. 1927, chap. 93) était en vigueur avant l'adoption du paragraphe 27(1) de la Loi actuelle et les articles 42 et 43 avant celle du paragraphe 32(2).

60 The applicant, in applying for permanent residence, was seeking a benefit which required he comply with the provisions and obligations of the Act. He failed to comply with those obligations, misrepresenting a fact material to receiving this benefit, which was, in a sense, conditionally granted and was revoked for misrepresentation. It is a well-established principle that non-citizens do not have an unqualified right to enter and remain in this country. The bases upon which a landed immigrant may be removed from Canada, on the ground that he or she has improperly obtained landing, have been provided by Parliament in section 27 of the Act. Among these grounds, Parliament has included paragraph 27(1)(e) which provides for the removal of a person who has been “granted landing . . . by reason of any fraudulent or improper means or misrepresentation of any material fact, whether exercised or made by himself or any other person”. This is the regime adopted by Parliament, and in my opinion, to apply this regime in the present circumstances, does not violate the principles of fundamental justice. As stated by Sopinka J. in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*:¹⁴

Thus Parliament has the right to adopt an immigration policy and to enact legislation proscribing the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada. It has done so in the *Immigration Act*. . . . The qualified nature of the rights of citizens to enter and remain in Canada is made clear by s. 4 of the Act. Section 4(2) provides that permanent residents have a right to remain in Canada except where they fall within one of the classes in s. 27(1).

61 It is not a principle of fundamental justice that an individual who seeks the benefit of a statutory regime, yet fails for whatever reason to make themselves aware of, or to satisfy, the requirements imposed by that regime, is entitled to special protection or concessions from its enforcement. In my view, in the circumstances of this case, paragraph 27(1)(e), as interpreted by the Appeal Division does not violate section 7 of the Charter.

60 En demandant la résidence permanente, le requérant cherchait à obtenir un avantage qui l’obligeait à respecter les dispositions et les conditions de la Loi. Or, il n’a pas respecté les obligations en question en donnant une fausse indication sur un fait important pour l’obtention de cet avantage, lequel a été, en un certain sens, accordé conditionnellement et a été retiré pour cause de fausse indication. C’est un principe bien établi que les non-citoyens n’ont pas un droit illimité d’entrer au Canada et d’y demeurer. Les raisons pour lesquelles un immigrant qui a obtenu le droit d’établissement peut être expulsé du Canada au motif qu’il a obtenu irrégulièrement le droit d’établissement ont été énoncés par le législateur à l’article 27 de la Loi. Ainsi, à l’alinéa 27(1)e), le législateur a notamment prévu l’expulsion de la personne qui «a obtenu le droit d’établissement . . . soit par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d’une fausse indication sur un fait important, même si ces moyens ou déclarations sont le fait d’un tiers». C’est le régime que le législateur a adopté et j’estime que le fait d’appliquer ce régime dans le cas qui nous occupe ne viole pas les principes de justice fondamentale. Ainsi que le juge Sopinka l’a déclaré dans l’arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* ¹⁴:

Le Parlement a donc le droit d’adopter une politique en matière d’immigration et de légiférer en prescrivant les conditions à remplir par les non-citoyens pour qu’il leur soit permis d’entrer au Canada et d’y demeurer. C’est ce qu’il a fait dans la *Loi sur l’immigration* . . . La nature limitée du droit des non-citoyens d’entrer au Canada et d’y demeurer se dégage nettement de l’art. 4 de la Loi. Suivant le par. 4(2), les résidents permanents ont le droit de demeurer au Canada, sauf s’ils relèvent d’une des catégories énumérées au par. 27(1).

61 La proposition voulant que la personne qui cherche à bénéficier du régime prévu par la loi mais qui, pour une raison ou pour une autre, ne s’enquiert pas des exigences imposées par ce régime ou n’y satisfait pas, a droit à une protection ou à des concessions spéciales en vertu de ce régime ne fait pas partie des principes de justice fondamentale. À mon avis, eu égard aux circonstances de la présente affaire, l’alinéa 27(1)e), tel qu’il a été interprété par la section d’appel, ne viole par l’article 7 de la Charte.

(b) Section 15

62 Counsel for the applicant also maintains that paragraph 27(1)(e), as interpreted by the Appeal Division, constitutes a violation of subsection 15(1) of the Charter in that it discriminates against the illiterate and uneducated. He states that this interpretation discriminates against the applicant on the basis of his ignorance as well as his inability to speak English or French, factors which counsel for the applicant argues constitute a “disability” within the prohibited grounds of discrimination under section 15 of the Charter. By failing to provide an interpreter upon his arrival in Canada, counsel for the applicant suggests that immigration officers treated the applicant in a discriminatory manner by treating him in a differential or unequal manner on the basis of his “disability”.

63 In my opinion, this argument, alleging a violation of the applicant’s right under section 15 of the Charter must fail. Ignorance of the law, and the inability to converse in either of Canada’s official languages, does not, in my opinion, constitute a “disability”, nor does it fall within any of the other enumerated grounds of discrimination under section 15 of the Charter.

64 Nor, does it constitute an “analogous” ground of discrimination under section 15 of the Charter. The applicant, is an individual who does not speak English or French, and who has received little formal education in his native Bangladesh. These personal capacities, particular to the applicant, are not, in my view, “immutable personal characteristics”, nor is the applicant a member of a particular group suffering “historical disadvantage”, or one which is a “discrete and insular minority” deserving of the protection of section 15.¹⁵ As noted by McIntyre J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*¹⁶ differential treatment of an individual based solely on his or her own particular personal capacities, divorced from an historically disadvantaged group, will rarely be characterized as discrimination:

b) L’article 15

62 L’avocat du requérant maintient également que, tel qu’il a été interprété par la section d’appel, l’alinéa 27(1)e) viole le paragraphe 15(1) de la Charte, parce qu’il établit une discrimination à l’égard des illettrés et des gens qui sont peu instruits. L’avocat du requérant affirme que cette interprétation crée une discrimination à l’égard du requérant en raison de son ignorance et de son incapacité de parler le français et l’anglais, et que, selon l’avocat du requérant, cette ignorance et cette incapacité sont des facteurs qui constituent une «déficience» au sens des motifs de discrimination interdits par l’article 15 de la Charte. L’avocat du requérant affirme qu’en ne mettant pas d’interprète à sa disposition à son arrivée au Canada, les agents d’immigration ont traité le requérant d’une façon discriminatoire en le traitant d’une manière différente ou inégale sur le fondement de sa «déficience».

63 À mon avis, ce moyen, par lequel l’avocat du requérant prétend que les droits garantis au requérant par l’article 15 de la Charte ont été violés, est mal fondé. L’ignorance de la loi et l’incapacité de converser dans l’une ou l’autre des langues officielles du Canada ne constituent pas, à mon avis, une «déficience», et elles ne font pas partie des autres motifs énumérés de discrimination interdits par l’article 15 de la Charte.

64 Elles ne constituent pas non plus un motif de discrimination «analogue» visé par l’article 15 de la Charte. Le requérant est une personne qui ne parle ni le français ni l’anglais et qui a fait des études limitées dans son pays d’origine, le Bangladesh. Ces capacités personnelles, qui lui sont propres, ne sont pas, à mon avis, des «caractéristiques personnelles immuables», et le requérant ne fait pas partie d’un groupe déterminé victime d’un «désavantage historique» et il n’appartient pas à une «minorité distincte et isolée» qui mérite la protection de l’article 15¹⁵. Ainsi que le juge McIntyre l’a fait remarquer dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*¹⁶, les distinctions fondées uniquement sur des caractéristiques particulières personnelles d’un individu qui n’est pas associé à un groupe histori-

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.¹⁷

65 In my view, to interpret the visa and landing provisions of the Act in the manner advocated by counsel for the applicant would place upon immigration officials and the federal government a legal duty to provide each and every applicant, who is unaware of the requirements of the Act and unable to speak English or French, with an interpreter and legal assistance in their native language upon arrival. While it is unfortunate that the applicant was unable upon arrival to communicate except in his own language, the provision of services by federal government employees in Canada's two official languages is not discriminatory. In my opinion, the circumstances of this case do not establish discrimination prohibited by section 15 of the Charter.

(c) Section 12

66 The applicant further argues that in the circumstances, to remove the applicant to Bangladesh on the basis of an innocent and honest error would constitute cruel and unusual treatment in contravention of section 12 of the Charter.

67 Although it has been held by the Federal Court of Appeal that deportation is not cruel and unusual punishment *per se*,¹⁸ subsequent cases have left open the issue whether, in the circumstances of an individual case, deportation may constitute cruel and unusual treatment for the purposes of section 12 of the Charter. In support of his argument that removal is indeed a "treatment" for the purposes of section 12 of the Charter, counsel for the applicant relies upon two cases: *Chiarelli, supra*, and *Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.¹⁹

quement défavorisé seront rarement qualifiées de discriminatoires:

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 rarement¹⁷.

65 À mon avis, interpréter les dispositions de la Loi relatives aux visas et au droit d'établissement de la manière proposée par l'avocat du requérant imposerait aux fonctionnaires de l'immigration et à l'Administration fédérale l'obligation légale de mettre dès leur arrivée à la disposition de chaque requérant qui n'est pas au courant des exigences de la Loi et qui ne parle ni français ni anglais, un interprète et un avocat qui parlent leur langue maternelle. Bien qu'il soit malheureux que le requérant n'ait pas pu, à son arrivée, communiquer dans d'autres langues que la sienne, la prestation de services dans les deux langues officielles du Canada par des employés du gouvernement fédéral n'est pas un acte discriminatoire. À mon avis, les circonstances de la présente affaire ne permettent pas de conclure qu'un acte discriminatoire interdit par l'article 15 de la Charte a été commis.

c) L'article 12

66 Le requérant soutient en outre que, dans les circonstances, expulser le requérant au Bangladesh en raison d'une erreur commise de bonne foi constituerait un traitement cruel et inusité au sens de l'article 12 de la Charte.

67 Bien que la Cour d'appel fédérale ait statué que l'expulsion ne constitue pas en soi un traitement cruel et inusité¹⁸, dans des décisions subséquentes, les tribunaux ont laissé entendre que, eu égard aux circonstances d'une affaire déterminée, l'expulsion pouvait constituer un traitement cruel et inusité au sens de l'article 12 de la Charte. À l'appui de son argument que l'expulsion constitue effectivement un «traitement» au sens de l'article 12 de la Charte, l'avocat du requérant cite deux décisions: l'arrêt *Chiarelli*, précité, et l'arrêt *Barrera c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*.¹⁹

68 The authoritative pronouncement as to what constitutes cruel and unusual punishment under section 12 of the Charter was set out by Lamer J. (as he then was) in *R. v. Smith (Edward Dewey)*,²⁰ as follows:

The criterion which must be applied in order to determine whether a punishment is cruel and unusual within the meaning of s. 12 of the *Charter* is, to use the words of Laskin, C.J. in *Miller and Cockriell, supra*, at p. 688 “whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency”. In other words, though the state may impose punishment, the effect of that punishment must not be grossly disproportionate to what would have been appropriate.

69 This test of “gross disproportionality” was subsequently interpreted by Mr. Justice Gonthier for the majority of the Supreme Court of Canada in *R. v. Goltz*²¹ as involving the balancing of “the gravity of the offence in itself with the particular circumstances of the offence and the personal characteristics of the offender.”

70 In my opinion, to deport the applicant in the present circumstances, would not constitute cruel and unusual treatment for the purposes of section 12 of the Charter. In my opinion, key to the determination as to whether deportation violates section 12 are the particular circumstances of the individual. In this case, I find nothing so “grossly disproportionate” as to outrage decency in the particular circumstances of the applicant.

71 The cases relied upon by counsel for the applicant although helpful, are not analogous to the circumstances of the case before me. In *Chiarelli*, Sopinka J., finding that deportation of a permanent resident under subparagraph 27(1)(d)(ii) of the Act was not cruel and unusual, chose to leave open the issue as to whether deportation came within the scope of “treatment” for the purposes of section 12 of the Charter. The *Barrera* case, which also left the issue open, dealt with the deportation of a refugee convicted of very serious criminal offences. In that case, however, the applicant, as a refugee, had

L’arrêt de principe en ce qui concerne ce qui constitue une peine cruelle et inusitée au sens de l’article 12 de la Charte est l’arrêt *R. c. Smith (Edward Dewey)*²⁰, dans lequel le juge Lamer (tel était alors son titre), déclare ce qui suit:

Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l’art. 12 de la *Charte* consiste, pour reprendre les termes utilisés par le juge en chef Laskin à la p. 688 de l’arrêt *Miller et Cockriell*, précité, à se demander «si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.» En d’autres termes, bien que l’État puisse infliger une peine, l’effet de cette peine ne doit pas être exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié.

Ce critère de la «disproportion exagérée» a par la suite été interprété par la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Gonthier, dans l’arrêt *R. c. Goltz*²¹. La Cour a statué que ce critère impliquait que l’on soupèse «la gravité de l’infraction en elle-même d’une part et les circonstances particulières de cette infraction et les caractéristiques personnelles du contrevenant d’autre part».

À mon avis, expulser en l’espèce le requérant ne constituerait pas un traitement cruel et inusité au sens de l’article 12 de la Charte. À mon avis, la situation particulière de la personne concernée constitue un élément clé qui permet de déterminer si l’expulsion porte atteinte à l’article 12. En l’espèce, je ne trouve rien qui soit «exagérément disproportionné» au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine, eu égard à la situation particulière du requérant.

Bien qu’elles soient utiles, les décisions citées par l’avocat du requérant ne sont pas analogues à l’affaire qui m’est soumise. Dans l’arrêt *Chiarelli*, après avoir conclu que l’expulsion d’un résident permanent en vertu du sous-alinéa 27(1)d(ii) de la Loi n’était pas cruelle et inusitée, le juge Sopinka a volontairement laissé en suspens la question de savoir si l’expulsion constituait un «traitement» au sens de l’article 12 de la Charte. L’affaire *Barrera*, dans laquelle la Cour a également refusé de répondre à cette question, portait sur l’expulsion d’un réfugié qui avait été reconnu coupable d’infractions criminelles très gra-

already been recognized as having a “well-founded fear of persecution” within the meaning of subsection 2(1) of the Act. As a consequence of this status, the Court noted [at pages 19-20], “there is a serious possibility that such a person, if returned, will be subject to unjust imprisonment, and possibly even to torture and death”. In these circumstances, given the effect of deportation on the individual applicant in the particular circumstances of the case, in the *Barrera* case, it was found section 12 of the Charter was engaged.

72 In my opinion, there is no violation of the applicant’s section 12 right in the case at bar. The applicant in this case is not a Convention refugee. There has been no recognition of, and no evidence, of support for the contention that to deport him to Bangladesh would expose the applicant to a danger of persecution, torture or death. While the removal of the applicant will, no doubt, be difficult and upsetting for him, in terms of the separation from his family and the uncertainty he will face, to remove an individual from Canada on the basis that the information upon which they were granted landing in the first place was not truthful is not, in my view, “grossly disproportionate”, nor would it be excessive so as to violate public standards of decency.

3. Humanitarian and Compassionate Grounds

73 The third and final ground upon which the applicant seeks judicial review is that the Appeal Division, in refusing or failing to exercise its equitable jurisdiction, made an erroneous finding of fact in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it. Counsel for the applicant submits that there was ample evidence before the Appeal Division compelling the exercise of its equitable jurisdiction, and that its failure to do so constitutes a reviewable error. On this last point, counsel relies on *Okwe v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*²² in which the Federal Court of Appeal set aside the decision of the Immigration and Refugee Board (IRB) not to exercise its equitable

ves. Toutefois, dans cette affaire, il avait déjà été reconnu que le requérant, un réfugié, «craignait avec raison d’être persécuté» au sens du paragraphe 2(1) de la Loi. La Cour a fait remarquer qu’en conséquence de ce statut [aux pages 19 et 20], «il y a une possibilité sérieuse que cette personne, si elle est renvoyée, soit injustement emprisonnée et même qu’elle soit torturée et tuée». Dans ces conditions, compte tenu des conséquences de l’expulsion sur le requérant, la Cour a, dans l’arrêt *Barrera*, jugé, eu égard aux circonstances particulières de l’espèce, que l’article 12 de la Charte s’appliquait.

À mon avis, les droits garantis au requérant par l’article 12 n’ont pas été violés en l’espèce. Dans le cas qui nous occupe, le requérant n’est pas un réfugié au sens de la Convention. Il n’a pas été reconnu qu’en l’expulsant au Bangladesh, on exposerait le requérant à un risque de persécution, de torture ou de mort, et aucun élément de preuve n’a été présenté en ce sens. Bien que le renvoi du requérant soit sans doute difficile et contrariant pour lui parce qu’il sera séparé de sa famille et qu’il devra faire face à l’incertitude, le renvoyer du Canada au motif que les renseignements sur la foi desquels il a initialement obtenu le droit d’établissement n’étaient pas véridiques n’est pas, à mon avis, «exagérément disproportionné», et ne constitue pas non plus une mesure excessive qui est incompatible avec la dignité humaine.

3. Raisons d’ordre humanitaire

Le troisième et dernier moyen qu’invoque le requérant au soutien de sa demande de contrôle judiciaire est qu’en refusant ou en faisant défaut d’exercer sa compétence en *equity*, la section d’appel a tiré une conclusion de fait erronée d’une manière abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle disposait. L’avocat du requérant soutient que la section d’appel disposait d’amplement d’éléments de preuve pour être obligée d’exercer sa compétence en *equity*, et que son défaut de le faire constitue une erreur justifiant un contrôle judiciaire. Sur ce dernier point, l’avocat invoque l’arrêt *Okwe c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*²², dans lequel la Cour d’appel fédérale a

jurisdiction on the grounds that it had erred in improperly drawing adverse inferences from a flawed assessment of the evidence before it, and in relying upon these adverse inferences as the basis of its decision.

annulé la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) de ne pas exercer sa compétence en *equity* au motif qu'elle avait commis une erreur en tirant des inférences négatives sur le fondement d'une appréciation incorrecte des éléments de preuve qui lui étaient soumis et en se fondant sur ces inférences négatives pour justifier sa décision.

74 In my opinion, unlike *Okwe, supra*, in the present case there is no evidence to suggest that the Appeal Division overlooked or disregarded evidence germane to its determination as to whether or not to exercise its equitable jurisdiction. Nor, in my view, did the Appeal Division rely on incomplete evidence to make its determination as to whether or not to exercise this jurisdiction.

À mon avis, à la différence de l'affaire *Okwe*, 74 précitée, il n'y a pas en l'espèce d'éléments de preuve qui permettent de penser que la section d'appel n'a tenu aucun compte d'éléments de preuve pertinents à la question de savoir si elle devait ou non exercer sa compétence en *equity*. La section d'appel ne s'est pas non plus fondée sur des éléments de preuve incomplets pour décider si elle devait ou non exercer sa compétence en *equity*.

75 The broad discretion granted to the Appeal Division with respect to its equitable jurisdiction is provided in paragraph 70(1)(b) of the Act which empowers the Appeal Division to determine, "having regard to all the circumstances of the case" whether or not a permanent resident should be removed from Canada. Where this discretion has been exercised in a *bona fide* manner, not influenced by irrelevant considerations and is not arbitrarily or illegally exercised, the Court is not entitled to interfere, even if the Court might have exercised that discretion differently had it been in the position of the Appeal Division.

Le pouvoir discrétionnaire étendu qui est conféré 75 à la section d'appel en ce qui concerne sa compétence en *equity* est prévu à l'alinéa 70(1)b) de la Loi, qui habilite la section d'appel à déterminer «eu égard aux circonstances particulières de l'espèce», si un résident permanent devrait être renvoyé du Canada. Lorsque ce pouvoir discrétionnaire a été exercé de bonne foi et sans être influencé par des considérations non pertinentes et qu'il n'est pas exercé de façon arbitraire ou illégale, la Cour n'a pas le droit d'intervenir, même si elle aurait pu exercer ce pouvoir discrétionnaire différemment si elle avait été à la place de la section d'appel.

76 During the hearing before that Division on September 14, 1995, counsel for the applicant made submissions concerning humanitarian and compassionate grounds which, he submitted, warranted the exercise of equitable jurisdiction by the Appeal Division. However, on the basis of the evidence before it, the tribunal opted not to exercise its equitable jurisdiction with respect to the applicant's pending removal. This conclusion was reasonably open to the Appeal Division on the evidence before it. As stated by Laskin J. (as he then was) in *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*²³ the decision of such a panel as to whether or not to exercise its equitable jurisdiction is "not to be read

Au cours de l'audience qui s'est déroulée devant 76 la section d'appel le 14 septembre 1995, l'avocat du requérant a formulé des observations au sujet des raisons d'ordre humanitaire qui, selon lui, justifiaient l'exercice par la section d'appel de sa compétence en *equity*. Toutefois, eu égard aux éléments de preuve portés à sa connaissance, le tribunal administratif a choisi de ne pas exercer sa compétence en *equity* relativement au renvoi en suspens du requérant. Les éléments de preuve qui étaient soumis à la section d'appel justifiaient raisonnablement cette conclusion. Ainsi que le juge Laskin (tel était alors son titre) l'a déclaré dans l'arrêt *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*²³, «[i]l ne

microscopically; it is enough if they show a grasp of the issues that are raised . . . and of the evidence addressed to them, without detailed reference.”

77 On this basis I reject the third argument of the applicant that the Appeal Division, in not exercising its equitable jurisdiction, committed a reviewable error of fact warranting intervention by the Court.

78 For the reasons set out above, the application for judicial review is dismissed. I note that no question is here certified for the Court of Appeal.

¹ [1983] 1 F.C. 343 (C.A.).

² *Id.*, at p. 345.

³ For example, s. 94(1)(i) which states:

94. (1) Every person is guilty of an offence who

. . .
(i) knowingly makes a false promise of employment or any false representation by reason of which a person is induced to seek admission or is assisted in any attempt to seek admission or by reason of which that person's admission is procured;

⁴ [1990] 2 F.C. 345 (C.A.).

⁵ *Id.*, at pp. 349-350.

⁶ [1974] S.C.R. 850, at pp. 870-871.

⁷ *Supra*, note 4, at pp. 348-349.

⁸ *Supra*, note 4, at p. 349.

⁹ *Supra*, note 4, at p. 350.

¹⁰ See *Juayong v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 99 N.R. 78 (F.C.A.).

¹¹ The interdependence of these two stages, that is, whether there exist “conditions” upon which the visa is issued, which, if not satisfied at the time of entry create an “invalid immigration visa”, so that the applicant may not be granted entry, has been discussed by the Federal Court of Appeal in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. De Decaro*, [1993] 2 F.C. 408 (C.A.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Hundal*, [1995] 3 F.C. 32 (T.D.); and most recently in *Peralta v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1507 (T.D.) (QL).

¹² On this issue, see *R. on the information of Mark Caswell v. Corporation of City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541. Also see *Hurd v. Canada (Minister of Employment and*

faut pas examiner» les motifs de la décision d'un tel tribunal d'exercer ou non sa compétence en *equity*; «il suffit qu'ils laissent voir une compréhension des questions que [la loi] soulève et de la preuve qui porte sur ces questions, sans mention détaillée».

Pour ce motif, je rejette le troisième moyen par lequel le requérant prétend qu'en n'exerçant pas sa compétence en *equity*, la section d'appel a commis une erreur de fait qui justifie l'intervention de la Cour.

Par ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est rejetée. Je constate qu'aucune question n'est certifiée en vue d'être soumise à la Cour d'appel.

¹ [1983] 1 C.F. 343 (C.A.).

² *Id.*, à la p. 345.

³ Ainsi, l'art. 94(1)i) dispose:

94. (1) Commet une infraction quiconque:

. . .
i) fait délibérément une fausse promesse d'emploi ou une fausse déclaration destinée à inciter ou aider une personne à demander l'admission ou à lui permettre de l'obtenir;

⁴ [1990] 2 C.F. 345 (C.A.).

⁵ *Id.*, aux p. 349 et 350.

⁶ [1974] R.C.S. 850, aux p. 870 et 871.

⁷ Précité, note 4, aux p. 348 et 349.

⁸ Précité, note 4, à la p. 349.

⁹ Précité, note 4, à la p. 350.

¹⁰ Voir l'arrêt *Juayong c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 99 N.R. 78 (C.A.F.).

¹¹ La Cour d'appel fédérale a analysé dans les arrêts *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. De Decaro*, [1993] 2 C.F. 408 (C.A.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Hundal*, [1995] 3 C.F. 32 (1^{re} inst.) et, plus récemment, dans l'arrêt *Peralta c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1507 (1^{re} inst.) (QL) l'interdépendance qui existe entre ces deux étapes, c'est-à-dire la question de savoir s'il existe des «conditions» auxquelles le visa est délivré qui, si elles ne sont pas remplies au moment de l'entrée, créent un «visa d'immigration invalide» qui empêche le requérant d'obtenir le droit d'établissement.

¹² Sur cette question, voir les arrêts *R. sur la dénonciation de Mark Caswell c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; et *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541. Voir également *Hurd c. Canada*

Immigration), [1989] 2 F.C. 594; (C.A).

¹³ *Hurd*, *supra*, note 12, at p. 606.

¹⁴ [1992] 1 S.C.R. 711, at pp. 733-734.

¹⁵ Also see *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; and *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627.

¹⁶ [1989] 1 S.C.R. 143.

¹⁷ *Id.*, at pp. 174-175.

¹⁸ *Gittens (In re)*, [1983] 1 F.C. 152 (T.D.).

¹⁹ [1993] 2 F.C. 3 (C.A.).

²⁰ [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072.

²¹ [1991] 3 S.C.R. 485, at p. 505.

²² (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 126 (F.C.A.).

²³ [1974] S.C.R. 875, at p. 885.

(*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*), [1989] 2 C.F. 594 (C.A.).

¹³ *Hurd*, précité, note 12, à la p. 606.

¹⁴ [1992] 1 R.C.S. 711, aux p. 733 et 734.

¹⁵ Voir également les arrêts *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; et *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627.

¹⁶ [1989] 1 R.C.S. 143.

¹⁷ *Id.*, aux p. 174 et 175.

¹⁸ *Gittens (In re)*, [1983] 1 C.F. 152 (1^{re} inst.).

¹⁹ [1993] 2 C.F. 3 (C.A.).

²⁰ [1987] 1 R.C.S. 1045, à la p. 1072.

²¹ [1991] 3 R.C.S. 485, à la p. 505.

²² (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 126 (C.A.F.).

²³ [1974] R.C.S. 875, à la p. 885.

T-2473-93

Ron Archibald, Edwin Cawkwell, William Cooper, Rick Dobranski, Darrel Enger, Tim Harvie, Mike Jackson, Conrad Johnson, Gordon Keller, Wayne A. Kriz, Doug Miller, Art McElroy, Brian Olsen, Paul S. Orsak, Brian Otto, James M. Pallister, Kelly S. Patrick, Douglas Robertson, Greg Rockafellow, Buck Spencer, Wayne Tuck, The Alberta Barley Commission and The Western Barley Growers Association (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada and The Canadian Wheat Board (*Defendants*)

INDEXED AS: ARCHIBALD v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Muldoon J.—Calgary, October 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 31, November 1, 4, 5, 6, 7; Winnipeg, December 9, 10, 11, 12, 13, 1996; Ottawa, April 11, 1997.

Agriculture — Action for declaratory relief Canadian Wheat Board Act breaching plaintiffs' Charter rights, freedoms — Individual plaintiffs grain farmers residing in "designated area" in Western provinces — Challenging Board's monopoly as single-desk marketing agency in designated area — Rationale for monopoly under Act, s. 5 to secure orderly marketing, in interprovincial and export trade, of grain grown in Canada — Act not infringing plaintiffs' rights.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of association — Canadian Wheat Board Act compelling farmers living in "designated area" to sell grain to CWB in extraprovincial market — Freedom of association in Charter, s. 2(d) including right not to be compelled to associate — Plaintiffs not associated with Board, with each other, free to form preferred associations — Charter not protecting economic freedom, commercial or property rights.

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Charter, s. 6(2)(b) guarantees right to pursue

T-2473-93

Ron Archibald, Edwin Cawkwell, William Cooper, Rick Dobranski, Darrel Enger, Tim Harvie, Mike Jackson, Conrad Johnson, Gordon Keller, Wayne A. Kriz, Doug Miller, Art McElroy, Brian Olsen, Paul S. Orsak, Brian Otto, James M. Pallister, Kelly S. Patrick, Douglas Robertson, Greg Rockafellow, Buck Spencer, Wayne Tuck, The Alberta Barley Commission et The Western Barley Growers Association (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Commission canadienne du blé (*défenderesses*)

RÉPERTORIÉ: ARCHIBALD c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Muldoon—Calgary, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 31 octobre, 1^{er}, 4, 5, 6, 7 novembre; Winnipeg, 9, 10, 11, 12, 13 décembre 1996; Ottawa, 11 avril 1997.

Agriculture — Action sollicitant une mesure de redressement déclaratoire portant que la Loi sur la Commission canadienne du blé viole des droits et libertés des demandeurs conférés par la Charte — Les individus demandeurs sont des producteurs de grain qui résident dans la «région désignée» des provinces de l'Ouest — Ils contestent le monopole exercé par la Commission comme organisme de commercialisation à comptoir unique dans la région désignée — La raison d'être du monopole accordé par l'art. 5 de la Loi est d'assurer la commercialisation méthodique, dans le cadre du marché interprovincial et de l'exportation, du grain cultivé au Canada — La Loi ne viole pas les droits des demandeurs.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d'association — La Loi sur la Commission canadienne du blé force les agriculteurs résidant dans la «région désignée» de vendre leur grain à la CCB pour le marché interprovincial — La liberté d'association conférée par l'art. 2d) de la Charte comporte le droit de ne pas être forcé de s'associer — Les demandeurs ne sont pas associés avec la Commission, ni l'un avec l'autre, et sont libres de former des associations privilégiées — La Charte ne protège pas les droits commerciaux ou relatifs à la propriété ou à la liberté économique.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — L'art. 6(2)(b) de la Charte

gaining of livelihood anywhere in Canada, not right to livelihood itself — Case law on mobility rights reviewed — Economic disadvantage not impairment of ability to pursue livelihood — Western farmers challenging Canadian Wheat Board, single-desk marketing agency — No denial of plaintiffs' mobility rights to pursue gaining of livelihood — "Designated area" most natural, efficient, economic area to grow grain, not impeding mobility.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Whether Canadian Wheat Board Act distinguishes between plaintiffs, farmers not residing in "designated area" — Residence in "designated area" not analogous ground under Charter, s. 15(1) — Plaintiffs not discrete, insular minority discriminated against on basis of irrelevant personal characteristics — Agronomic equality not Charter right — Legislation not violating plaintiffs' human dignity, freedom.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Application of Oakes test — Deference essential aspect of s. 1 analysis — Objective of Canadian Wheat Board Act to provide for orderly grain marketing — Board given monopoly to avoid fluctuation of grain prices — Rational connection between objective, achievement of legislation — Minimal impairment of plaintiff's rights — Deleterious effects of impugned legislation not outweighing salutary benefits provided by CWB monopoly — S. 1 test met.

Constitutional law — Distribution of powers — Charter cannot override head of legislative power distributed in original Constitution — Canadian Wheat Board Act valid exercise of Parliament's power over trade and commerce under Constitution Act, 1867, s. 91, class 2.

This was an action for declaratory relief that parts of the *Canadian Wheat Board Act* infringe certain rights and freedoms guaranteed to the individual plaintiffs under the Charter. The latter are all grain farmers who reside in the "designated area" in Manitoba, Saskatchewan and Alberta, where wheat and barley are most efficiently and economically grown. The defendant, Canadian Wheat Board (CWB), enjoys a monopoly in said designated area by virtue of subsections 2(1) and (3) of the Act. The object of the legislation, as set out in section 5, is to market "in an orderly manner, in interprovincial and export trade, grain grown in Canada". The Board's monopoly is created

garantit le droit de gagner sa vie partout au Canada, non le droit d'exercer un métier — Examen de la jurisprudence sur la liberté de circulation — Un désavantage économique n'est pas une restriction à la capacité de gagner sa vie — Des agriculteurs de l'Ouest contestent l'organisme de commercialisation à comptoir unique de la Commission canadienne du blé — Il n'y a pas eu négation de la liberté de circulation des demandeurs pour gagner leur vie — La «région désignée» est la région la plus naturelle, efficace et économique pour cultiver le grain et elle n'entrave pas la liberté de circulation.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Il s'agit de savoir si la Loi sur la Commission canadienne du blé établit une distinction entre les demandeurs et les agriculteurs ne résidant pas dans la «région désignée» — La résidence dans la «région désignée» n'est pas un motif analogue sous le régime de l'art. 15(1) de la Charte — Les demandeurs ne sont pas une minorité discrète et isolée faisant l'objet d'une discrimination fondée sur des caractéristiques personnelles non pertinentes — L'égalité agronomique n'est pas un droit protégé par la Charte — La loi ne viole pas la dignité humaine ou la liberté des demandeurs.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Application du critère de l'arrêt Oakes — La retenue est un aspect essentiel d'une analyse faite en vertu de l'art. premier — L'objectif de la Loi sur la Commission canadienne du blé est d'organiser la commercialisation du grain — Un monopole a été accordé à la Commission pour éviter les variations des prix du grain — Lien rationnel entre l'objectif et l'accomplissement de la loi — Atteinte minimale aux droits des demandeurs — Les effets négatifs des dispositions contestées ne l'emportent pas sur les effets favorables du monopole de la CCB — Le critère de l'art. premier est respecté.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — La Charte ne peut avoir préséance sur une rubrique de compétence législative attribuée dans le texte original de la Constitution — La Loi sur la Commission canadienne du blé constitue un exercice valide de l'autorité du Parlement sur le trafic et le commerce en vertu de l'art. 91, catégorie 2, de la Loi constitutionnelle de 1867.

Il s'agit d'une action sollicitant une mesure de redressement déclaratoire portant que des parties de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* violent certains droits et libertés garantis aux individus demandeurs en vertu de la Charte. Ceux-ci sont tous des producteurs de grain qui résident dans la «région désignée» au Manitoba, en Saskatchewan et en Alberta, où le blé et l'orge sont produits de la façon la plus efficace et la plus économique. La défenderesse, la Commission canadienne du blé (CCB), jouit d'un monopole dans la région désignée en vertu des paragraphes 2(1) et (3) de la Loi. L'objet de la loi, exposé à l'article 5, est d'organiser «dans le cadre du marché

by section 45 of the Act which provides that no person other than the Board shall export from Canada, transport from one province to another, sell or buy wheat or wheat products situated in one province for delivery in another province or outside Canada. The federal government created the first Wheat Board in 1919 to curb the fluctuation of grain prices. Since that time, it has renewed the Board's monopoly on several occasions. This was done in World War II to fulfil Canada's commitments to its war-time allies (particularly Britain) and renewed in 1950, 1953, 1957, 1962 and in 1967 when it was made permanent. While the plaintiffs did not ask that the CWB be dismantled, they do not want to be forced to market their wheat and barley through it. They argued that the CWB impedes, in various degrees, their ability to maximize potential profits from their operations. They find the "single-desk selling" system inflexible and unresponsive. This case raised a number of constitutional issues: whether the Board's monopoly infringes the plaintiffs' rights under: (1) paragraph 2(b) of the Charter; (2) subsection 6(2) of the Charter; (3) subsection 15(1) of the Charter; (4) whether the legislation is saved by section 1 if found to infringe any charter-guaranteed right; and (5) distribution of powers with respect to section 91, class 2 of the *Constitution Act, 1867* (trade and commerce).

Held, the action should be dismissed.

(1) Freedom of association in paragraph 2(d) of the Charter includes the right, in some circumstances, not to be compelled to associate. Delivering grain, a commercial commodity, for sale to and remuneration from the CWB, is nothing akin to forming, or participating in, a trade union or an employers' combination, or a commercial corporation. The law does not require any association between individual producers who must sell their export grain to the CWB. In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, the Supreme Court of Canada provided a comprehensive framework for analyzing freedom from compelled association. Under that analysis, two questions must be answered: first, whether there is an associative act which results in an impairment of freedom and second, whether the association is "compelled by the facts of life". The CWB's monopoly is compelled by the facts of life since it requires the combining of efforts to a common end. The Board's pooling system and its monopoly over grain export are part of the federal government's economic policy which is an accepted "fact of life" in modern Canadian society. Not only is government control over the economy an accepted fact of life, the Charter should not and cannot be used as a shield to protect economic interest. In this case, there was no compulsory association, but rather an arm's length statutory contract of sale of grain

interprovincial et de l'exportation, la commercialisation du grain cultivé au Canada». Le monopole de la Commission est créé par l'article 45 de la Loi qui prévoit que seule la Commission peut exporter du Canada, transporter d'une province à une autre, vendre ou acheter du blé ou des produits du blé se trouvant dans une province pour livraison dans une autre province ou à l'étranger. Le gouvernement fédéral a créé la première commission du blé en 1919 pour contenir les variations des prix du grain. Depuis ce temps, il a renouvelé le monopole de la Commission à plusieurs occasions. Il l'a fait pendant la Seconde Guerre mondiale pour remplir ses engagements envers ses alliés de la guerre (la Grande-Bretagne surtout), et l'a renouvelé en 1950, 1953, 1957, 1962 et en 1967, année où il est devenu permanent. Les demandeurs n'ont pas demandé le démantèlement de la CCB, mais ils ne veulent pas être forcés de vendre leur blé et leur orge par son entremise. Ils allèguent que la CCB entrave, à divers degrés, leur aptitude à exploiter au maximum leurs activités. Ils jugent que le système de «vente à comptoir unique» est inflexible et insensible. L'affaire soulève plusieurs questions constitutionnelles: le monopole de la Commission viole-t-il les droits garantis aux demandeurs 1) par l'alinéa 2b) de la Charte? 2) par le paragraphe 6(2) de la Charte? 3) par le paragraphe 15(1) de la Charte? 4) si elle viole un droit garanti par la Charte, la loi est-elle sauvegardée par l'article premier? et 5) viole-t-il le partage des pouvoirs en ce qui concerne l'article 91, catégorie 2, de la *Loi constitutionnelle de 1867* (trafic et commerce)?

Jugement: l'action doit être rejetée.

1) La liberté d'association conférée à l'alinéa 2d) de la Charte comporte le droit, dans certaines circonstances, de ne pas être obligé de s'associer. Le fait de livrer du grain, un produit commercial, en vue de le vendre à la CCB contre rémunération, n'a rien à voir avec le fait de former un syndicat ou de participer à ce dernier, ou avec une combinaison d'employeurs ou une société commerciale. La loi n'oblige pas des producteurs individuels à s'associer de quelque manière. Elle exige simplement que les producteurs vendent leur grain d'exportation à la CCB. Dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, la Cour suprême du Canada a tracé un cadre exhaustif qui permet d'analyser la liberté de ne pas être forcé de s'associer. Cette analyse soulève deux questions qui sont de savoir, premièrement, s'il existe un acte d'association qui résulte en une entrave à la liberté et, deuxièmement, si l'association «découle des nécessités de la vie». Le monopole exercé par la CCB découle des nécessités de la vie puisqu'il oblige à conjuguer des efforts en vue d'atteindre une fin commune. Le système de mise en commun qu'exploite la Commission et le monopole que celle-ci exerce sur les exportations de grains font partie de la politique économique du gouvernement fédéral, qui, dans la société canadienne moderne, est une «nécessité de la vie» reconnue. Non seulement le contrôle

for money. The Charter is not an instrument to protect economic liberty or property rights.

(2) Paragraph 6(2)(b) of the Charter guarantees an individual's mobility within Canada and that person's ability to pursue a livelihood. It does not, however, provide a free-standing right to work which is an economic aspect of the right. None of the plaintiffs who testified complained about being prevented from pursuing the gaining of a livelihood. They speculated that they could each gain a better livelihood if only freed of the CWB's monopoly. However, a disadvantage does not constitute an impairment of one's ability to pursue a livelihood. A "livelihood" is not constitutionally guaranteed. The *Canadian Wheat Board Act* did not restrict any of the plaintiffs from pursuing the gaining of a livelihood in any province by virtue of their residence in one of the provinces in the designated area. The plaintiffs have not been denied the right to market their produce on a viable economic basis, in being required to sell through the CWB. There was no breach of the plaintiffs' rights guaranteed by subsection 6(2) of the Charter.

(3) The plaintiffs made two submissions under subsection 15(1) of the Charter. First, that they were discriminated against on the basis of residence in the designated area, which is an analogous ground under subsection 15(1). Second, that the regional differentiation between Canadian farmers as created by the designated area under the Act amounts to agronomic or demographic discrimination and is an analogous ground under subsection 15(1). The first submission fails to prove that the plaintiffs' residence in the designated area is an analogous ground which denies their human dignity or freedom. Parliament's definition of the designated area does not single out western Canadian farmers in a manner which negatively impacts on their fundamental human dignity or freedom. There was no evidence that the plaintiffs, as farmers who reside in the designated area, were a discreet and insular minority who are discriminated against on the basis of irrelevant personal characteristics. Geographical distinction is not an analogous ground and agronomic equality is not a Charter right. Section 15 of the Charter is inapplicable.

(4) Where an inquiry is conducted under section 1 of the Charter, the government must establish that the objective of the legislation relates to concerns which are press-

qu'exerce le gouvernement sur l'économie est une nécessité de la vie reconnue, mais la Charte ne devrait pas et ne peut pas servir de bouclier pour protéger un intérêt économique. En l'espèce, il n'y a pas d'association forcée, mais plutôt un contrat légal, sans lien de dépendance, de vente de grain contre de l'argent. La Charte n'est pas un instrument destiné à protéger les droits relatifs à la propriété ou à la liberté économique.

2) L'alinéa 6(2)b) de la Charte garantit la liberté de circulation d'une personne physique à l'intérieur du Canada et la capacité de cette personne de gagner sa vie. Toutefois, il ne confère pas un droit distinct au travail, ce qui est un aspect économique du droit. Aucun des demandeurs qui ont témoigné ne s'est plaint d'avoir été empêché de gagner sa vie. Ils ont supposé qu'ils pourraient mieux gagner leur vie si seulement ils étaient libérés du monopole exercé par la CCB. Cependant, un inconvénient ne constitue pas un empêchement de gagner sa vie. Un «gagne-pain» n'est pas garanti constitutionnellement. La *Loi sur la Commission canadienne du blé* n'a empêché aucun des demandeurs de gagner sa vie dans une province du fait de sa résidence dans l'une des provinces incluses dans la région désignée. On n'a pas porté atteinte au droit des demandeurs de commercialiser leurs produits d'une manière économiquement viable en les obligeant à passer par la CCB. Il n'y a eu aucune violation des droits des demandeurs que garantit le paragraphe 6(2) de la Charte.

3) Les demandeurs ont présenté deux arguments fondés sur le paragraphe 15(1) de la Charte. Premièrement, ils font l'objet de discrimination du fait de leur résidence dans la région désignée, ce qui constitue un motif analogue aux termes du paragraphe 15(1). Deuxièmement, la distinction régionale qui est faite entre les agriculteurs canadiens par la notion de région désignée en vertu de la Loi équivaut à une discrimination de nature agronomique ou démographique, ce qui constitue un motif analogue aux termes du paragraphe 15(1). Le premier argument ne prouve pas que le fait que les demandeurs résident dans la zone désignée constitue un motif analogue qui porte atteinte à leur dignité ou à leur liberté humaine. La définition que donne le législateur fédéral d'une région désignée ne vise aucunement les agriculteurs canadiens de l'Ouest d'une manière qui a une incidence négative sur leur dignité ou leur liberté humaine fondamentales. Aucun élément de preuve n'établit que les demandeurs, à titre d'agriculteurs résidant dans la région désignée, formaient une minorité discrète et isolée faisant l'objet d'une discrimination fondée sur des caractéristiques personnelles non pertinentes. La distinction géographique ne constitue pas un motif analogue et l'égalité agronomique n'est pas un droit protégé par la Charte. L'article 15 de la Charte n'est pas applicable.

4) Lorsqu'une analyse est menée à la lumière de l'article premier de la Charte, le gouvernement doit établir que l'objectif de la loi se rapporte à des préoccupations urgen-

ing and substantial in a free and democratic society and that the legislation itself is reasonable and demonstrably justified. Deference to socio-economic expertise of the government is an essential aspect of a section 1 analysis. The objective of the *Canadian Wheat Board Act*, for Charter purposes, is to provide for the orderly marketing of grain by controlling its purchase, sale and export through a single-desk marketing agency, the Canadian Wheat Board. The underlying purpose of the Act must be sufficiently important to warrant the abrogation, if any, of an individual's Charter rights. The focus of the inquiry is on the purpose of the legislation at the time of its enactment. The rationale for the repeated Parliamentary renewals of the Board's monopoly was the same: to curb the fluctuation of grain prices and to secure the orderly marketing of grain grown in Canada. Parliament knew well the problems associated with wildly fluctuating prices, the most obvious being the harm inflicted on farmers. The "harm" suffered by prairie farmers was also of national concern because of the role which grain played in the national economy. There is a rational connection between the objective of the legislation and what it is going to achieve. The Canadian Wheat Board has established that it facilitates the orderly marketing of Canadian grain. The issue of impairment to the plaintiffs' rights is whether keeping the Board as a non-voluntary pool is justified. The defendants have proved that the Board would not be viable in a so-called "dual market". The three advantages of pooling are the pooling of risk, removing the timing of sales as a factor in the market price and relieving the farmer of marketing responsibilities in order to concentrate on production decisions. Those advantages would be lost in a dual market. Should the Board's monopoly breach the plaintiffs' rights, it would be reasonable from a judicial point of view. The final aspect of the section 1 test is to determine whether the deleterious effects of the impugned legislative provisions outweigh its salutary effects. The salutary effect is the orderly marketing of grain so that the harmful effects of the open market on prairie farmers, and the resultant cost on all Canadians, are eliminated. On the other hand, any deleterious effects on the plaintiffs' constitutional rights do not sufficiently outweigh the salutary benefits provided by the Board's monopoly. Such monopoly is demonstrably justified in a free and democratic society.

(5) The Charter, being a new organ of the Constitution, cannot override a head of legislative power distributed in the original Constitution. The *Canadian Wheat Board* is a valid exercise of Parliament's power over trade and com-

tes et réelles dans une société libre et démocratique et que la loi elle-même est raisonnable et justifiée. Faire preuve de déférence envers la compétence socio-économique de l'État est un aspect essentiel d'une analyse faite en vertu de l'article premier. L'objectif de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, pour les besoins de la Charte, est d'assurer la commercialisation méthodique du grain en contrôlant l'achat, la vente et l'exportation de ce dernier par l'entremise d'un organisme de commercialisation à comptoir unique, la Commission canadienne du blé. La raison sous-jacente pour laquelle le législateur a adopté la Loi doit être suffisamment importante pour justifier l'abrogation, si abrogation il y a, d'un droit que la Charte confère à un individu. L'analyse porte sur l'objet de la loi au moment de son adoption. La raison d'être des renouvellements répétés du monopole de la Commission a été la même: contenir la variation des prix du grain et assurer la commercialisation méthodique du grain cultivé au Canada. Le Parlement était bien conscient des problèmes associés à des prix soumis à d'importantes variations, le plus évident étant le préjudice infligé aux agriculteurs. Le «préjudice» subi par les agriculteurs des Prairies était aussi une préoccupation d'ordre national en raison du rôle joué par le grain dans l'économie du pays. Il existe un lien rationnel entre l'objectif de la loi et ce que celle-ci va accomplir. La Commission canadienne du blé a établi qu'elle facilite l'organisation de la commercialisation du grain cultivé au Canada. La question de l'atteinte aux droits des demandeurs est de savoir s'il est justifié de garder la Commission canadienne au blé en tant que syndicat non volontaire. Les défenderesses ont démontré que la Commission ne serait pas viable dans un «marché double». Les trois avantages de la mise en commun sont la mise en commun des risques, la suppression du moment opportun des ventes en tant que facteur dans le prix du marché et le fait de dégager les agriculteurs de toute responsabilité en matière de commercialisation de manière à pouvoir se concentrer sur les décisions qui concernent la production. Ces avantages disparaîtraient dans un marché double. Si le monopole de la CCB crée une violation des droits des demandeurs, celle-ci est raisonnable d'un point de vue judiciaire. Le dernier aspect du critère relatif à l'article premier consiste à déterminer si les effets négatifs des dispositions législatives contestées l'emportent sur leurs effets favorables. L'effet favorable est la commercialisation méthodique des grains de manière à supprimer les effets préjudiciables du marché ouvert sur les agriculteurs des Prairies, et du coût que cela occasionne à tous les Canadiens. D'autre part, les effets négatifs sur les droits constitutionnels des demandeurs ne l'emportent pas sur les avantages favorables que procure l'existence du monopole exercé par la Commission. La justification de ce monopole peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

5) Étant un nouvel organe de la Constitution, la Charte ne peut avoir préséance sur une rubrique de compétence législative attribuée dans le texte original de la Constitution. La *Loi sur la Commission canadienne du blé* consti-

merce under section 91, class 2 of the *Constitution Act, 1867*. The legitimate legislative choice of the single-desk marketing system, if abolished, would abort Parliament's exercise of its trade and commerce power and render nugatory its intent to regulate the saltfish, grain or any other trade.

tue un exercice valide de l'autorité du Parlement sur le trafic et le commerce en vertu de l'article 91, catégorie 2, de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le choix législatif légitime du système de commercialisation à comptoir unique, s'il était aboli, empêcherait le Parlement d'exercer son pouvoir en matière de trafic et de commerce, et rendrait inopérante son intention de réglementer le poisson d'eau de mer, le grain ou tout autre produit commercial.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend The Canadian Wheat Board Act, 1935*, S.C. 1947, c. 15, Preamble, s. 2.
- Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10, ss. 2 "crop year", 16(1) (as am. by S.C. 1994, c. 45, s. 5).
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, ss. 1(a),(e), 2(e).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(a),(b),(d), 6(2),(3), 7, 11(d), 15(1).
- Canadian Wheat Board Act*, R.S.C. 1952, c. 44.
- Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24, ss. 2(1) "designated area", "permit book", (3), 4(1),(2), 5, 6 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 38, s. 2), 7(3), 24 (as am. *idem*, s. 6), 25 (as am. *idem*, s. 7), 26, 27, 28, 30, 31, 32(1) (as am. by S.C. 1995, c. 31, s. 2), (2), 33 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 38, s. 8; S.C. 1991, c. 33, s. 2; 1994, c. 39, s. 1; 1995, c. 31, s. 3), 34, 35, 45 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 48), 46(c) (as am. *idem*, s. 49), (d) (as am. *idem*), (e), 47 (as am. by S.C. 1995, c. 31, s. 4).
- Canadian Wheat Board Regulations*, C.R.C., c. 397, ss. 3, 4, 5, 6, 7, 8 (as am. by SOR/84-408, s. 1), 14 (as am. by SOR/95-338, s. 1), 14.1 (as enacted by SOR/93-360, s. 2; 93-486, s. 2), 23, 24.
- Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11.
- 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. 91.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 16(4).
- Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27.
- Marketing of Agricultural Products Act*, S.A. 1987, c. M-5.1, ss. 15(1), 18(1), 26.
- Prairie Grain Advance Payments Act*, R.S.C., 1985, c. P-18.
- Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20.
- War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206.
- War Measures Act, 1914 (The)*, S.C. 1914 (2nd Sess.), c. 2.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2(a),(b),(d), 6(2),(3), 7, 11(d), 15(1).
- Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16(4).
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 1(a),(e), 2e).
- 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. 91.
- Loi des mesures de guerre*, S.R.C. 1927, ch. 206.
- Loi des mesures de guerre, 1914*, S.C. 1914 (2e sess.), ch. 2.
- Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935*, S.C. 1947, ch. 15, préambule, art. 2.
- Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20.
- Loi sur la Commission canadienne du blé*, S.R.C. 1952, ch. 44.
- Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24, art. 2(1) «carnet de livraison», «région désignée», (3), 4(1),(2), 5, 6 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 38, art. 2), 7(3), 24 (mod., *idem*, art. 6), 25 (mod., *idem*, art. 7), 26, 27, 28, 30, 31, 32(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 31, art. 2), (2), 33 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 38, art. 8; L.C. 1991, ch. 33, art. 2; 1994, ch. 39, art. 1; 1995, ch. 31, art. 3), 34, 35, 45 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 48), 46c) (mod., *idem*, art. 49), d) (mod., *idem*), e), 47 (mod. par L.C. 1995, ch. 31, art. 4).
- Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27.
- Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), ch. G-10, art. 2 «campagne agricole», 16(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 45, art. 5).
- Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies*, L.R.C. (1985), ch. P-18.
- Marketing of Agricultural Products Act*, S.A. 1987, ch. M-5.1, art. 15(1), 18(1), 26.

Règlement sur la Commission canadienne du blé, C.R.C., ch. 397, art. 3 (mod. par DORS/89-365, art. 2, 3, 4), 4 (mod., *idem*, art. 3; 93-390, art. 8), 5, 6, (mod. par DORS/89-365, art. 2), 7, (mod., *idem*, art. 3), 8 (mod. par DORS/84-408, art. 1; 89-365, art. 2, 3), 14 (mod. par DORS/95-338, art. 1), 14.1 (édicte par DORS/93-360, art. 2; 93-486, art. 2), 23 (mod. par DORS/89-365, art. 2, 3), 24 (mod., *idem*, art. 3; 93-390, art. 4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union, [1991] 2 S.C.R. 211; (1991), 3 O.R. (3d) 511; 81 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 14,029; 4 C.R.R. (2d) 193; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241.

APPLIED:

Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99; *Murphy v. Canadian Pacific Railway Company and The Attorney General of Canada*, [1958] S.C.R. 626; (1958), 15 D.L.R. (2d) 145; 77 C.R.T.C. 322; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; (1984), 9 D.L.R. (4th) 161; 11 C.C.C. (3d) 481; 53 N.R. 169; 3 O.A.C. 321; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; (1989), 96 A.R. 352; 58 D.L.R. (4th) 317; [1989] 4 W.W.R. 1; 66 Alta. L.R. (2d) 97; 38 C.R.R. 193; 98 N.R. 266; *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; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *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; *Wong v. Canada*, [1997] 1 F.C. 193; (1996), 119 F.T.R. 306 (T.D.); *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; (1987), 38 D.L.R. (4th) 249; 87 CLLC 14,022; 32 C.R.R. 114; [1987] D.L.Q. 230; 75 N.R. 161; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R.

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211; (1991), 3 O.R. (3d) 511; 81 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 14,029; 4 C.R.R. (2d) 193; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99; *Murphy v. Canadian Pacific Railway Company and The Attorney General of Canada*, [1958] R.C.S. 626; (1958), 15 D.L.R. (2d) 145; 77 C.R.T.C. 322; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; (1984), 9 D.L.R. (4th) 161; 11 C.C.C. (3d) 481; 53 N.R. 169; 3 O.A.C. 321; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; (1989), 96 A.R. 352; 58 D.L.R. (4th) 317; [1989] 4 W.W.R. 1; 66 Alta. L.R. (2d) 97; 38 C.R.R. 193; 98 N.R. 266; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 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; *Wong c. Canada*, [1997] 1 C.F. 193; (1996), 119 F.T.R. 306 (1^{re} inst.); *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; (1987), 38 D.L.R. (4th) 249; 87 CLLC 14,022; 32 C.R.R. 114; [1987] D.L.Q. 230; 75 N.R. 161; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R.

(4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; [1991] 2 W.W.R. 385; (1990), 69 Man. R. (2d) 161; 62 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (4th) 1; 1 C.R.R. (2d) 1; 119 N.R. 161; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; (1987), 40 D.L.R. (4th) 18; 77 N.R. 241; 22 O.A.C. 321.

DISTINGUISHED:

Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson, [1996] N.W.T.R. 201; (1996), 132 D.L.R. (4th) 274; [1996] 3 W.W.R. 153; 38 Admin. L.R. (2d) 49 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. granted 18/10/96.

CONSIDERED:

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905); *Malartic Hygrade Gold Mines (Quebec) Ltd. c. R. (Québec)*, [1982] C.S. 1146; (1982), 142 D.L.R. (3d) 512 (Que. S.C.); *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84; 19 Q.A.C. 69; *Milk Bd. v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279; (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 116 (B.C.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1989] 1 S.C.R. xi; *Mia and Medical Services Commission of British Columbia, Re* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385; 61 B.C.L.R. 273; 15 Admin. L.R. 265; 16 C.R.R. 233 (B.C.S.C.); *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Haig v. Canada; Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995; (1993), 105 D.L.R. (4th) 577; 156 N.R. 81; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; (1992), 95 D.L.R. (4th) 202; 75 C.C.C. (3d) 449; 16 C.R. (4th) 1; 140 N.R. 1; 56 O.A.C. 161; *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.

REFERRED TO:

International Association of Machinists v. Street, 367 U.S. 740 (1961); *Queen (The) v. Klassen* (1959), 20

(4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; [1991] 2 W.W.R. 385; (1990), 69 Man. R. (2d) 161; 62 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (4th) 1; 1 C.R.R. (2d) 1; 119 N.R. 161; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; (1987), 40 D.L.R. (4th) 18; 77 N.R. 241; 22 O.A.C. 321.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson, [1996] N.W.T.R. 201; (1996), 132 D.L.R. (4th) 274; [1996] 3 W.W.R. 153; 38 Admin. L.R. (2d) 49 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 18-10-96.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905); *Malartic Hygrade Gold Mines (Quebec) Ltd. c. R. (Québec)*, [1982] C.S. 1146; (1982), 142 D.L.R. (3d) 512 (C.S. Qué.); *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84; 19 Q.A.C. 69; *Milk Bd. v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279; (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 116 (C.A.C.B.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1989] 1 R.C.S. xi; *Mia and Medical Services Commission of British Columbia, Re* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385; 61 B.C.L.R. 273; 15 Admin. L.R. 265; 16 C.R.R. 233 (C.S.C.-B.); *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995; (1993), 105 D.L.R. (4th) 577; 156 N.R. 81; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; (1992), 95 D.L.R. (4th) 202; 75 C.C.C. (3d) 449; 16 C.R. (4th) 1; 140 N.R. 1; 56 O.A.C. 161; *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.

DÉCISIONS CITÉES:

International Association of Machinists v. Street, 367 U.S. 740 (1961); *Queen (The) v. Klassen* (1959), 20

D.L.R. (2d) 406; 29 W.W.R. 369; 31 C.R. 275 (Man. C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1959] S.C.R. ix; *Winner v. S.M.T.*, [1951] S.C.R. 887; *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580 (H.L.); *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; [1990] N.W.T.R. 289; (1990), 72 D.L.R. (4th) 1; [1990] 5 W.W.R. 385; 49 C.R.R. 193; 90 CLLC 14,031; 112 N.R. 269; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; (1990), 71 D.L.R. (4th) 68; 47 C.R.R. 193; 111 N.R. 161; 40 O.A.C. 241; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; (1996), 133 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 131; 195 N.R. 81; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; (1996), 182 N.B.R. (2d) 81; 139 D.L.R. (4th) 385; 463 A.P.R. 81; 110 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (5th) 1; 203 N.R. 169.

D.L.R. (2d) 406; 29 W.W.R. 369; 31 C.R. 275 (C.A. Man.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1959] R.C.S. ix; *Winner v. S.M.T.*, [1951] R.C.S. 887; *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580 (H.L.); *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; [1990] N.W.T.R. 289; (1990), 72 D.L.R. (4th) 1; [1990] 5 W.W.R. 385; 49 C.R.R. 193; 90 CLLC 14,031; 112 N.R. 269; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; (1990), 71 D.L.R. (4th) 68; 47 C.R.R. 193; 111 N.R. 161; 40 O.A.C. 241; *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; (1996), 133 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 131; 195 N.R. 81; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; (1996), 182 N.B.R. (2d) 81; 139 D.L.R. (4th) 385; 463 A.P.R. 81; 110 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (5th) 1; 203 N.R. 169.

AUTHORS CITED

Etherington, Brian. "Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 1.

Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.

Hogg, Peter W. "A Comparison of the Canadian Charter of Rights and Freedoms with the Canadian Bill of Rights" in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (Supplemented). Toronto: Carswell, 1992.

House of Commons Debates, Vol. II, 2nd Sess., 27th Parl., 1967, at p. 1263.

Mandel, Michael. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Revised edition. Toronto: Thompson Educational, 1994.

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "association".

Oxford Latin Dictionary. Oxford: Oxford University Press, 1985, "associare", "societas".

Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 1988, "association".

Stratas, David. *The Charter of Rights in Litigation: Direction from the Supreme Court of Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996.

ACTION for declaratory relief that parts of the *Canadian Wheat Board Act* infringe certain rights

DOCTRINE

Débats de la Chambre des communes, vol. II, 2^e sess., 27^e Lég., 1967, à la p. 1263.

Etherington, Brian. «Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate» (1987), 19 *R.D. Ottawa* 1.

Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.

Hogg, Peter W. «Comparison entre la Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits» dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, eds. *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd. Montréal: Wilson et Lafleur, 1989.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (Supplemented). Toronto: Carswell, 1992.

Mandel, Michael. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Revised edition. Toronto: Thompson Educational, 1994.

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «association».

Oxford Latin Dictionary. Oxford: Oxford University Press, 1985, «associare», «societas».

Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 1988, «association».

Stratas, David. *The Charter of Rights in Litigation: Direction from the Supreme Court of Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996.

ACTION sollicitant une mesure de redressement déclaratoire portant que des parties de la *Loi sur la*

and freedoms guaranteed to the individual plaintiffs under the Charter. Action dismissed.

Commission canadienne du blé violent certains droits et libertés garantis aux individus demandeurs en vertu de la Charte. Action rejetée.

COUNSEL:

Keith F. Groves, Bryan D. Newton, Loran V. Halyn, Tamara Bews and Katherine Fraser for plaintiffs.

Brian H. Hay, Glenn D. Joyal and Sharlene Hermiston for defendants.

AVOCATS:

Keith F. Groves, Bryan D. Newton, Loran V. Halyn, Tamara Bews et Katherine Fraser pour les demandeurs.

Brian H. Hay, Glenn D. Joyal et Sharlene Hermiston pour les défenderesses.

SOLICITORS:

Sugimoto & Company, Calgary, for plaintiffs.

Deputy Attorney General of Canada for defendants.

PROCUREURS:

Sugimoto & Company, Calgary, pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada pour les défenderesses.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

1 MULDOON J.: The plaintiffs seek declaratory relief to the effect that parts of the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24 (the CWB Act, or the Wheat Board Act) result in breaches of one or more rights and freedoms guaranteed to the individual plaintiffs under 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 MULDOON: Les demandeurs sollicitent une mesure de redressement déclaratoire portant que certains éléments de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24 (la Loi sur la CCB, ou la Loi sur la Commission du blé) mènent à des violations d'un ou plusieurs droits et libertés garantis à chacun d'eux en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte).

The Designated Area

La région désignée

2 The Canadian Wheat Board (the CWB) enjoys that which is commonly known in the grain trade and among grain growers, including several witnesses at the trial of this action, as the "Board's monopoly", the "Wheat Board monopoly" or "single-desk [buying and] selling". The Board's monopoly operates, according to subsections 2(1) and (3) of the CWB Act, in the "designated area", being:

2 La Commission canadienne du blé (la CCB) jouit de ce qui est connu, au sein du marché des grains et chez les producteurs de grains, y compris plusieurs témoins à l'instruction de la présente action, sous le nom de «monopole de la Commission», de «monopole de la Commission du blé» ou d'«organisme [d'achat et] de vente à comptoir unique». Aux termes des paragraphes 2(1) et (3) de la Loi sur la CCB, le monopole de la Commission s'exerce dans la «région désignée», soit:

2. (1) . . .

“designated area” . . . comprised by the Provinces of Manitoba, Saskatchewan and Alberta, and those parts of . . . British Columbia known as the Peace River District and the Creston-Wyndel Areas, and such other areas as the Board may designate under subsection (3).

. . .

(3) The Board may, by order, designate parts of . . . British Columbia, other than the Peace River District and the Creston-Wyndel Areas, and parts of . . . Ontario lying in the Western Division that are included in the designated area for the purposes of this Act.

3 It may be noted, as many will know, that the designated area is that part of Canada in which wheat and barley are most efficiently and economically—as well as agronomically—grown. In fact an average of 41 502 000 acres were dedicated to those crops between 1985 and 1995 (CWB Annual Report 1994, Exhibit 10, at page 54).

The Corporate Parties

4 The plaintiff, the Alberta Barley Commission, is a body corporate, established as a “commission” within the meaning of that term under the *Marketing of Agricultural Products Act*, S.A. 1987, c. M-5.1, with its offices located in Calgary, Alberta (hereinafter sometimes the ABC). The ABC was established by the Lieutenant Governor in Council under subsections 15(1) and 18(1) upon the initiative of “a group of producers” having submitted “a proposed plan for the establishment . . . (d) of a plan that will be administered by a commission” . . . “where (a) a vote is in favour of the establishment of a plan referred to in section 15(1) . . . (d), or a plan referred to in section 15(1)(d) is exempted from the requirement of being submitted to a plebiscite”. Although the plaintiffs’ counsel indicated that they are financing this litigation through the ABC, the funds of that commission, their sources and the purposes for which they may be expended appear to be governed largely by section 26 of the above-cited provincial Act.

2. (1) . . .

«région désignée» La région formée des provinces du Manitoba, de la Saskatchewan et de l’Alberta, des parties de la . . . Colombie-Britannique connues sous les noms de district de Peace River et de régions Creston-Wyndell, ainsi que des régions éventuellement incluses dans cette région en application du paragraphe (3).

. . .

(3) La Commission peut, par ordonnance, inclure dans la région désignée des parties de la . . . Colombie-Britannique—à l’exception du district de Peace River et des régions Creston-Wyndell—et des parties de . . . [l’]Ontario comprises dans la région de l’Ouest.

3 Il peut être noté, comme beaucoup le savent, que la région désignée est la partie du Canada où l’on cultive du blé et de l’orge de la manière la plus efficace et économique—agronomique aussi—qui soit. En fait, en moyenne 41 502 000 acres ont été consacrées à ces produits agricoles entre 1985 et 1995 (Rapport annuel de la CCB, 1994, pièce 10, à la page 54).

Les sociétés en cause

4 L’Alberta Barley Commission, partie demanderesse, est une personne morale établie à titre de «commission», au sens où ce terme est défini à la *Marketing of Agricultural Products Act*, S.A. 1987, ch. M-5.1; ses bureaux sont situés à Calgary (Alberta) (cet organisme est appelé parfois ci-après l’ABC). L’ABC a été établie par le lieutenant-gouverneur en conseil en application des paragraphes 15(1) et 18(1), à l’instigation d’un «groupe de producteurs» ayant soumis [TRADUCTION] «un projet de plan d’établissement . . . d) d’un régime qui sera administré par une commission» . . . [TRADUCTION] «lorsqu’un vote est en faveur de l’établissement d’un plan mentionné au paragraphe 15(1) . . . d), ou un régime visé à l’alinéa 15(1)d) est dispensé de l’exigence d’être soumis à un plébiscite». Bien que les avocats des demandeurs aient indiqué qu’ils financent le présent litige par l’entremise de l’ABC, les fonds dont dispose la commission, leurs sources et les fins pour lesquelles ils peuvent être dépensés semblent être régis en grande partie par l’article 26 de la Loi provinciale susmentionnée.

5 The plaintiff, the Western Barley Growers Association (the WBGA), is incorporated under Alberta law, as a society whose primary goal is the encouragement of the growth of barley for human and livestock consumption within, and sales of barley from the western provinces of Manitoba, Saskatchewan, Alberta and British Columbia. Its office is located in Calgary.

5 La Western Barley Growers Association (la WBGA), partie demanderesse, est une société constituée en vertu des lois de l'Alberta, qui a pour principale mission de promouvoir la culture d'orge destiné à l'alimentation humaine et à celle du bétail au sein de cette province, ainsi que les ventes d'orge provenant des quatre provinces de l'Ouest: le Manitoba, la Saskatchewan, l'Alberta et la Colombie-Britannique. Le bureau de l'Association est situé à Calgary.

6 The defendant, the CWB, is:

6 La CCB, partie défenderesse:

(a) a body corporate established under Part I of the Wheat Board Act, subsection 4(1),

a) est une personne morale établie en vertu de la partie I de la Loi sur la Commission du blé, paragraphe 4(1),

(b) an agent of Her Majesty the Queen in right of Canada, according to subsection 4(2) of the Wheat Board Act, and

b) est mandataire de Sa Majesté du chef du Canada, selon le paragraphe 4(2) de la Loi sur la Commission du blé,

(c) headquartered in Winnipeg.

c) a son siège à Winnipeg.

The Wheat Board Act

La Loi sur la Commission du blé

7 Under the CWB Act and particularly under Part II, paragraph 28(f), the CWB is empowered to fix, and in fact fixes, from time to time, "quotas" of each kind of grain or any grade or quality thereof which may be delivered by producers to elevators or railway cars, within any period or periods, either generally or in specified areas or at specified delivery points or otherwise.

7 Aux termes de la Loi sur la CCB et, plus particulièrement, en vertu de la partie II, alinéa 28f), la CCB est habilitée à fixer, et fixe en fait, au besoin, pour une ou plusieurs périodes, généralement ou par régions, pour tels points de livraison ou selon d'autres critères, les «contingents» de chaque type, grade ou qualité de grains que peuvent livrer les producteurs à des silos ou à des wagons.

8 Part II of the Wheat Board Act applies only to grain produced in the designated area, but the provisions of that Act and regulations relevant to interprovincial and export trade apply equally throughout Canada. In regard to the delivery of grain to elevators in the designated area, section 24 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 38, s. 6] of the Act is pertinent. It runs:

8 La partie II de la Loi sur la Commission du blé ne s'applique qu'aux grains produits dans la région désignée, mais les dispositions de cette Loi et du règlement qui se rapportent au marché interprovincial et de l'exportation s'appliquent également sur l'ensemble du territoire canadien. En ce qui concerne la livraison de grains à des silos situés dans la région désignée, l'article 24 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 38, art. 6] de la Loi est pertinent. Son texte est le suivant:

24. (1) Notwithstanding anything in the *Canada Grain Act*, except with the permission of the Board, no person shall deliver grain to an elevator, and no manager or operator thereof shall receive delivery of grain unless

24. (1) Malgré la *Loi sur les grains du Canada*, les conditions applicables à la livraison des grains à un silo et à leur réception par le directeur ou l'exploitant de celui-ci sont, sauf autorisation contraire de la Commission, les suivantes:

(a) the person delivering the grain is the actual producer of, or is entitled as a producer to, the grain;

(b) at the time of delivery the person delivering the grain produces to the manager or operator a permit book under which that person is entitled to deliver the grain in the crop year in which delivery is made;

(c) the grain was produced in the crop year in which delivery is made on the lands described in the permit book or in any other crop year on any lands whatever;

(d) the grain is delivered at the delivery point named in the permit book; and

(e) the quantity of grain delivered, whether delivered for storage or sold, together with all grain of the same kind or grade previously delivered under the permit book during the crop year in which delivery is made, does not exceed the quota established by the Board for that delivery point for grain of the kind or grade delivered at the time it is delivered.

(2) Where grain is delivered by a producer to an elevator, the manager or operator thereof shall, immediately on completion of the delivery of the grain, truly and correctly record and enter the net weight in tonnes, after dockage, of the grain so delivered in the permit book under which delivery is made and shall initial the entry in the permit book.

Section 25 [as am. *idem*, s. 7] has like provisions governing delivery of grain into a railway car.

9 Currently, only wheat (including durum) and barley, by operation of section 47 [as am. by S.C. 1995, c. 31, s. 4] of the Act, are subject to the monopoly. These are commonly known as “Board grains”. Other crops, such as canola and oats, are often termed “off-Board grains”.

10 The “permit book” referred to in sections 24 and 25 is defined in subsection 2(1) of the Wheat Board Act to mean “a Canadian Wheat Board delivery permit issued pursuant to this Act by the Board for a crop year”. The right of a producer to compel the CWB to issue him or her a permit book and the use of such book are provided for in the Wheat Board Act as follows:

a) seuls le producteur-exploitant ou le producteur ayant droit aux grains peuvent les livrer;

b) celui qui livre les grains doit, au moment de la livraison, présenter au directeur ou à l'exploitant le carnet de livraison qui lui permet de livrer les grains pour la campagne agricole en cours;

c) si les grains ont été produits pendant la campagne agricole en cours, ils doivent provenir des terres désignées dans le carnet de livraison—sinon, ils peuvent provenir de n'importe quelle terre;

d) les grains doivent être livrés au point de livraison mentionné dans le carnet de livraison;

e) le total de la quantité de grains livrée—que la livraison ait pour objet la vente ou le stockage—et de celle des grains de même type ou de même grade déjà livrée au titre du carnet de livraison durant la campagne agricole en cours ne peut dépasser le contingent fixé par la Commission pour ce point de livraison et ce type ou ce grade de grains au moment de sa livraison.

(2) Dès la livraison terminée, le directeur inscrit fidèlement et correctement dans le carnet de livraison qui permet la livraison le poids net en tonnes, après extraction des impuretés, du grain livré, et il paraphe l'inscription.

L'article 25 [mod., *idem*, art. 7] comporte des dispositions similaires qui régissent la livraison de grains à un wagon.

À l'heure actuelle, seuls le blé (y compris le blé dur) et l'orge, par application de l'article 47 [mod. par L.C. 1995, ch. 31, art. 4] de la Loi, sont soumis au monopole. Ces produits sont connus sous le nom de «grains de la Commission». D'autres produits, comme le canola et l'avoine, sont souvent appelés «grains hors Commission».

Le «carnet de livraison» dont il est question aux articles 24 et 25 est défini au paragraphe 2(1) de la Loi sur la Commission du blé; il s'agit d'un «Carnet de livraison délivré par la Commission pour une campagne agricole, conformément à la présente loi». Le droit qu'a un producteur d'obliger la CCB à lui délivrer un carnet de livraison et l'utilisation de ce dernier sont prévus dans la Loi sur la Commission du blé:

26. (1) Subject to this Act, a producer may require the Board to issue a permit book authorizing delivery of grain produced on the land comprising the farm of the producer.

(2) The actual producer of grain on any land has the prior right to possession of the permit book in which the land is described but shall make the permit book available to any other producer entitled to deliver grain thereunder on the request of that producer.

(3) Not more than one permit book shall be issued in respect of land comprising any farm or group of farms operated as a unit.

(4) No permit book shall be issued to any person other than a producer.

Section 27 provides in subsection (1) that producers may deliver only their proper proportions of the quota, and in subsection (2) that a mortgagor, or a purchaser under an agreement for sale, is entitled to deliver his or her share of the grain in priority to any other producer.

11 The Board's powers of administration include the following:

28. The Board may, notwithstanding anything in the *Canada Grain Act*, but subject to directions, if any, contained in any order of the Governor in Council, by order,

(a) prescribe the forms of and manner of completing applications for permit books, permit books and such other forms as may be necessary for the administration of this Act;

(b) prescribe the manner in which applications for permit books shall be made and permit books shall be issued;

(c) prescribe the manner in which deliveries of grain under a permit book shall be recorded in the permit book or any other entry may be made in the permit book;

(d) prescribe a place on a railway as the delivery point at which grain may be delivered under a permit book;

(e) determine whether, for the purposes of this Act, two or more farms are operated as a unit;

(f) fix, from time to time, quotas of each kind of grain, or any grade or quality thereof, that may be delivered

26. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, tout producteur peut demander à la Commission la délivrance d'un carnet de livraison l'autorisant à livrer du grain produit sur les terres de son exploitation agricole.

(2) Le producteur-exploitant du grain cultivé sur les terres mentionnées au carnet de livraison a un droit prioritaire à la possession de celui-ci, mais il est tenu, sur demande, de le mettre à la disposition de tout autre producteur ayant droit de livrer du grain au titre du carnet.

(3) Il n'est délivré qu'un seul carnet de livraison pour toutes les terres d'une même exploitation agricole ou de plusieurs exploitations agricoles mises en valeur comme une seule unité.

(4) Les carnets de livraison ne sont délivrés qu'aux producteurs.

L'article 27 dispose, au paragraphe (1), que les producteurs ne peuvent livrer que leurs fractions du contingent et, au paragraphe (2), qu'un débiteur hypothécaire ou un acheteur, aux termes d'une convention de vente, a droit de livrer sa part du grain qui lui revient et par préférence aux autres producteurs.

Les pouvoirs d'administration de la Commission 11
comprennent les suivants:

28. Malgré la *Loi sur les grains du Canada*, mais sous réserve des instructions figurant dans les décrets du gouverneur en conseil, la Commission peut, par ordonnance:

a) fixer la forme des demandes de carnets de livraison et des carnets eux-mêmes, la manière de les remplir, ainsi que les autres imprimés qui peuvent être nécessaires à l'application de la présente loi;

b) fixer les modalités de présentation des demandes de carnets de livraison et de délivrance de ceux-ci;

c) fixer les modalités d'inscription aux carnets de livraison des livraisons de grains effectuées au titre de ceux-ci ou de toute autre mention à y faire;

d) déterminer le lieu qui, le long d'une ligne de chemin de fer, sert de point de livraison du grain visé par un carnet de livraison;

e) prévoir les cas où, pour l'application de la présente loi, plusieurs exploitations agricoles sont mises en valeur comme une seule unité;

f) fixer, au besoin, pour une ou plusieurs périodes, généralement ou par régions, pour tels points de livrai-

by producers to elevators or railway cars, within any period or periods, either generally or in specified areas or at specified delivery points or otherwise;

(g) notwithstanding anything in this Part, prohibit the delivery into or receipt by an elevator of any kind of grain, or any grade or quality thereof, either generally or otherwise;

(h) exclude any kind of grain, or any grade or quality thereof, from the provisions of this Part, in whole or in part, either generally or for any specified period or otherwise;

(i) require any kind of grain, or any grade or quality thereof, in any elevator to be delivered into railway cars or lake vessels;

(j) prohibit the delivery of any kind of grain, or of any grade or quality thereof, out of any elevator into railway cars or lake vessels;

(k) provide for the allocation of railway cars available for the shipment of grain at any delivery point to any elevator, loading platform or person at the delivery point; and

(l) require any person engaged in the business of delivering, receiving, storing, transporting or handling grain to make returns to the Board of information relating thereto or of any facilities therefor, owned, possessed or controlled by that person.

...

30. The Governor in Council may, by regulation, apply this Part to grain produced in any area in Canada outside the designated area specified in the regulation and to producers in respect of that grain, and thereafter, until the regulation is revoked, "grain" in this Part means grain produced in the designated area and in the area so specified in the regulation and "producer" means a producer in respect of that grain.

31. Subject to section 40, in this Part, "pool period" means a crop year.

12 "Crop year" is a familiar term and it is defined in section 2 of the *Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10, as:

2. . . .

"crop year" . . . subject to any order of the Governor in Council made pursuant to section 115, the period commencing on August 1 in any year and terminating on July 31 in the year next following.

son ou selon d'autres critères, les contingents de chaque type, grade ou qualité de grains que peuvent livrer les producteurs à des silos ou à des wagons;

g) par dérogation aux autres dispositions de la présente partie, interdire, généralement ou non, la livraison à un silo, ou la réception par celui-ci, de tout type, grade ou qualité de grains;

h) exempter tout type, grade ou qualité de grains de l'application de la présente partie, totalement ou partiellement, de façon générale, ou pour une période déterminée ou d'une autre façon;

i) exiger que tel type ou grade ou telle qualité de grains provenant de tels silos soient livrés dans des wagons, ou des navires naviguant sur les Grands Lacs;

j) interdire la livraison de tel type ou grade ou de telle qualité de grains provenant de tels silos aux wagons, ou aux navires naviguant sur les Grands Lacs;

k) prévoir l'attribution à des silos, quais de chargement ou personnes se trouvant à un point de livraison des wagons disponibles pour l'expédition du grain qui s'y trouve;

l) obliger toute personne s'occupant de livraison, de réception, de stockage, de transport ou de manutention de grains à présenter à la Commission des déclarations sur son activité ou les installations qui s'y rapportent et dont elle est propriétaire ou dont elle a la possession ou la responsabilité.

...

30. Le gouverneur en conseil peut, par règlement, appliquer la présente partie au grain produit dans une région du Canada qui se trouve à l'extérieur de la région désignée et aux producteurs de ce grain. Le cas échéant et tant que s'applique le règlement, «grain» s'entend, dans le cadre de la présente partie, du grain produit dans la région désignée et dans la région mentionnée dans le règlement et «producteur» s'entend du producteur de ce grain.

31. Sous réserve de l'article 40, «période de mise en commun» s'entend, pour l'application de la présente partie, d'une campagne agricole.

Une «campagne agricole» est une expression bien connue, définie à l'article 2 de la *Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), ch. G-10: 12

2. . . .

«campagne agricole» Sous réserve de tout décret contraire pris par le gouverneur en conseil en application de l'article 115, la période commençant le 1^{er} août d'une année et se terminant le 31 juillet de l'année suivante.

The Wheat Board Act and the *Canada Grain Act* in this subject are statutes *in pari materia*.

La Loi sur la Commission du blé et la *Loi sur les grains du Canada* sont, à cet égard, des lois dites en pareille matière.

13 Sections 5 and 6 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 38, s. 2] of the CWB Act set out the object and powers of the CWB. Its object under section 5 is to market “in an orderly manner, in interprovincial and export trade, grain grown in Canada”. The powers under section 6 allow the Wheat Board to carry out the mandate Parliament conferred on it.

Les articles 5 et 6 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 38, art. 2] de la Loi sur la CCB exposent la mission et les pouvoirs de la CCB. Selon l'article 5, la mission de cette dernière est d'organiser «dans le cadre du marché interprovincial et de l'exportation, la commercialisation du grain cultivé au Canada». Les pouvoirs énoncés à l'article 6 permettent à la Commission du blé d'exécuter le mandat que le législateur lui confie. 13

14 The *Canadian Wheat Board Regulations*, C.R.C., c. 397, set out how a producer can apply for a permit book in sections 3 to 8 [s. 8 (as am. by SOR/84-408, s. 1)].

Le *Règlement sur la Commission canadienne du blé*, C.R.C., ch. 397, décrit, aux articles 3 à 8 [art. 3 (mod. par DORS/89-365, art. 2, 3, 4), 4 (mod. *idem*, art. 3; 93-390, art. 8), 6 (mod. par DORS/89-365, art. 2), 7 (mod., *idem*, art. 3), 8 (mod. par DORS/84-408, art. 1; 89-365, art. 2, 3)], comment un producteur peut demander un livret de permis (carnet de livraison dans la Loi). 14

15 Sections 23 and 24 of the *Canadian Wheat Board Regulations* mandate that the Wheat Board determine the number of the quota acres for which each grain on a farmer's application may be delivered to an elevator.

Les articles 23 [mod. par DORS/89-365, art. 2, 3] et 24 [mod., *idem*, art. 3; 93-390, art. 4] du *Règlement sur la Commission canadienne du blé* prescrivent que la Commission doit préciser le nombre d'acres contingentées pour lesquelles chaque céréale, produite sur la terre décrite dans la demande d'un agriculteur, peut être livrée à un silo. 15

16 The backbone of the Wheat Board is its “pooling system”, which is set out in Part III of the CWB Act. When a farmer delivers grain to an elevator, that farmer is paid an initial payment, which will vary according to the type, (wheat, durum wheat, barley) and grade of grain. The initial payment is provided for in subsections 32(1) [as am. by S.C. 1995, c. 31, s. 2] and (2), which read:

Le pivot de la Commission canadienne du blé est son «système de mise en commun», décrit à la partie III de la Loi sur la CCB. L'agriculteur qui livre des grains à un silo touche un acompte, qui variera selon le type (blé, blé dur, orge) et le grade de ses grains. L'acompte est prévu aux paragraphes 32(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 31, art. 2] et (2), dont le texte est le suivant: 16

32. (1) The Board shall undertake the marketing of wheat produced in the designated area in interprovincial and export trade and for that purpose shall

32. (1) Il incombe à la Commission de commercialiser, dans le cadre du commerce interprovincial et de l'exportation, le blé produit dans la région désignée. À cette fin, elle:

(a) buy all wheat produced in the designated area and offered by a producer for sale and delivery to the Board at an elevator or in a railway car in accordance with this Act and the regulations and the orders of the Board;

a) achète tout le blé produit dans la région désignée et que les producteurs offrent de lui vendre et de lui livrer à un silo ou à un wagon conformément à la présente loi, aux règlements et à ses ordonnances;

(b) pay to producers selling and delivering wheat produced in the designated area to the Board, at the time of delivery or at any time thereafter as may be agreed on, a sum certain per tonne basis in storage at a pooling point to be fixed from time to time

(i) by regulation of the Governor in Council in respect of wheat of a base grade to be prescribed in those regulations, and

(ii) by the Board, with the approval of the Governor in Council, in respect of each other grade of wheat;

(b.1) deduct from the sum certain referred to in paragraph (b) the amount per tonne determined under subsection (2.1) for the delivery point of the wheat to the Board;

(c) where, pursuant to paragraph (b), the sum certain payable to producers in respect of wheat of any grade is increased during a pool period, pay to any person the amount of the increase in respect of each tonne of wheat of that grade produced in the designated area and sold and delivered by that person as a producer to the Board during the pool period prior to the day on which the increase becomes effective; and

(d) issue to a producer, who sells and delivers wheat produced in the designated area to the Board, a certificate indicating the number of tonnes purchased and delivered and the grade thereof, which certificate entitles the producer named therein to share in the equitable distribution of the surplus, if any, arising from the operations of the Board with regard to the wheat produced in the designated area sold and delivered to the Board during the same pool period.

(2) Each sum certain fixed by the Board pursuant to paragraph (1)(b) in respect of a grade of wheat other than a base grade shall be an amount that brings the sum certain for that grade into proper price relationship with the sum certain for the base grade.

17 Section 33 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 38, s. 8; S.C. 1991, c. 33, s. 2; 1994, c. 39, s. 1; 1995, c. 31, s. 3] provides for both interim and final payments to a farmer. At the end of a pool year, all producers who sold grain into a pool will receive the same price per tonne, notwithstanding what market prices were when the grain was actually delivered. Section 33 warrants notice but is too voluminous to recite here.

18 Sections 34 and 35 of the Act allow the Board to pay a premium to a producer if the wheat can be

b) paie à ces producteurs, au moment de la livraison ou à une date ultérieure convenue, la somme déterminée par tonne, en magasin à un point de mise en commun, fixée:

(i) par règlement du gouverneur en conseil, pour ce qui est du blé du grade de base déterminé par le règlement,

(ii) par elle, avec l'approbation du gouverneur en conseil, pour ce qui est des autres grades,

b.1) retient sur la somme visée à l'alinéa b) le montant par tonne déterminé en application du paragraphe (2.1) pour le point de livraison du blé;

c) fait bénéficier les producteurs, à compter du début de la période de mise en commun, de toute augmentation de prix survenue au cours de la période et applicable au grade de blé qu'ils ont vendu et livré;

d) délivre à chaque producteur qui lui vend et livre du blé produit dans la région désignée un certificat indiquant le nombre de tonnes achetées et livrées et le grade du blé, le certificat donnant droit à son titulaire de participer à la distribution équitable de l'éventuel excédent résultant des opérations qu'elle fait sur le blé produit dans la région désignée et qui lui est vendu et livré au cours de la même période de mise en commun.

(2) La Commission fixe les prix visés à l'alinéa (1)b) pour un grade de blé donné de façon à garder un juste rapport entre le prix de celui-ci et celui qui est fixé pour le grade de base.

L'article 33 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 38, art. 8; L.C. 1991, ch. 33, art. 2; 1994, ch. 39, art. 1; 1995, ch. 31, art. 3] porte sur les versements intérimaires et définitifs qui sont faits aux agriculteurs. À la fin d'une année de mise en commun, tous les producteurs qui ont vendu des grains en commun reçoivent le même prix à la tonne, indépendamment des prix du marché qui étaient en vigueur au moment de la livraison des grains. L'article 33 vaut la peine d'être noté, mais il est trop long pour être cité ici.

Les articles 34 et 35 de la Loi permettent à la Commission de verser une prime à un producteur

identified as having an “inherent quality characteristic that distinguishes it from any other wheat within that grade” (paragraph 35(a)).

19 If the CWB incurs losses, the farmer is nevertheless still guaranteed the initial price. Subsection 7(3) in turn guarantees parliamentary indemnification for the Board.

20 The grades in reference to which the CWB establishes the pools are set out by the Canadian Grain Commission, which by subsection 16(1) [as am. by S.C. 1994, c. 45, s. 5] of the *Canada Grain Act*, may, by regulation, establish grades and grade names for any kind of western grain and eastern grain and establish the specifications for those grades and set out a method or methods, visual or otherwise, for determining the characteristics of the grain for the purposes of meeting the quality requirements of purchasers of grain.

21 Part IV of the *Canadian Wheat Board Act* gives the Board some of the “teeth” to enforce its monopoly. Section 45 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 48] runs:

45. Except as permitted under the regulations, no person other than the Board shall

(a) export from Canada wheat or wheat products owned by a person other than the Board;

(b) transport or cause to be transported from one province to another province, wheat or wheat products owned by a person other than the Board;

(c) sell or agree to sell wheat or wheat products situated in one province for delivery in another province or outside Canada; or

(d) buy or agree to buy wheat or wheat products situated in one province for delivery in another province or outside Canada.

22 It is this section and the regulation-making provisions for the granting of export permits (paragraphs 46(c) [as am. *idem*, s. 49], (d) [as am. *idem*] and (e)) which frustrate the plaintiffs and other like-minded producers from directly accessing allegedly

s’il est possible de déterminer que le blé «possède une caractéristique intrinsèque, en termes de qualité, qui le distingue du reste» (alinéa 35a)).

19 Si la CCB accuse une perte, le prix initial est quand même garanti à l’agriculteur. Le paragraphe 7(3) garantit à la Commission une indemnisation de la part du Parlement.

20 Les grades par rapport auxquels la CCB établit les mises en commun sont fixés par la Commission canadienne des grains qui, en application du paragraphe 16(1) [mod. par L.C. 1994, ch. 45, art. 5] de la *Loi sur les grains du Canada*, peut, par règlement, établir des grades et des noms de grade pour n’importe quel type de grain de l’Ouest et de l’Est, et fixer les prescriptions relatives à ces grades, et prévoir une ou plusieurs méthodes, visuelles ou autres, qui permettent de déterminer les caractéristiques des grains dans le but de satisfaire aux exigences de qualité des acheteurs.

21 La partie IV de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* donne à la Commission une partie des «dents» dont elle a besoin pour exercer son monopole. Le texte de l’article 45 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 48] est le suivant:

45. Sauf autorisation contraire des règlements, seule la Commission peut:

a) exporter du blé ou des produits du blé appartenant à d’autres personnes;

b) transporter ou faire transporter d’une province à une autre du blé ou des produits du blé appartenant à d’autres personnes;

c) vendre ou consentir à vendre du blé ou des produits du blé se trouvant dans une province pour livraison dans une autre province ou à l’étranger;

d) acheter ou consentir à acheter du blé ou des produits du blé se trouvant dans une province pour livraison dans une autre province ou à l’étranger.

22 C’est cet article et les dispositions d’établissement de règlements en vue de l’octroi de permis d’exportation (alinéas 46c) [mod., *idem*, art. 49], d) [mod., *idem*] et e)) qui empêchent les demandeurs et d’autres producteurs animés des mêmes intentions d’a-

lucrative extra-provincial markets without going through the CWB. The Act in Part VII provides *Offences and Punishment* as further “dentition”.

- 23 The Wheat Board’s licence granting powers are provided in sections 14 [as am. by SOR/95-338, s. 1] and 14.1 [as enacted by SOR/93-360, s. 2; 93-486, s. 2] of those Regulations:

14. The Board may grant a licence for the export, or for the sale or purchase for delivery outside Canada, of wheat, wheat products, barley or barley products if

(a) the export, sale or purchase of the grain or products for which the licence is sought does not adversely affect the marketing by the Board, in interprovincial or export trade, of grain grown in Canada; and

(b) the applicant pays to the Board a sum of money that, in the opinion of the Board, represents the pecuniary benefit enuring to the applicant pursuant to the granting of the licence, arising solely by reason of the prohibition of the export of that grain or those products without a licence, and the then existing differences between the prices of that grain or those products inside and outside Canada.

14.1 The Board may grant a licence for the transportation from one province to another, or for the sale or delivery anywhere in Canada, of wheat, wheat products, barley or barley products, but no fee shall be charged for such a licence.

- 24 As it may not be readily apparent from the recitation of the foregoing legislation, the so-called “three pillars” of the Wheat Board warrant identification. The first is that it is a single desk marketer (by virtue of the monopoly over western Canadian wheat and barley). The second pillar is pooling of prices. The third is that the federal government underwrites the initial payment and guarantees the CWB’s borrowings (Exhibit 10, at page 4).

The Plaintiffs

- 25 It is admitted by the defendants that each of the individual plaintiffs is: a citizen or permanent resi-

voir directement accès à des marchés extraprovinciaux censément lucratifs sans passer par la CCB. Pour plus de «mordant», la Loi prévoit, à la partie VII, diverses *Infractions et peines*.

23 Les pouvoirs d’octroi de licence dont jouit la Commission canadienne du blé sont prévus aux articles 14 [mod. par DORS/95-338, art. 1] et 14.1 [édicte par DORS/93-360, art. 2; 93-486, art. 2] du Règlement:

14. La Commission peut octroyer des licences pour l’exportation ou pour la vente ou l’achat en vue de la livraison à l’étranger de blé, de produits du blé, d’orge ou de produits de l’orge si les conditions suivantes sont réunies:

a) l’exportation, la vente ou l’achat des grains ou des produits pour lesquels une licence est demandée ne nuit pas, dans le cadre du commerce interprovincial ou de l’exportation, à la commercialisation par la Commission du grain cultivé au Canada;

b) le demandeur verse à la Commission une somme qui, de l’avis de celle-ci, correspond à l’avantage pécuniaire que représente la licence, lequel avantage découle uniquement, d’une part, du fait que sans cette licence l’exportation serait interdite et, d’autre part, des différences existant à ce moment, entre les prix intérieurs et extérieurs, des grains ou des produits en question.

14.1 La Commission peut octroyer des licences pour le transport d’une province à une autre ou pour la vente ou la livraison en quelque lieu du Canada de blé, de produits du blé, d’orge ou de produits de l’orge, ces licences étant octroyées à titre gratuit.

24 Comme cela ne ressort peut-être pas de façon évidente de l’extrait qui précède, les soi-disant «trois piliers» de la Commission canadienne du blé valent la peine d’être mentionnés. Le premier est que cette dernière est un négociant à comptoir unique (en raison du monopole qu’elle exerce sur le blé et l’orge de l’Ouest canadien). Le deuxième pilier est la mise en commun des prix. Le troisième est que le gouvernement fédéral assure le versement initial (l’acompte) et garantit les emprunts de la CCB (pièce 10, à la page 4).

Les parties demandereses

25 Les défenderesses reconnaissent que chacun des demandeurs est: un citoyen ou résident permanent du

dent of Canada; a producer of grain from land identified on Exhibit 1, a prairie provinces map, on which he resides, located in one of those provinces; a “producer” and “actual producer” of “wheat” and/or “barley” with the meaning of those terms (wheat and barley hereinafter called “grain”) as defined in the Wheat Board Act; ordinarily resident in the designated area in Manitoba, Saskatchewan or Alberta.

Canada; un producteur de grains sur des terres indiquées à la pièce 1—une carte des provinces des Prairies—où il réside, dans l’une de ces provinces; un «producteur» et un «producteur-exploitant» de «blé» et/ou d’«orge» au sens où ces deux mots (l’orge et le blé sont désignés ci-après par le mot «grain») sont définis dans la Loi sur la Commission du blé; et résidant ordinairement dans la région désignée au Manitoba, en Saskatchewan ou en Alberta.

26 The individual plaintiffs are all grain farmers who reside in the designated area. Of the nineteen plaintiffs, six were called as witnesses. Their testimony illustrates a simple point: while each operation is unique and has its own particular challenges, for each it is only more or less practical (in some instances “necessary”), to come into contact with the Wheat Board.

Les demandeurs sont tous des producteurs de grains qui résident dans la région désignée. Six des 26 19 demandeurs ont été appelés comme témoins. Leurs témoignages illustrent un point bien simple: si chaque exploitation est unique et comporte ses difficultés particulières, il est, pour chacune, seulement plus ou moins pratique («nécessaire» dans certains cas) d’entrer en contact avec la Commission canadienne du blé.

27 Brian Otto farms just outside of Warner, Alberta. He is a school teacher by training and a farmer by choice (transcript: Vol. I, at page 163). He owns 2200 acres and grows wheat, barley and specialty crops (Exhibit 2; transcript: Vol. I, at page 77). Wheat and barley are part of the rotation—the cornerstone of Mr. Otto’s farming continuous cropping operation—which provides ground cover for the land and controls some of the diseases to which specialty crops are prone (transcript: Vol. I, at page 77). Brian Otto currently grows Canadian Prairie spring and winter wheat. These are both particularly well suited to the geographic and agronomical circumstances of his operation (transcript: Vol. I, at pages 90-94). The barley, Harrington, is grown for the same reasons. Mr. Otto grows barley for the malt market. What is not accepted for malting is sold into the local feed market at lower price. Spring and autumn are the times of highest cash flow and careful management must be imposed to ensure obligations are met (transcript: Vol. I, at page 128).

Brian Otto cultive ses terres juste à côté de Warner (Alberta). Il est enseignant de formation et agriculteur par choix (notes sténographiques: vol. I, à la page 163); il possède 2 200 acres de terres et cultive du blé, de l’orge et des produits agricoles spéciaux (pièce 2; notes sténographiques: vol. I, à la page 77). Le blé et l’orge font partie de la rotation culturale—la pierre angulaire de l’assolement continu que pratique M. Otto—qui assure une couverture végétale et enrave certaines des maladies auxquelles sont sensibles les produits agricoles spéciaux (notes sténographiques: vol. I, à la page 77). M. Otto cultive à l’heure actuelle du blé de printemps et d’hiver des Prairies canadiennes, deux types de blé qui conviennent particulièrement bien aux caractéristiques géographiques et agronomiques de son exploitation (notes sténographiques: vol. I, aux pages 90 à 94). L’orge—Harrington—est cultivé pour les mêmes raisons. M. Otto le destine au marché brassicole. L’orge qui ne convient pas à ce marché est vendu sur le marché fourrager à moindre prix. Le printemps et l’automne sont les deux périodes de l’année où les mouvements de fonds sont les plus importants, et il faut faire preuve d’une gestion avisée pour s’assurer que les obligations sont remplies (notes sténographiques: vol. I, à la page 128).

- 28 Mr. Otto finds that the Board's monopoly impairs his operation because he is unable to market his grain directly to the United States when American prices are higher unless he participates in a "buy-back" (transcript: Vol. I, at pages 123-124). It is permissible for producers to export "Board grain" if they obtain an export permit by first selling grain to the CWB and then buying it back (section 14 of the Regulations). The same result happens when Mr. Otto wants to sell any feed grain outside of Alberta (transcript: Vol. I, at page 156).
- 28 M. Otto estime que le monopole qu'exerce la Commission entrave son exploitation, car il lui est impossible de vendre directement son grain aux États-Unis quand les prix américains sont supérieurs, à moins de participer à un «rachat» (notes sténographiques: vol. I, aux pages 123 et 124). Les producteurs sont autorisés à exporter des «grains de la Commission» s'ils obtiennent une licence d'exportation en vendant d'abord leur grain à la CCB et en le rachetant par la suite (article 14 du Règlement). La même chose se produit lorsque M. Otto désire vendre du grain fourrager à l'extérieur de l'Alberta (notes sténographiques: vol. I, à la page 156).
- 29 Mr. Otto testified as to his perception of how the permit book and contract system work. He sees the permit book system as allowing him to deliver a certain number of bushels to the CWB every year for an assigned acreage. The CWB decides the quota (bushels/acre) (transcript: Vol. I, at page 149). Currently, it must take 1.7 bushels/acre if there is room in the elevator system. As typical production is 25-30 bushels of grain per acre, about 3-5% of production is required to be taken by the CWB. A permit book is needed to sell all "Board grain" in an export position (transcript: Vol. I, at page 150). Under the contract programs, there are four offerings: A, B, C and D. The "A" offering comes in October of the crop year. The farmer can make an offer to the CWB, and it can accept delivery over and above the quota (transcript: Vol. I, at page 152). The seller cannot deliver immediately. Delivery can only happen when the Canadian Wheat Board calls the contract. The Wheat Board may call all or part of the contract. If the contract is not called, the farmer must store the crop. In Brian Otto's case, he must store the grain on his farm. He has enough space only for one full crop. There is little room for hold-over (transcript: Vol. I, at pages 153-155).
- 29 M. Otto a expliqué comment fonctionne, selon lui, le système de contrats et de carnets de livraison. Le système des carnets de livraison lui permet, considère-t-il, de livrer chaque année à la CCB un certain nombre de boisseaux pour une superficie désignée. C'est la CCB qui fixe le contingent (boisseaux/acre) (notes sténographiques: vol. I, à la page 149). À l'heure actuelle, elle doit accepter 1,7 boisseau/acre s'il y a de la place dans le réseau de silos. Étant donné que la production caractéristique est de 25 à 30 boisseaux de grains l'acre, la CCB doit prendre de 3 à 5 p. 100 de la production. Il est nécessaire de détenir un carnet de livraison pour vendre à l'exportation les «grains de la Commission» (notes sténographiques: vol. I, à la page 150). Les programmes de contrats comportent quatre offres: A, B, C, et D. L'offre «A» a lieu au mois d'octobre de la campagne de récolte. L'agriculteur peut faire une offre à la CCB, et celle-ci peut accepter qu'on lui livre une quantité qui excède le contingent (notes sténographiques: vol. I, à la page 152). Le vendeur ne peut livrer le grain immédiatement. La livraison ne peut se faire qu'au moment où la Commission canadienne du blé procède à un appel dans le cadre du contrat. La Commission peut appeler la totalité ou une partie de la quantité visée par le contrat. Si un appel n'est pas fait, l'agriculteur doit stocker sa récolte. M. Otto le fait sur sa ferme. Il n'a de la place que pour une seule récolte complète. Il a peu de place pour l'excédent (notes sténographiques: vol. I, aux pages 153 à 155).
- 30 Tim Harvie lives and farms just outside of Cochrane, Alberta, to the west of Calgary. On his
- 30 Tim Harvie vit juste à côté de Cochrane (Alberta), à l'ouest de Calgary et y pratique l'agriculture. Sur

907 acres he grows barley, oats and canola (Exhibit 5; transcript: Vol. I, at page 191). Most of his grains are grown for the feed market. What he can grow is restricted by the climatic conditions imposed by the high altitude of his farm, situated on the foothills of the Rocky Mountains. Mr. Harvie has also started a feed grain rolling enterprise. The feed grains are rolled, then delivered directly to the purchaser. In essence, he has added value "on site". The balance of the feed grains are sold directly to local feed lots (transcript: Vol. I, at pages 179-180).

ses 907 acres de terres, il cultive de l'orge, de l'avoine et du canola (pièce 5; notes sténographiques: vol. I, à la page 191). La majeure partie de ses grains sont destinés au marché fourrager. Ce qu'il peut cultiver est limité par les conditions climatiques qu'impose l'altitude à laquelle se trouve son exploitation agricole, laquelle est située dans les contreforts des Rocheuses. M. Harvie a également lancé une entreprise de concassage de grains fourragers. Ces derniers sont concassés, et ensuite livrés directement à l'acheteur. Il dispose, essentiellement, d'une valeur ajoutée «sur place». Le reste des grains fourragers est vendu directement à des parcs d'engraissement locaux (notes sténographiques: vol. I, aux pages 179 et 180).

31 Mr. Harvie is the chairman of the Alberta Barley Commission, the corporate plaintiff (transcript: Vol. I, at page 191). The Alberta Barley Commission funded this litigation (transcript: Vol. II, at page 225). Mr. Harvie finds the pooling aspect of the Board's monopoly does not reward producers for their top product. He does not want to share the value of his extra production effort with the pool (transcript: Vol. II, at page 255).

M. Harvie est le président de l'Alberta Barley Commission, la société demanderesse (notes sténographiques: vol. I, à la page 191). C'est cet organisme qui a financé le présent litige (notes sténographiques: vol. II, à la page 225). M. Harvie est d'avis que l'aspect «mise en commun» du monopole de la Commission ne récompense pas les producteurs pour leurs produits de première qualité. Il ne veut pas partager la valeur de son effort de production supplémentaire avec le syndicat (notes sténographiques: vol. II, à la page 255).

32 Mr. Harvie described how he is paid by the CWB for malt barley. The same process occurs for all so-called Board grains. When the barley is delivered, he is paid the initial price currently in force. Deducted from the initial payment are freight and handling, elevation, dockage and in the case of barley, a voluntary "check off" for the barley commission. What remains is Mr. Harvie's farm gate price (transcript: Vol. II, at page 243). In terms of final payment, the CWB forecasts the pool return based on its analysis of the world market. Interim payments are made when it is feasible for the CWB to do so without jeopardizing the pool. The final payment usually comes in the January following the harvest (transcript: Vol. II, at page 244).

M. Harvie a décrit comment la CCB lui paye son orge brassicole. Le processus est le même pour tous les grains de la Commission. Lorsque l'orge est livré, la Commission lui paie le prix initial en vigueur à ce moment-là. Sont défalqués du versement initial les frais de transport et de manutention, d'ensilage, de nettoyage et, dans le cas de l'orge, un «prélèvement» volontaire pour la commission de l'orge. Ce qui reste est le prix à la production de M. Harvie (notes sténographiques: vol. II, à la page 243). Quant au versement final, la CCB prévoit le rendement du syndicat en se fondant sur son analyse du marché mondial. Les versements intérimaires sont effectués lorsque la CCB peut le faire sans mettre en danger le syndicat. Le versement définitif est habituellement payé au mois de janvier qui suit la récolte (notes sténographiques: vol. II, à la page 244).

33 Mr. Harvie personally markets his canola a so-called "off-Board" crop. Generally, he does not want

M. Harvie commercialise lui-même son canola, un produit «hors-Commission». En général, il ne tient

to sell his crop at harvest-time prices because canola's value is often lower, due to the ample supply at that time. Mr. Harvie is fortunate because he lives near a large terminal facility in Calgary which has the capability of storing his entire crop. Usually he enters into a basis contract (called "the November basis contract") with a grain company, in his case Cargill, the previous winter (November to January). The November contract assures him elevator space and is based on his estimate of fall harvest. After considering market prices, which he receives daily, Mr. Harvie signs the contract when the basis (the dollar number deducted from the contract) is narrow because there will be less deducted from the future contract for his price. After he signs the contract, Mr. Harvie is obligated to deliver the contracted amount (transcript: Vol. II, at page 264).

34 In terms of risk management, plaintiff Harvie essentially self-pools. He commits various percentages of his anticipated production, in 20 tonne lots, to guard against sudden price decreases and to share in any increases (transcript: Vol. II, at pages 266-267). Other tools he uses include options. He pays a premium when he buys a call option but establishes a floor price. If market prices decrease, the option will expire worthless. Only the premium is forfeited. If the market increases, the call options appreciate in value and he can sell them at any time in the future at the higher value. Mr. Harvie will also sometimes buy put options, which establish a maximum price and guard against falling markets (transcript: Vol. II, at pages 268-269).

35 The plaintiff Paul Orsak farms wheat, canola and peas near Binscarth, Manitoba. Wheat comprises about 50%, canola 30% and peas 20% of the land he farms (transcript: Vol. III, at page 379). Mr. Orsak and his father have a closely integrated operation, sharing equipment and labour (transcript: Vol.

pas à vendre son canola aux prix en vigueur au moment de la récolte, car la valeur du canola est souvent inférieure, vu l'ampleur de l'approvisionnement à cette époque-là. M. Harvie est chanceux, car il vit près d'une grosse installation terminale à Calgary, où il peut stocker l'ensemble de sa récolte. Habituellement, il conclut un contrat de base (appelé ci-après le «contrat de base de novembre») avec une société céréalière—Cargill, en l'occurrence—l'hiver précédent (de novembre à janvier). Le contrat de novembre lui garantit de la place dans des silos, et il est fondé sur son estimation de la récolte de l'automne. Après avoir examiné les prix du marché, dont il prend connaissance tous les jours, M. Harvie signe le contrat lorsque la base (le chiffre en dollars déduit du contrat) est étroite parce qu'un montant moindre sera déduit du contrat futur pour son prix. Après avoir signé le contrat, M. Harvie est tenu de livrer le montant indiqué (notes sténographiques: vol. II, à la page 264).

En ce qui concerne la gestion des risques, M. Harvie pratique essentiellement lui-même la mise en commun. Il réserve divers pourcentages de sa production prévue, en lots de 20 tonnes, pour se prémunir des baisses soudaines de prix et pour tirer parti de toute augmentation (notes sténographiques: vol. II, aux pages 266 et 267). Les options font partie des autres instruments qu'il utilise. Il paie une prime lorsqu'il achète une option d'achat, mais il fixe un prix plancher. Si les prix du marché diminuent, l'option expirera, sans aucune valeur. Seule la prime est retenue. Si le marché est en hausse, la valeur des options d'achat augmente, et il peut les vendre ultérieurement, à quelque moment que ce soit, à la valeur supérieure. M. Harvie achète aussi parfois des options de vente, qui fixent un prix maximal et offrent une protection contre les marchés en baisse (notes sténographiques: vol. II, aux pages 268 et 269).

Le demandeur Paul Orsak cultive du blé, du canola et des pois, près de Binscarth (Manitoba). Le blé représente environ 50 p. 100, le canola 30 p. 100 et les pois 20 p. 100 des terres qu'il exploite (notes sténographiques: vol. III, à la page 379). M. Orsak et son père possèdent une exploitation étroitement

III, at page 375). The combined landholdings of Mr. Orsak and his father are about 3800 acres, with the plaintiff farming just over 2000 acres (Exhibit 8). "Short seasoned" cereal crops are best suited to Mr. Orsak's land, situated just west of the Riding Mountain escarpment. The higher altitude limits the number of frost-free days and September rainfall complicates harvest (transcript: Vol. III, at pages 380-382). Because of its disease prevention rôle, wheat is an important part of Mr. Orsak's crop rotation cycle. It cannot be replaced by peas and lentils.

intégrée, dont ils partagent le matériel et la main-d'œuvre (notes sténographiques: vol. III, à la page 375). La superficie totale des terres appartenant à M. Orsak et son père est d'environ 3 800 acres, et le demandeur exploite une superficie d'un peu plus de 2 000 acres (pièce 8). Les céréales «à cycle court» sont les produits qui conviennent le mieux aux terres de M. Orsak, lesquelles sont situées juste à l'ouest de l'escarpement du Mont Riding. L'altitude limite le nombre de jours sans gelées, et les pluies de septembre compliquent le travail de récolte (notes sténographiques: vol. III, aux pages 380 à 382). À cause du rôle qu'il joue sur le plan de la prévention des maladies, le blé constitue un élément important du cycle de rotation culturale qu'applique M. Orsak. Le blé ne peut être remplacé par des pois et des lentilles.

36 The highest cash outflow periods for Mr. Orsak are June/July and October/November. Cash inflow is difficult to manage because it depends on market conditions, space in the grain system to accept delivery of grain, price, and Wheat Board quotas and contract calls (transcript: Vol. III, at pages 404-405). Mr. Orsak has considered the buyback scheme but the amount of money which the CWB wanted to do the deal negated any price advantage which could have been realized through private export (transcript: Vol. III, at page 412).

Pour M. Orsak, les périodes de sorties de fonds 36 les plus importantes sont les mois de juin-juillet et d'octobre-novembre. Les entrées de fonds sont difficiles à gérer, car elles sont subordonnées aux conditions du marché, à l'espace disponible au sein du réseau de silos, aux prix, ainsi qu'aux contingents et aux appels de contrat de la Commission canadienne du blé (notes sténographiques: vol. III, aux pages 404 et 405). M. Orsak a envisagé de se prévaloir du régime de rachat, mais la somme d'argent que voulait la CCB pour effectuer la transaction annulait tout avantage de prix qu'il aurait été possible de réaliser au moyen d'exportations privées (notes sténographiques: vol. III, à la page 412).

37 Mr. Orsak enters the marketing chain either through a country elevator or by loading rail cars himself. After that, the grain is in the system and certain aspects, such as terminal elevators, cannot be avoided. When Mr. Orsak loads the grain onto rail cars himself, the costs of country storage are still paid because the storage costs are pooled and deducted from the final payments (transcript: Vol. IV, at pages 432-433).

M. Orsak entre dans la chaîne de commercialisa- 37 tion en livrant son grain à un silo de collecte ou en le chargeant lui-même dans des wagons. Après cela, le grain se trouve dans le système et certains aspects, comme les silos d'expédition, sont inévitables. Lorsque M. Orsak charge lui-même le grain dans des wagons, les frais de stockage primaire sont quand même payés parce qu'ils sont mis en commun et défalqués des versements définitifs (notes sténographiques: vol. IV, aux pages 432 et 433).

38 One problem Mr. Orsak has with the CWB, he complains, is that it restricts his control over cash flow, the timing of sales *vis-à-vis* current market

L'un des problèmes que la CCB cause à M. 38 Orsak, se plaint-il, est que celle-ci limite le contrôle qu'il exerce sur les liquidités, le moment où les

price and the effect this has on his so-called off-Board crops (transcript: Vol. IV, at page 470). To meet cash flow requirements Mr. Orsak is sometimes obliged to sell off-Board crops at inopportune prices in order to make ends meet. For example, in the autumn there exist few opportunities to deliver to the CWB. In order to pay taxes, custom harvesting costs and other payables, he has to rely on his canola and pea income. Other producers have to use similar measures and this puts pressure on the market price (transcript: Vol. IV, at page 471). Mr. Orsak has utilized the *Prairie Grain Advance Payments Act*, R.S.C., 1985, c. P-18, which can afford him price relief in the autumn (transcript: Vol. IV, at pages 496-500). The advance payments apply to all grain, even if sold into off-Board markets (transcript: Vol. IV, at page 505). The problem, Mr. Orsak says, is that he needs a permit book to apply for the advances. As well, interest accrues until the advance is repaid (transcript: Vol. V, at page 518).

39 Mr. Orsak was able to market all of his 1995 wheat production without a permit book because market conditions were favourable enough to allow him to sell all of his grain into the domestic feed market (transcript: Vol. III, at page 410). This is not always economically feasible. In his words: "I don't want to cut off my nose to spite my face" (transcript: Vol. III, at page 410).

40 The plaintiff, Conrad Johnson, is a landed immigrant. He moved from Montana to his farm near Bracken, Saskatchewan, in 1975 (transcript: Vol. V, at page 525). His operation covers 37 quarter sections (5920 acres) and is primarily a family operation (transcript: Vol. V, at pages 530-532). The soil, brown loam, is very fertile but the farm's limiting factor is moisture. This area receives very little moisture during the growing season. Autumn rains

ventes ont lieu par rapport au cours du marché ainsi que l'effet qu'a cette situation sur les cultures dites hors Commission (notes sténographiques: vol. IV, à la page 470). Pour répondre à ses besoins de liquidités, M. Orsak est parfois obligé de vendre des céréales hors Commission à prix moindre pour joindre les deux bouts. Par exemple, à l'automne les possibilités de livrer des céréales à la CCB ont été rares. Pour payer les taxes, les frais de récolte à façon et d'autres éléments, il doit se fier au revenu qu'il tire du canola et des pois. D'autres producteurs doivent recourir à des mesures analogues, ce qui exerce des pressions sur le cours du marché (notes sténographiques: vol. IV, à la page 471). M. Orsak s'est prévalu de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies*, L.R.C. (1985), ch. P-18, qui lui procure à l'automne un certain soulagement, en matière de prix (notes sténographiques: vol. IV, aux pages 496 à 500). Les versements anticipés s'appliquent à tous les grains, même vendus sur les marchés hors Commission (notes sténographiques: vol. IV, à la page 505). Le problème, dit M. Orsak, est qu'il a besoin d'un carnet de livraison pour demander les avances. En outre, les intérêts courent jusqu'au jour où l'acompte est remboursé (notes sténographiques: vol. V, à la page 518).

M. Orsak a pu commercialiser, sans carnet de livraison, tout le blé qu'il avait produit en 1995, car les conditions du marché étaient suffisamment favorables pour qu'il vende la totalité de ses céréales sur le marché canadien de l'alimentation animale (notes sténographiques: vol. III, à la page 410). Cela n'est pas toujours possible d'un point de vue économique. Comme il l'a indiqué [TRADUCTION] «Je ne tiens pas à agir contre mon propre intérêt par dépit» (notes sténographiques: vol. III, à la page 410).

Le demandeur, Conrad Johnson, est un immigrant admis. Avant de s'installer en 1975 sur la ferme qu'il exploite près de Bracken (Saskatchewan), il vivait au Montana (notes sténographiques: vol. V, à la page 525). Son exploitation, essentiellement familiale, s'étend sur 37 quarts de section (5 920 acres) (notes sténographiques: vol. V, aux pages 530 à 532). Le sol, qui se compose d'une terre grasse et brune, est très fertile, mais c'est l'humidité qui li-

account for most of the moisture (transcript: Vol. V, at page 528). The crops most suited for growth on Mr. Johnson's farm are wheat and barley: wheat, durum wheat, barley, lentils, canary seed and oats were sown in the 1996 crop year (transcript: Vol. V, at pages 530-534). In order to reduce handling charges, Mr. Johnson and some of his friends built an "inland terminal" (transcript: Vol. VII, at page 702). This was done to recover costs which would normally be incurred by the grain trader (transcript: Vol. VII, at page 707).

mite les possibilités d'exploitation de la ferme. La région reçoit fort peu d'humidité durant la saison de croissance. Les pluies de l'automne sont celles qui procurent la majeure partie de l'humidité requise (notes sténographiques: vol. V, à la page 528). Les produits qui poussent le mieux sur la ferme de M. Johnson sont le blé et l'orge: dans la campagne de récolte de 1996, ce dernier a semé du blé, du blé dur, de l'orge, des lentilles, de la graine à canaris et de l'avoine (notes sténographiques: vol. V, aux pages 530 à 534). Pour réduire les frais de manutention, M. Johnson et quelques amis ont construit un «silo d'expédition intérieur» (notes sténographiques: vol. VII, à la page 702) afin de recouvrer les frais qu'engagerait habituellement le négociant en grains (notes sténographiques: vol. VII, à la page 707).

41 Mr. Johnson has been able to obtain a protein content of up to 17% in his best wheat (No. 1 Canada Western Red Spring). Any percentage above 14.5% is not recognized by the CWB (transcript: Vol. V, at page 556). Conrad Johnson has never successfully completed a buyback. The Wheat Board will not allow a buyback in excess of a farmer's quota (transcript: Vol. V, at page 600; Vol. VI, at page 649). The problem he found with organizing a buyback was that large volumes had to be shipped in order to preserve their identity. The quota was a major factor in stifling the buyback attempt (transcript: Vol. VI, at page 648.)

M. Johnson a pu obtenir dans son blé de la meilleure qualité (Canada Western Red Spring n° 1) une teneur en protéines atteignant jusqu'à 17 p. 100. La CCB ne reconnaît pas les pourcentages qui excèdent 14,5 p. 100 (notes sténographiques: vol. V, à la page 556). M. Johnson n'a jamais procédé avec succès à un rachat. La Commission canadienne du blé n'autorise pas les rachats qui excèdent le contingent imposé à un agriculteur (notes sténographiques: vol. V, à la page 600; vol. VI, à la page 649). D'après lui, le problème que pose le fait d'organiser un rachat est qu'il fallait expédier de grosses quantités de grains afin de préserver leur identité. Le contingent était un facteur de limitation important dans la tentative de rachat (notes sténographiques: vol. VI, à la page 648.)

41

42 Edwin Cawkwell farms just northeast of Nutt Mountain, Saskatchewan. His farm encompasses approximately 6000 acres. In 1996 wheat was grown on about 1 000 acres, barley on 2000, oats on 800, peas on 850 and canola on 900—1000 acres (transcript: Vol. VII, at page 733). Barley, especially malt barley, is well suited to the geographic conditions of his locale. Plaintiff Cawkwell farms in a four-year rotation, which includes factoring in various factors including residual chemical carryover (transcript: Vol. VII, at page 740). He has considerable experience with malt barley. To sell malt barley through the CWB, Mr. Cawkwell—as do all poten-

M. Edwin Cawkwell exploite sa ferme juste au nord-est du Mont-Nutt (Saskatchewan). Son exploitation couvre environ 6 000 acres. En 1996, il a cultivé du blé sur un millier d'acres environ, de l'orge sur 2 000, de l'avoine sur 800, des pois sur 850 et du canola sur une superficie de 900 à 1 000 acres (notes sténographiques: vol. VII, à la page 733). L'orge, brassicole surtout, convient bien aux conditions géographiques de la région. Ce demandeur applique un programme rotatif quadriennal, qui consiste, notamment, à tenir compte de divers facteurs, dont les arrière-effets de résidus chimiques (notes sténographiques: vol. VII, à la page 740). Cet

42

tial malt barley sellers—sends a sample to the elevator. The elevator forwards the sample to the purchasing company. At the time the sample is submitted, the producer signs a contract with the Wheat Board which commits it to buy the barley if that grain meets the maltster's specifications. As with all grain, there is an initial and final payment (transcript: Vol. VII, at page 746).

43 Mr. Cawkwell testified that one of the effects which the CWB's operations have on him and other producers has to do with allocation of freight cars. If he wants to sell so-called Board grain and has a sufficient quota or contract, cars are guaranteed. Car allocation for non-Board crops are allocated by lottery (transcript: Vol. VII, at page 800).

44 Richard Dobranski, another plaintiff, farms on 3520 acres outside of Roblin, Manitoba, some eight to ten miles north of Riding Mountain National Park. In addition to wheat, barley and various specialty crops, Mr. Dobranski also has a 110-head cattle and a 75-head bison operation. The area is very favourable to many types of crops, as it has consistent rainfall and about 95 frost-free days (Exhibit 35). Mr. Dobranski has also had experience in running numerous voluntary pools for "off-Board" crops when he was employed with All State Grain (transcript: Vols. XI and XII, at pages 1180-1234).

45 Mr. Dobranski has successfully completed a "buy-back" in order to sell grain in the United States. Mr. Dobranski has done this on two occasions, when the market prices in the United States were sufficiently lucrative to warrant the cost of the buyback (transcript: Vol. XII, at page 1253). The cost of the buyback is the difference between the initial price which the CWB pays the producer and the asking

homme a une grande expérience de l'orge brassicole. Pour vendre ce dernier par l'entremise de la CCB, M. Cawkwell—à l'instar de tous les vendeurs éventuels d'orge brassicole—envoie un échantillon au silo. Celui-ci transmet l'échantillon à la compagnie acheteuse. Au moment où l'échantillon est envoyé, le producteur signe avec la Commission canadienne du blé un contrat par lequel celle-ci s'engage à acheter l'orge si ce grain satisfait aux prescriptions du malteur. Comme c'est le cas pour tous les grains, un versement initial et un versement définitif sont prévus (notes sténographiques: vol. VII, à la page 746).

M. Cawkwell a déclaré que l'un des effets qu'ont 43 les activités de la CCB sur lui et sur d'autres producteurs est lié à l'attribution des wagons à marchandises. S'il désire vendre du grain «de la Commission» et qu'il dispose d'un contingent ou d'un contrat suffisant, les wagons sont garantis. Pour ce qui est des grains hors Commission, les wagons sont attribués dans le cadre d'une loterie (notes sténographiques: vol. VII, à la page 800).

Un autre demandeur, Richard Dobranski, exploite 44 3 520 acres de terres à proximité de Robin (Manitoba), à huit ou dix milles de distance au nord du parc national du Mont-Riding. En plus de cultiver du blé, de l'orge et divers produits agricoles spéciaux, M. Dobranski possède aussi 110 bovins et 75 bisons. La région est fort propice à de nombreux types de cultures, car elle est soumise à des pluies régulières et à environ 95 jours sans gelées (pièce 35). M. Dobranski a aussi pris part à l'exploitation de nombreux syndicats volontaires de grains «hors Commission», à l'époque où il était au service de la All State Grain (notes sténographiques: vol. XI et XII, aux pages 1180 à 1234).

M. Dobranski a effectué avec succès une opération 45 de «rachat» en vue de vendre du grain aux États-Unis. Il l'a fait à deux occasions, lorsque les prix du marché aux États-Unis étaient suffisamment lucratifs pour justifier le coût du rachat (notes sténographiques: vol. XII, à la page 1253). Le coût du rachat est la différence qu'il y a entre le prix initial que la CCB paye au producteur et le prix auquel

price for which the CWB sells in the particular market which the producer wants to enter (transcript: Vol. XII, at page 1289). In order to execute a buyback, the producer must arrange a sale to the Wheat Board and to a customer. This is usually done through an agent (transcript: Vol. XII, at page 1254). Mr. Dobranski's description of his buyback experience can be summarized as frustrating. In both years he did a buyback, the CWB levied a storage and interest charge for the grain which he bought back even though the grain never left his farm. The Court has no reason to disbelieve Mr. Dobranski in this regard. After negotiation, these charges were eliminated (transcript: Vol. XII, at pages 1281-1282). During his last buyback attempt—unsuccessful—in 1994, the Wheat Board refused to eliminate these oppressive and artificial charges (transcript: Vol. XII, at page 1287). Mr. Dobranski's other complaints with the Wheat Board are that his cash flow is cramped by its restrictions and that there is no negotiability of grain contracts.

celle-ci vend le grain au sein du marché particulier qui intéresse ledit producteur (notes sténographiques: vol. XII, à la page 1289). Pour procéder à un rachat, le producteur doit organiser une vente avec la Commission canadienne du blé et un client, ce qui se fait habituellement par l'intermédiaire d'un représentant (notes sténographiques: vol. XII, à la page 1254). Un mot résume la description qu'a faite M. Dobranski de ses opérations de rachat: désespérant: Dans les deux années où il a procédé à un rachat, la CCB a perçu des frais de stockage et d'intérêt pour le grain qu'il a racheté, et ce, même si le grain n'a jamais quitté sa ferme. La Cour n'a aucune raison de ne pas ajouter foi à ce que déclare M. Dobranski à ce sujet. Après négociation, les frais en question ont été supprimés (notes sténographiques: vol. XII, aux pages 1281 et 1282). Lors de sa dernière tentative de rachat—infructueuse—en 1994, la CCB a refusé de supprimer ces frais oppressifs et artificiels (notes sténographiques: vol. XII, à la page 1287). Les autres doléances de M. Dobranski à l'égard de la CCB sont que les restrictions que cette dernière impose limitent ses liquidités et que les contrats d'approvisionnement en grains ne sont pas négociables.

46 One common fact which arises from the plaintiffs' producer witnesses is that in order to farm successfully as a livelihood, they must grow crops which are under the CWB mandate. Geography, climate, agronomics and profitability are some of the factors which make the subject grain an integral part of their farming operations. There is no choice. That lack of choice, be it noted is not based uniquely on the Wheat Board Act's provisions, but also on the agronomics and economics of each plaintiff's grain production. The Board's monopoly is not the *sine qua non* of the lack of choice. Nature is. It is the imposition of that monopoly which is at the heart of the Charter issues which in turn pose the constitutional questions in this litigation. The other common fact is that all are able successfully, i.e. profitably, to grow the so-called off-Board crops. All of the plaintiffs have ready access to daily market information (Mr. Harvie's testimony, transcript: Vol. II, at page 265; Mr. Orsak's testimony, transcript: Vol. IV, at page 456; and Mr. Cawkwell's testimony,

46 Un fait commun ressort des témoignages des demandeurs producteurs: pour pouvoir vivre avec succès de l'agriculture, ils doivent cultiver des produits qui sont visés par le mandat de la CCB. La géographie, le climat, l'agronomie et la rentabilité sont certains des facteurs qui font que les grains en question font partie intégrante de leurs activités agricoles. Ils n'ont pas le choix. Cette absence de choix, soit dit en passant, n'est pas imputable uniquement aux dispositions de la Loi sur la Commission du blé, mais aussi aux caractéristiques agronomiques et économiques de la production de grains de chaque demandeur. Le monopole exercé par la Commission n'est pas la cause déterminante de l'absence de choix. C'est la nature qui l'est. C'est l'imposition de ce monopole qui est au cœur des points liés à la Charte, des points qui soulèvent, par ricochet, les questions constitutionnelles qui se posent dans le présent litige. L'autre fait commun est que tous sont capables de cultiver avec succès, c'est-à-dire avec profit, les produits dits hors Commission. Tous les

transcript: Vol. VII, at page 738) and potential buyers. Another common thread is that they are often capable of producing a high-quality product, the value of which is not always recognized by CWB's pooling system. All of these witnesses find that the Canadian Wheat Board impedes, in various degrees, their ability to maximize the potential from their operations. They find the CWB inflexible and unresponsive. In some cases, such as the pooling of costs, the plaintiffs find the system unfair. These complaints demonstrate why the plaintiff producers do not like the Board's monopoly. No doubt the plaintiffs have just cause to criticize some of the manner in which the CWB operates, but even if its operations were a complete shambles, which overstates the problems, the constitutional Charter questions would still be begged.

47 The individual plaintiffs, according to the testimony offered before the Court would like to break free from the Board's monopoly, to be permitted to sell their grain grown on their lands as and to whom they choose within or outside of Canada. Each one is confident that he could do better—achieve a better price and profit—on his own, while engaging in “the fun of being a businessman” (transcript: Vol. 11-12-96, at page 3664) as an independent private entrepreneur, or as a participant in a coalition of his own choosing. They do not like having to dispose of their grain and be paid for it through the means of the CWB's single desk selling operations. Almost to a plaintiff, the plaintiffs are philosophically antipathetic to this state-sponsored marketing of the grain produced in the designated area.

demandeurs ont facilement accès à des renseignements quotidiens sur l'état du marché (témoignage de M. Harvie, notes sténographiques: vol. II, à la page 265; témoignage de M. Orsak, notes sténographiques: vol. IV, à la page 456; et témoignage de M. Cawkwell, notes sténographiques: vol. VII, à la page 738), ainsi qu'à d'éventuels acheteurs. Un autre dénominateur commun est que ces personnes sont souvent capables d'obtenir un produit de haute qualité, que le système de mise en commun de la CCB ne reconnaît pas toujours. Tous ces témoins considèrent que la Commission canadienne du blé entrave, à divers degrés, leur aptitude à exploiter au maximum leurs activités. La CCB, jugent-ils, est inflexible et insensible. Dans certains cas, comme la mise en commun des frais, les demandeurs trouvent le système injuste. Ces doléances montrent pourquoi les producteurs demandeurs n'apprécient pas le monopole de la Commission. Il ne fait aucun doute que les demandeurs ont raison de critiquer dans une certaine mesure la façon dont fonctionne la CCB, mais même si les activités de cette dernière étaient un fouillis sans nom, ce qui est une exagération des problèmes, les questions de nature constitutionnelle qui sont liées à la Charte seraient quand même éludées.

Chacun des demandeurs, selon ce qui a été déclaré à la Cour, aimerait se libérer du monopole de la Commission, être autorisé à vendre le grain qu'il cultive sur ses terres quand et à qui il le veut, au Canada ou à l'étranger. Chacun est confiant qu'il pourrait faire mieux—obtenir un meilleur prix et un bénéfice plus avantageux—en agissant seul, tout en s'adonnant au [TRADUCTION] «plaisir d'être un homme d'affaires» (notes sténographiques: vol. 11-12-96, à la page 3664) à titre d'entrepreneur privé indépendant, ou de participant à une coalition de son propre choix. Les demandeurs n'apprécient pas l'idée d'avoir à écouler leur grain, et d'être payés pour ce dernier, par l'entremise des activités de vente à comptoir unique de la CCB. La quasi-totalité des demandeurs s'opposent, d'un point de vue philosophique, au fait que la commercialisation du grain produit dans la région désignée soit organisée par l'État.

48 If the plaintiffs succeed in their opposition to the Wheat Board's single desk monopoly by invocation of the Charter, it will mean that the Canadian state will be declared to be incapable of ever again creating such a marketing instrument no matter to whom the people entrust a parliamentary majority, no matter what be the will of Parliament. The federal power over trade and commerce will be gravely diminished, if not mortally drained.

A Dissenting Producer Witness

49 It cannot be supposed that the Wheat Board's monopoly causes all the grain producers in the designated area to feel hard done by. One of the many who dissent from the plaintiffs' views and their complaints is Nettie Wiebe. Her testimony was not less interesting or less elucidating than the plaintiffs' testimony.

50 Ms. Nettie Wiebe is a producer, no less than the plaintiffs' producer witnesses. Unlike the plaintiffs' witnesses, however, Ms. Wiebe ardently supports the CWB. Ms. Wiebe, along with her husband and her family of children, farm south of Laura, Saskatchewan, a village about 70 km southwest of Saskatoon. She farms by choice and from the University of Calgary holds a Ph.D. (thesis: philosophical justification for human rights). The Wiebe farm is aptly described as a family operation (transcript: Vol. XXI, at page 2130). The family's landholding is about 2400 acres, of which 1 113 acres were seeded to wheat, mustard and peas last year. The remainder is hay and pasture land (transcript: Vol. XXI, at page 2132). Normally wheat and barley comprise half of the sown acreage, with the remainder being a "pulse" crop such as lentils or peas and an oil seed, usually mustard. Some oats are grown for their (and their neighbour's) horses (transcript: Vol. XXI, at page 2133). Their land, says Ms. Wiebe, "is on the whole a very productive place, with, of course, the proviso that we are always vulnerable to the weather pattern always." (transcript: Vol. XXI, at page 2134). The Wiebe's barley

48 Si les demandeurs obtiennent gain de cause dans leur opposition au monopole exercé par la Commission canadienne du blé en invoquant les dispositions de la Charte, cela veut dire que l'État canadien sera déclaré incapable de créer de nouveau un tel instrument de commercialisation, peu importe à qui la population confie une majorité parlementaire, peu importe quelle sera la volonté du Parlement. La compétence qu'exerce le gouvernement fédéral sur le trafic et le commerce sera gravement amoindri, sinon victime d'un coup fatal.

Un témoin producteur dissident

49 Nul ne peut présumer que tous les producteurs de grains de la région désignée s'estiment lésés par le monopole qu'exerce la Commission canadienne du blé. L'une des nombreuses personnes à ne pas être d'accord avec les opinions des demandeurs, ainsi qu'avec leurs doléances, est M^{me} Nettie Wiebe. Son témoignage n'a pas été moins intéressant ou moins éclairant que celui des demandeurs.

50 M^{me} Wiebe est productrice, au même titre que les témoins producteurs des demandeurs. Contrairement à ces derniers, toutefois, M^{me} Wiebe soutient énergiquement la CCB. M^{me} Wiebe, en compagnie de son époux et de ses enfants, exploite une ferme au sud de Laura (Saskatchewan), un village situé à 70 kilomètres environ au sud-ouest de Saskatoon. Elle cultive la terre par choix et détient un doctorat de l'Université de Calgary (sujet de thèse: la justification philosophique des droits de la personne). La ferme des Wiebe est décrite à juste titre comme une exploitation familiale (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2130). La famille possède environ 2 400 acres de terres, dont 1 113 ont été semées l'an dernier au blé, à la moutarde et aux pois. Le reste se compose de prairies et de pâturages (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2132). Habituellement, le blé et l'orge forment la moitié de la superficie semée, et le reste se compose de légumineuses à grain, comme des lentilles ou des pois, et d'une plante oléagineuse, de la moutarde en général. Ils cultivent aussi de l'avoine, pour leurs chevaux—et ceux de leur voisin—(notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2133). Selon M^{me} Wiebe, leurs terres

is often selected for malt.

[TRADUCTION] «sont, dans l'ensemble, un endroit très productif, étant entendu, bien sûr, que nous sommes toujours vulnérables aux conditions atmosphériques» (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2134). L'orge que cultivent les Wiebe est souvent sélectionné à des fins brassicoles.

51 Ms. Wiebe states that the Wheat Board gives her family's operation "enormous advantages" (transcript: Vol. XXI, at page 2136). She believes that the CWB gives them a price advantage, particularly with respect to the premiums received for malt barley. Also important to Ms. Wiebe is that the marketing of their "Board grains" is taken out of their hands (transcript: Vol. XXI, at pages 2136, 2154 and 2171). The clientele is already in place (transcript: Vol. XXI, at page 2165). She testified that "We have a community in which we participate vigorously. We have many things to do, and it is a great advantage to us to have that marketing expertise at our disposal doing that work for us which the Canadian Wheat Board offers us" (transcript: Vol. XXI, at page 2136; and page 2154 of the same volume). Related to this is the benefit of knowing the initial price (transcript: Vol. XXI, at pages 2154 and 2171). Another advantage, in Ms. Wiebe's opinion, is that the CWB is a predictable risk management tool. This is important to her because her farm's production is at the mercy of the weather (transcript: Vol. XXI, at page 2138).

M^{me} Wiebe déclare que la Commission canadienne du blé procure à son exploitation familiale des [TRADUCTION] «avantages énormes» (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2136). Elle croit que la CCB leur offre un avantage pécuniaire, surtout en ce qui a trait aux primes touchées pour l'orge brassicole. Un facteur qui a aussi son importance, selon M^{me} Wiebe, est qu'ils ne s'occupent pas de la commercialisation de leurs «grains de la Commission» (notes sténographiques: vol. XXI, aux pages 2136, 2154 et 2171). La clientèle est déjà établie (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2165). Elle a déclaré que [TRADUCTION] «nous avons une collectivité à la vie de laquelle nous prenons une part active. Nous avons de nombreuses choses à faire, et c'est pour nous un net avantage que d'avoir à notre disposition cette expertise dans le domaine de la commercialisation que nous offre la Commission canadienne du blé» (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2136; et à la page 2154 du même volume). Un avantage connexe est celui de connaître le prix initial (notes sténographiques: vol. XXI, aux pages 2154 et 2171). Un autre avantage, de l'avis de M^{me} Wiebe, est que la CCB est un instrument de gestion de risques prévisibles. Cela est important à ses yeux, car la production de sa ferme est à la merci des conditions atmosphériques (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2138).

51

52 Ms. Wiebe does not like the added uncertainty and vulnerability associated with price fluctuations in the open market (transcript: Vol. XXI, at page 2147). She thinks that the Wheat Board's monopoly provides an equitable and orderly system of moving grain for producers (transcript: Vol. XXI, at page 2154). To her mind, she has incurred no ascertainable disadvantage by choosing to reside in the designated area (transcript: Vol. XXI, at page 2162), thereby articulating her subsection 6(2) Charter rights. Being forced to sell Board-controlled grains

M^{me} Wiebe n'apprécie pas l'incertitude et la vulnérabilité supplémentaires qui sont associées aux fluctuations de prix au sein du marché libre (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2147). Elle croit que le monopole de la Commission canadienne du blé offre aux producteurs un moyen équitable et méthodique de transporter du grain (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2154). Elle n'a subi, pense-t-elle, aucun désavantage vérifiable en choisissant de résider dans la région désignée (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2162), énonçant

52

does not impair her ability to market her commodities (transcript: Vol. XXI, at page 2165), and she makes no complaint of denial of the freedom expressed in paragraph 2(d) of the Charter.

ainsi les droits que lui confère le paragraphe 6(2) de la Charte. Le fait d'être obligée de vendre des grains contrôlés par la Commission n'entrave pas sa capacité de commercialiser ses denrées (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2165), et elle ne se plaint pas d'être privée de la liberté mentionnée à l'alinéa 2d) de la Charte.

53 Ms. Wiebe is the president of the National Farmers Union. The Union has a membership of about 10 000 members (transcript: Vol. XXI, at page 2160). The Court notes that this is out of the 867 000 farmers (of all stripes) in Canada as of 1991 (Exhibit 16). In her words, "The farmers union has, always had a strong position in favour of orderly marketing, supply management, and the single-desk selling of the mandate of the Canadian Wheat Board." (transcript: Vol. XXI, at page 2161). The members of the Union "like" the CWB's single-desk status. They are certainly articulating their paragraph 2(d) freedom of association, (as are the plaintiffs in the Western Barley Growers' Association).

M^{me} Wiebe préside le Syndicat national des cultivateurs, qui compte 10 000 membres environ (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2160). La Cour signale que ces personnes font partie des 867 000 agriculteurs (de tous genres) que l'on a recensés au Canada en 1991 (pièce 16). Selon M^{me} Wiebe, [TRADUCTION] «le syndicat des cultivateurs a toujours été fortement en faveur d'une commercialisation méthodique, d'une gestion de l'approvisionnement, ainsi que de l'aspect "vente à comptoir unique" du mandat de la Commission canadienne du blé» (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2161). Les membres du syndicat [TRADUCTION] «apprécient» le statut de comptoir unique de la CCB. Ils expriment sans aucun doute la liberté d'association que leur confère l'alinéa 2d) (comme le font les demandeurs au sein de la Western Barley Growers Association).

53

54 It is Ms. Wiebe's view that she, along with all farmers including the plaintiffs, would be better off if the CWB had control of all crops (transcript: Vol. XXI, at pages 2189, 2191-2192). When confronted by the plaintiffs' lead counsel Mr. Groves about why she would want to force Mr. Harvie to commit canola to the Wheat Board, she replied "I assume it is a matter of an insight into what is a broader benefit for us farmers" (transcript: Vol. XXI, at page 2191). This comment brings everything into a full circle. The issue before the Court is not what is best for all farmers. Nor, as noted earlier, is who likes or dislikes the Wheat Board's monopoly relevant. It is clear that farmers' opinions regarding the existence of the Wheat Board's monopoly encompass the entire spectrum, from the collectivist view to the unfettered enterprise view. The question of "what is best" for all farmers and whether "those who like" outnumber "those who dislike" the monopoly is one for Parliament. Whether Parliament's "chosen instrument" infringes the plaintiffs' Charter rights is the

M^{me} Wiebe est d'avis qu'elle, ainsi que tous les agriculteurs, les demandeurs compris, se trouveraient en meilleure situation si la CCB contrôlait la totalité des produits agricoles (notes sténographiques: vol. XXI, aux pages 2189, 2191 et 2192). En réponse à la question de l'avocat principal des demandeurs, M^c Groves, sur la raison pour laquelle elle voudrait forcer M. Harvie à confier le canola à la Commission canadienne du blé, elle a indiqué [TRADUCTION]: «Je suppose qu'il s'agit de voir ce qui constitue pour nous, agriculteurs, un avantage plus étendu» (notes sténographiques: vol. XXI, à la page 2191). Cette observation permet de boucler la boucle. La question soumise à la Cour n'est pas de savoir ce qui est le mieux pour tous les agriculteurs. N'est pas non plus pertinente la question de savoir, ainsi qu'il a été mentionné plus tôt, qui apprécie ou n'apprécie pas le monopole de la Commission canadienne du blé. Il est évident que les points de vue des agriculteurs au sujet de l'existence du monopole de la Commission canadienne du blé englobent toute la

54

sole issue before the Court. It is for Parliament, not the Court nor the producers nor the Charter to prescribe what is best in economic terms for Canada and Canadians, voters and stay-at-homes alike.

gamme des opinions possibles, du point de vue collectiviste au point de vue de la libre-entreprise. Le fait de savoir [TRADUCTION] «ce qui est le mieux» pour tous les agriculteurs et si [TRADUCTION] «ceux qui apprécient» sont supérieurs en nombre à [TRADUCTION] «ceux qui n'apprécient pas» le monopole relève du Parlement. La question de savoir si [TRADUCTION] «l'instrument choisi» par le Parlement viole les droits que la Charte confère aux demandeurs est la seule qui est soumise à la Cour. Il appartient au Parlement, pas à la Cour ni aux producteurs ni à la Charte, de prescrire ce qui, d'un point de vue économique, convient le mieux au Canada et aux Canadiens, aux électeurs comme aux non-électeurs.

55 Ms. Wiebe, in summation, was just as credible a witness as were the individual plaintiffs who testified. Although their views differed as to how this case should be decided all of the producer-witnesses were credible in the manner of their testimony.

En résumé, M^{me} Wiebe a été un témoin tout aussi 55
crédible que les demandeurs particuliers qui ont témoigné. Si leurs points de vue différaient quant à la façon dont il fallait régler la présente affaire, tous les témoins producteurs ont témoigné de manière crédible.

Invocation of the Charter of Rights and Freedoms

56 The plaintiffs invoke the Charter's following provisions:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

...

(d) freedom of association.

...

6. . . .

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

(a) to move to and to take-up residence in any province; and

(b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

...

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.

Invocation de la Charte des droits et libertés

Les demandeurs invoquent les dispositions suivantes 56
de la Charte:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

...

d) liberté d'association.

...

6. . . .

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit:

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

...

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.

In common with all the other freedoms and rights expressed in the Charter, the above-recited provisions are, according to section 1 thereof, "subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society."

Charter paragraph 2(d)

57 The provisions at issue under this prong of the plaintiffs' case are section 45 and the combined effects of Parts III and V of the Act.

58 Freedom of association has everything to do with the meaning of "association". In *The Oxford English Dictionary*, 2nd ed. 1989, Clarendon Press, the first and paramount definition of "association", 1. a, is "The action of combining together for a common purpose; the condition of such combination; confederation, league." It is obvious that the reference is to a confederation of persons, not things. In the 1985 update *Petit Robert I: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, the first and third definitions convey the same thought: [TRANSLATION] "1. The action of associating someone with something. **Participation, collaboration, coopération . . . 3. A group of persons who join together for a specified purpose "The purpose of a political association is to preserve the natural and inalienable rights of man."** Again, the joint combining of people, not things, for a determined objective.

59 Both official languages have the same derivation of "association" in the Latin language: *associare*, "To join (to), associate (with)", and even more basic: *societas*: "1. The fact or condition of being associated for a common purpose, partnership . . . 2. A body of persons associated for a common purpose. . . . 3. Partnership (between peoples or sovereigns) in war, etc., alliances". (*Oxford Latin Dictionary*, 1985, Oxford University Press.) Broad, ancestral definitions can lead one in many diverse directions, but here the point is that the kind of association whose freedom is guaranteed by the Charter, means an association of people, and not just

À l'instar de tous les autres droits et libertés qui sont énoncés dans la Charte, les dispositions citées ci-dessus, d'après l'article premier de cette dernière, «ne peuvent être restreint[e]s que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

L'alinéa 2d) de la Charte

Les dispositions en litige selon ce volet de la cause des demandeurs sont l'article 45 et les effets combinés des parties III et V de la Loi. 57

La liberté d'association a tout à voir avec le sens du mot «association». Dans le *The Oxford English Dictionary*, 2^e éd. 1989, Clarendon Press, la définition première et la plus importante du mot «*association*» est la suivante [TRANSLATION]: «action d'unir en vue d'un objectif commun; l'état de cette union; groupement, ligue». Cette définition fait manifestement référence à un groupement de personnes, et non de choses. Dans la version 1985 du *Petit Robert I: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, la première et la troisième définitions comportent la même idée: «1. Action d'associer qqn à qqch. **Participation; collaboration, coopération . . . 3. Groupement de personnes qui s'unissent en vue d'un but déterminé "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme"».** Là encore, il est question de la réunion de personnes, et non de choses, en vue d'atteindre un objectif précis. 58

Dans les deux langues officielles, le mot «association» provient du latin: *associare*, [TRANSLATION] «se joindre (à) s'associer (avec)», et, ce qui est plus fondamental encore: *societas*: [TRANSLATION] «1. Le fait d'être associé en vue d'un but commun, partenariat . . . 2. Un groupe de personnes associées en vue d'un but commun . . . 3. Association (entre peuples ou souverains) en temps de guerre, etc., alliances». (*Oxford Latin Dictionary*, 1985, Oxford University Press.) Des définitions larges et ancestrales peuvent mener à de nombreuses directions différentes, mais, en l'espèce, l'important est que le genre d'association dont la Charte garantit la liberté est une associa- 59

people's things, chattels, commodities or other property. The plaintiffs' leading counsel conceded before the Court, without a shadow of doubt, that the grain which is a subject of this litigation is a commercial commodity (as is quite obvious, in any event), in fact, a thing, but not a person. Therefore Charter paragraph 2(d) has nothing to do with different producers' grain being mixed together in rail cars, elevators and bins of any kind: grain, being inanimate and non-human, is incapable of "association" in the sense of paragraph 2(d) of the Charter. Having their grain mixed together does not thereby push the producers into any sort of constitutional association.

tion de personnes, et non simplement de choses, d'effets ou de biens appartenant à des personnes. L'avocat principal des demandeurs a admis devant la Cour, sans l'ombre d'un doute, que le grain dont il est question dans le présent litige est un produit commercial (ce qui est fort évident, en tout état de cause), une chose, en fait, mais non une personne. C'est donc dire que l'alinéa 2d) de la Charte n'a rien à voir avec le fait que les grains de producteurs différents soient mélangés dans des wagons de marchandises, des silos et des caisses de toutes sortes. Étant une chose inanimée et non humaine, le grain est incapable d'«association» au sens de l'alinéa 2d) de la Charte. Le fait que leur grain soit mélangé n'entraîne donc pas les producteurs dans une sorte quelconque d'association de nature constitutionnelle.

60 The plaintiffs, in being obliged by law to sell their grain through a Crown marketing agency are not thereby made to "associate" themselves with the state, because their grain is a commercial commodity. It is quite true that "freedom of association" comports with it the notion of freedom not to associate: *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211. Delivering grain, a commercial commodity, for sale to and remuneration from the CWB, is nothing at all akin to forming, or participating in, a trade union or an employers' combination, or a commercial corporation.

Étant forcés par la loi de vendre leur grain par l'entremise d'un organisme de commercialisation de l'État, les demandeurs ne sont donc pas contraints de s'«associer» avec l'État, car leur grain est un produit commercial. Certes, la «liberté d'association» comporte en soi l'idée de la liberté de ne pas s'associer: *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211. Le fait de livrer du grain, un produit commercial, en vue de le vendre à la CCB contre rémunération, n'a rien à voir du tout avec le fait de former un syndicat ou de participer à ce dernier, ou avec une combinaison d'employeurs ou une société commerciale.

61 There is no question that the freedom to associate encapsulated in paragraph 2(d) of the Charter includes the right, in some circumstances, not to be compelled to associate. The seminal case on this point is *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, above cited. Using *Lavigne* as a starting point, there are several angles from which one can approach paragraph 2(d) of the Charter in this case. Simply put, they are as follows:

Il ne fait aucun doute que la liberté d'association mentionnée à l'alinéa 2d) de la Charte comporte le droit, dans certaines circonstances, de ne pas être obligé de s'associer. L'arrêt faisant autorité sur ce point est *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, cité ci-dessus. Si l'on prend cet arrêt comme point de départ, il est possible de considérer sous plusieurs angles l'alinéa 2d) de la Charte dans la présente affaire. En bref, ces angles sont les suivants:

1. individuals are compelled by statute to associate with each other
2. individuals are prohibited from associating with each other for the purpose of exporting wheat and barley because to do so would be in contravention of statute

1. des individus sont forcés par la loi de s'associer;
2. il est interdit aux individus en question de s'associer en vue d'exporter du blé et de l'orge parce qu'agir de la sorte serait contraire à la loi;

3. individuals are compelled by statute to associate with the Canadian Wheat Board.

Of these, only the third is pertinent, although it is also wrong. While a vague argument for a breach may be made under the first category, it fails because the law does not require any association between individual producers. It simply requires producers to all do the same thing, *viz.* sell their export grain to the CWB. Even though the producers all have a stake in the pool—a common stake—the resulting alleged, non-existent association centres around a purely economic interest, which is not protected by the Charter. (Despite the Northwest Territories Court of Appeal opinion in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1996] N.W.T.R. 201 [hereinafter *CEMA*] (leave to appeal granted by the Supreme Court of Canada, October 18, 1996, S.C.C. Bulletin, at page 1571) to the contrary, which concluded that (a) there has been no Supreme Court opinion to the contrary, and (b) that in that case the association right was intimately connected with mobility rights, which do (purportedly) recognize certain economic rights, under paragraph 6(2)(b). This case is discussed below under “Charter subsection 6(2)”.) The second category, while seemingly a breach of the positive aspect of the right to association, as above formulated, is not grounded in the facts before the Court. Nevertheless, no one can be heard to complain about being thwarted in conspiring to carry out an unlawful act, unless the law operates in breach of the Charter, a premise which begs the question herein.

62 The third category may be said to constitute a breach. According to *Lavigne* the central question in forced association cases is whether there is an “associative act”. This is why the facts in *Lavigne* become crucial. *Lavigne* was a teacher at the Haileybury School of Mines and was a member of the academic staff bargaining unit represented by OPSEU, a union. He was at no time a member nor was he required to be a member of OPSEU.

3. les individus sont forcés par la loi de s’associer avec la Commission canadienne du blé.

Des trois énoncés qui précèdent, seul le troisième est pertinent, encore qu’il soit également erroné. S’il est possible d’invoquer un vague argument de violation pour ce qui est de la première catégorie, cet argument n’est pas valable, car la loi n’oblige pas des producteurs individuels à s’associer de quelque manière. Elle exige simplement que les producteurs fassent tous la même chose, c’est-à-dire vendre leur grain d’exportation à la CCB. Bien que les producteurs aient tous des intérêts dans le syndicat—des intérêts communs—l’association inexistante alléguée qui en résulte s’articule autour d’un intérêt de nature purement économique, que la Charte ne protège pas. (Malgré l’opinion contraire de la Cour d’appel des Territoires du Nord-Ouest dans *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1996] N.W.T.R. 201 [ci-après *CEMA*] (autorisation d’interjeter appel accordée par la Cour suprême du Canada, 18 octobre 1996, Bulletin de la CSC, à la page 1571), où il a été conclu que: a) il n’y a eu aucune opinion contraire de la part de la Cour suprême, b) dans cette affaire, le droit d’association était étroitement lié à la liberté de circulation et d’établissement, qui reconnaît (censément) certains droits économiques, aux termes de l’alinéa 6(2)b). Il est question plus loin de cette affaire, sous la rubrique intitulée «Paragraphe 6(2) de la Charte».) La deuxième catégorie, qui viole apparemment l’aspect positif du droit d’association, tel que formulé ci-dessus, ne trouve pas de justification dans les faits qui ont été soumis à la Cour. Quoi qu’il en soit, nul ne peut se plaindre d’avoir été empêché de conspirer en vue d’accomplir un acte illégal, à moins que la loi soit contraire à la Charte, une prémisse qui élude la question en l’espèce.

La troisième catégorie pourrait constituer une violation. Selon l’arrêt *Lavigne*, dans les affaires d’association forcée la question centrale qui se pose est de savoir s’il existe un «acte d’association». C’est la raison pour laquelle les faits dont il est question dans l’arrêt *Lavigne* deviennent cruciaux. *Lavigne* était enseignant à la School of Mines d’Haileybury et membre de l’unité de négociation du personnel enseignant représentée par un syndicat, le

Lavigne, however, did have to pay OPSEU dues. Such compulsory payment is traditionally known as “check-off”. OPSEU paid a certain percentage of dues to various organizations, such as the Canadian Labour Congress and the New Democratic Party. Lavigne did not want his dues to go toward some of these organizations.

SEFPO. Jamais il n’a été membre du SEFPO, ni n’a été tenu de l’être. Cependant, Lavigne était obligé de payer des cotisations au syndicat. Ce paiement obligatoire porte habituellement le nom de «précompte obligatoire». Le SEFPO versait un certain pourcentage des cotisations à divers organismes, comme le Congrès du travail du Canada et le Nouveau Parti Démocratique. Lavigne ne voulait pas que ses cotisations soient orientées vers certains de ces organismes.

63 With these facts in mind, some preliminary remarks are in order. *Lavigne* has been the salient case before the Supreme Court which has considered compelled association. Mr. Justice La Forest, for Sopinka J. and Gonthier J., found that freedom from compelled association was a distinct facet of freedom of association and that there was a breach of Lavigne’s rights, but it was overridden under section 1. Madam Justice McLachlin, for herself alone, acknowledged in the form of *obiter dicta*, at page 342, what amounts to freedom from association, but on the facts found that Lavigne’s payments did not bring him into an association with ideas and values to which he did not voluntarily subscribe. There was, she held, no breach. Madam Justice Wilson, for herself and L’Heureux-Dubé J. and Cory J., found that there was no right to freedom from compelled association. Considering this break-down, not only Mr. Justice La Forest’s opinion is relevant, but apparently equally so is Madam Justice Wilson’s, when a question of compelled association comes before the Court.

63 Compte tenu de ces faits, quelques remarques préliminaires s’imposent. L’arrêt *Lavigne* est le jugement le plus important qui ait été soumis à la Cour suprême au sujet de l’association obligatoire. Le juge La Forest, s’exprimant au nom des juges Sopinka et Gonthier, a conclu que l’association obligatoire était une facette distincte de la liberté d’association et qu’il y avait eu violation des droits de Lavigne, mais que la restriction imposée était justifiée en vertu de l’article premier. M^{me} le juge McLachlin, s’exprimant pour son propre compte seulement, a reconnu dans une remarque incidente, à la page 342, ce qui équivaut à la liberté d’association, mais a conclu qu’au vu des faits, les paiements de Lavigne n’avaient pas pour effet d’associer ce dernier à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrivait pas volontairement. Il n’y avait eu, selon ce juge, aucune violation. M^{me} le juge Wilson, s’exprimant en son propre nom et en celui de ses collègues L’Heureux-Dubé et Cory, a conclu qu’il n’existe pas de droit à la liberté de ne pas être forcé de s’associer. Compte tenu de cette distinction, non seulement l’opinion du juge La Forest est pertinente, mais tout autant, semble-t-il, celle de M^{me} le juge Wilson, lorsqu’une question d’association forcée est soumise à la Cour.

64 Madam Justice Wilson, in *Lavigne*, articulated her rejection, at pages 262-263 of the notion of freedom from compelled association, basically, in these passages:

64 Dans l’arrêt *Lavigne*, M^{me} le juge Wilson a exposé dans les passages suivants, aux pages 262 et 263 essentiellement, son rejet de l’idée de la liberté de ne pas être forcé de s’associer:

As soon as the Court is placed in the position of having to choose between so-called meaningful and trivial constitutional claims, an opening for the exercise of arbitrary line drawing has been created. On the other hand, it would be an abdication of this Court’s responsibility to ensure access to justice if it turned a blind eye to the

Dès que la Cour est forcée de choisir entre des demandes constitutionnelles qu’on dit importantes et d’autres sans importance, surgit alors la possibilité de tracer une ligne de démarcation arbitraire. En revanche, la Cour renoncerait à sa responsabilité de garantir l’accès à la justice si elle fermait les yeux sur les problèmes qu’entraînerait la

problems which recognition of a right not to associate will generate. Cognizant of these problems commentators have proposed various approaches designed to curb constitutional excesses. In the United States, for example, Professor Cantor in his article "Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association" (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3, argues at p. 25 that:

. . . moral affront or upset to conscience from being used as a financial instrument is not, by itself, a serious constitutional injury. Indeed, such incursions upon conscience through forced "support" of distasteful causes is an inevitable concomitant of living in an organized society. While it would be *nice* to avoid all spiritual and ideological affronts to persons forced by government to pay monies, the critical issue for first amendment purposes is whether the payor is required to associate with or appear to endorse in some fashion a distasteful cause selected by government. [Emphasis in original.]

In Canada, similar limitations have been proposed in relation to s. 2(d). Professor Etherington, for example, has argued in his article, "Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 1, that what lies at the heart of the claim not to associate are interests in the preservation of the democratic political system and in the protection of individual liberty. Professor Etherington envisions four ways in which these interests might be endangered by forced contributions which a freedom of non-association should guard against: (1) government establishment of, or support for, particular political causes; (2) impairment of individual freedom to join or associate with causes of his or her choosing; (3) imposition of ideological conformity; and (4) personal identification of the individual payor with causes which he or she does not support.

In my view, Professor Etherington's and Professor Cantor's analyses both contain necessary and desirable limitations which must be affixed to any negative right to associate. And indeed, adoption of either approach would minimize the problems to which negative association rights can give rise. However, I remain of the view that s. 2(d) should not be expanded to protect the right not to associate. As Mr. Nelson suggested, other *Charter* guaranteed rights and freedoms adequately protect the type of interests which underlie claims based on a right not to associate. As was evident throughout this appeal, the real harm produced by compelled association is not the fact of the association itself but the enforced support of views, opinions or actions one does not share or

reconnaissance du droit de ne pas s'associer. Conscients de ces problèmes, des commentateurs ont proposé diverses solutions propres à mettre un frein aux excès constitutionnels. Aux États-Unis, par exemple, le professeur Cantor, dans son article intitulé «Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association» (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3, soutient, à la p. 25, que:

[TRADUCTION] . . . la vexation ou la mauvaise conscience de celui qui est utilisé comme instrument financier ne représente pas en soi un préjudice grave sur le plan constitutionnel. En effet, ce type de cas de conscience découlant de l'«appui» apporté malgré soi à des causes déplaisantes est un corollaire inévitable de la vie en société organisée. Certes, ce serait *bien* d'éviter toute vexation d'ordre spirituel ou idéologique aux personnes forcées par le gouvernement de verser des sommes, mais la question cruciale, dans l'optique du Premier amendement, est celle de savoir si le contribuable est obligé de s'associer ou de sembler souscrire de quelque manière à une cause déplaisante choisie par le gouvernement. [En italique dans l'original.]

Au Canada, des restrictions semblables ont été proposées au sujet de l'al. 2d). Le professeur Etherington, par exemple, a soutenu dans son article «Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate» (1987), 19 *Rev. Ottawa* 1, que ce qui est au cœur de la revendication du droit de ne pas s'associer, ce sont les intérêts de préserver le régime politique démocratique et de protéger la liberté individuelle. Le professeur Etherington envisage quatre façons dont ces intérêts pourraient être compromis par l'obligation de contribuer et contre lesquelles la liberté de ne pas s'associer pourrait assurer une protection: (1) la reconnaissance institutionnelle par le gouvernement de causes politiques particulières ou le soutien qu'il y apporte, (2) l'atteinte à la liberté de l'individu de se joindre ou de s'associer à des causes de son choix, (3) l'imposition de la conformité à une idéologie, et (4) l'identification personnelle du contribuable à des causes qu'il ne soutient pas.

À mon avis, les analyses des professeurs Etherington et Cantor contiennent toutes deux des restrictions nécessaires et souhaitables dont il faut assortir le droit de ne pas s'associer. Toutefois, je reste d'avis qu'il n'y a pas lieu d'élargir la portée de l'al. 2d) afin d'y inclure le droit de ne pas s'associer. Comme M^c Nelson l'a affirmé, d'autres droits et libertés garantis par la *Charte* protègent suffisamment le type d'intérêts qui sous-tendent les demandes fondées sur le droit de ne pas s'associer. Il est apparu, tout au long de ce pourvoi, que le véritable préjudice causé par l'association obligatoire n'est pas le fait de l'association elle-même, mais bien l'obligation d'appuyer des points de vue, des opinions ou des actions que l'on ne partage ou que l'on n'approuve pas. Conclure que l'al. 2d)

approve. To hold that s. 2(d) does not include the right not to associate does not leave those who do not wish to associate without redress for these harms. Sections 2(b) and 7 of the *Charter*, in particular, would seem to me to be available in appropriate cases.

Having found that s. 2(d) includes only the positive freedom to associate, the question remains whether Mr. Lavigne's freedom of association has been violated in this case. The appellant has not been prevented from forming or joining associations of his choosing. It is my view, therefore, that the appellant's right to freely associate has not been infringed and this ground of appeal must accordingly fail.

65 Madam Justice McLachlin, having found no violation of Charter paragraph 2(d), went on to discuss the interests protected by it, thus, at pages 343-345:

The next question is whether s. 2(d) includes a right not to associate. While it is not necessary for my purposes to resolve that issue, I am inclined to the view that the interest protected by s. 2(d) goes beyond being free from state-enforced isolation, as contended by the interveners OFL and CLC. In some circumstances, forced association is arguably as dissonant with self-actualization through associational activity as is forced expression. For example, the compulsion to join the ruling party in order to have any real opportunity of advancement is a hallmark of a totalitarian state. Such compulsion might well amount to enforced ideological conformity, effectively depriving the individual of the freedom to associate with other groups whose values he or she might prefer. As La Forest J. suggests, at p. 318, "Forced association will stifle the individual's potential for self-fulfillment and realization as surely as voluntary association will develop it."

In my view, freedom from compelled association, whatever its ambit, could not extend to the payments here at issue. Freedom not to associate, like freedom to associate, must be based on the value of individual self-actualization through relations with others. The justification for a right not to associate would appear to be the individual's interest in being free from enforced association with ideas and values to which he or she does not voluntarily subscribe. For the purposes of this case, I shall refer to this as the interest in freedom from coerced ideological conformity.

It follows from this definition that negative associational activity falling under s. 2(d) is not to be determined by the type of the coerced activity impugned (e.g. mandatory

n'inclut pas le droit de ne pas s'associer ne prive pas ceux qui ne veulent pas s'associer de tout moyen d'obtenir une réparation pour ces préjudices. L'alinéa 2b) et l'art. 7 de la *Charte*, en particulier, me sembleraient susceptibles d'être invoqués dans les cas qui s'y prêtent.

Après avoir conclu que l'al. 2d) n'inclut que la liberté positive de s'associer, je dois encore décider si la liberté d'association de M. Lavigne a été violée en l'espèce. L'appelant n'a pas été empêché de former une association ni d'adhérer à celle de son choix. J'estime donc qu'aucune atteinte n'a été portée au droit de l'appelant de s'associer librement. Ce moyen d'appel doit par conséquent être rejeté.

Ayant conclu que l'alinéa 2d) de la Charte n'avait pas été violé, M^{me} le juge McLachlin a ensuite analysé les intérêts que protège cette disposition, aux pages 343 à 345: 65

La question suivante consiste à déterminer si l'al. 2d) comprend le droit de ne pas s'associer. Bien qu'il ne soit pas nécessaire, à mon avis, de résoudre cette question, je suis portée à croire que le droit protégé par l'al. 2d) ne s'arrête pas à la protection contre l'isolement imposé par l'État, comme l'affirment les intervenants la FTO et le CTC. Dans certaines circonstances, on peut soutenir que l'association forcée est aussi incompatible avec l'épanouissement personnel au moyen de l'activité collective que l'est l'expression forcée. Par exemple, l'obligation d'adhérer au parti au pouvoir pour jouir de réelles possibilités d'avancement est la marque d'un État totalitaire. Cette contrainte peut fort bien équivaloir à l'imposition de la conformité idéologique, qui prive réellement l'individu de la liberté de s'associer avec d'autres groupes dont il pourrait préférer les valeurs. Comme le laisse entendre le juge La Forest, à la p. 318, «[l']association forcée étouffera la possibilité pour l'individu de réaliser son épanouissement et son accomplissement personnels aussi sûrement que l'association volontaire la développera.»

À mon sens, la liberté de ne pas être forcé de s'associer, quelle que soit sa portée, ne pourrait s'étendre aux versements contestés en l'espèce. La liberté de ne pas s'associer, tout comme la liberté d'association, doit se fonder sur la valeur de l'épanouissement individuel au moyen des relations avec autrui. La justification du droit de ne pas s'associer semble résider dans l'intérêt qu'a un individu d'être libre de ne pas être forcé de s'associer à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement. J'appellerai cela, aux fins de la présente affaire, l'intérêt de la liberté de ne pas se voir imposer la conformité idéologique.

Il découle de cette définition que l'acte d'association négatif, qui relève de l'al. 2d), doit être déterminé non pas en fonction du type d'activité forcée contestée (en l'occu-

payments), but by whether the activity associates the individual with ideas and values to which he or she does not voluntarily subscribe. This approach is similar to that taken toward the right of expression in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, where it was held that the test for whether conduct falls within s. 2(b) of the *Charter* was not the activity *per se* (e.g. speech or conduct), but whether the activity was one intended to convey meaning.

If one accepts that the interest protected by the right not to associate is the interest in being free from enforced ideological conformity, then one cannot assume that payments fall within s. 2(d) simply because they be used to support a group cause. It is necessary to go further and ask whether the payments are such that they associate the individual with ideas and values to which he or she does not voluntarily subscribe. Applying an objective standard, the final test is this: are the payments such that they may reasonably be regarded as associating the individual with ideas and values to which the individual does not voluntarily subscribe? This is not to suggest that public identification is an essential prerequisite to any involuntary association: the point, rather, is that before any involuntary association can be said to arise, there must be activity which can fairly be adjudged to bring an individual into association with ideas or values to which he or she does not voluntarily subscribe.

In *Lavigne*, it is clear, that while McLachlin J. favours the existence of a concomitant freedom from association, she found in the circumstances that it was not breached by Mr. Lavigne's being compelled to pay the union check-off.

66 After determining that there is a community interest in sustaining democracy, of which associational activity is an "essential element", Mr. Justice La Forest found that, at pages 317-318:

The question, then, is whether the protection of this community interest and the antecedent individual interest requires that freedom from compelled association be recognized under s. 2(d) of the *Charter*.

In my view, the answer is clearly yes. Forced association will stifle the individual's potential for self-fulfillment and realization as surely as voluntary associ-

rence, les versements obligatoires), mais en fonction de la question de savoir si l'activité a pour effet d'associer l'individu à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement. Ce point de vue est semblable à celui que l'on a adopté à l'égard du droit d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, où l'on a statué que le critère applicable pour déterminer si une conduite relève de l'al. 2b) de la *Charte* réside non pas dans l'activité elle-même (c'est-à-dire les paroles ou la conduite), mais dans la question de savoir si l'activité est destinée à transmettre une signification.

Si l'on reconnaît que l'intérêt protégé par le droit de ne pas s'associer est l'intérêt de la liberté de ne pas se voir imposer la conformité idéologique, on ne peut alors présumer que les versements relèvent de l'al. 2d) simplement parce qu'ils servent à appuyer la cause d'un groupe. Il faut aller plus loin et se demander si les versements sont de nature à associer un individu à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement. Si l'on applique une norme objective, le critère final est le suivant: les versements sont-ils de nature à pouvoir être raisonnablement considérés comme associant l'individu à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement? Cela ne revient pas à laisser entendre que l'identification aux yeux du public est une condition préalable essentielle à toute association involontaire, il reste plutôt que, pour que l'on puisse dire qu'il y a association involontaire, il doit y avoir une activité dont il est possible de décider à juste titre qu'elle a pour effet d'associer un individu à des idées ou à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement.

Il est clair, dans l'arrêt *Lavigne*, que si le juge McLachlin favorise l'existence d'une liberté concomitante de ne pas être forcé de s'associer, elle a conclu dans les circonstances que cette liberté n'avait pas été violée parce que M. Lavigne était forcé de payer le précompte obligatoire du syndicat.

Après avoir déterminé qu'il existe un intérêt collectif dans le maintien de la démocratie, dont l'un des «éléments essentiels» est l'activité collective, le juge La Forest a ajouté ce qui suit, aux pages 317 et 318:

La question est donc de savoir si la protection de cet intérêt collectif et de l'intérêt individuel préexistant exige que la liberté de ne pas être forcé de s'associer soit reconnue en vertu de l'al. 2d) de la *Charte*.

À mon avis, la réponse est nettement affirmative. L'association forcée étouffera la possibilité pour l'individu de réaliser son épanouissement et son accomplissement per-

ation will develop it. Moreover, society cannot expect meaningful contribution from groups or organizations that are not truly representative of their memberships' convictions and free choice

Furthermore, this is in keeping with our conception of freedom as guaranteed by the *Charter*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Dickson J. had this to say, at pp. 336-37:

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting on his own volition and he cannot be said to be truly free.

(This Court is constrained to observe that what Dickson C.J. appears to have meant is absolutely free. Humans are truly free in a democratic society even although they are obliged to obey the criminal law, the highway traffic law, the liquor control law, their employers, and to pay taxes; but, although truly free, they are not absolutely free according to what Dickson C.J. actually wrote. There is no surprise in that because the rights and freedoms are not absolute, but are limited by "grinding" on each other: thus one is not absolutely free to associate when one forms a conspiracy to harm others: one is not free to speak when one thereby incites hatred and murder against others. Self-fulfilment pales, and state coercion is welcome, as against the inherent wickedness and horror of those crimes.)

It is clear that a conception of freedom of association that did not include freedom from forced association would not truly be "freedom" within the meaning of the *Charter*.

This brings into focus the critical point that freedom from forced association should not be viewed in opposition, one "negative" and the other "positive". These are not distinct rights, but two sides of a bilateral freedom which has as its unifying purpose the advancement of individual aspirations

. . .

sonnels aussi sûrement que l'association volontaire la développera. De plus, la société ne saurait s'attendre à obtenir des contributions intéressantes de groupes ou d'associations qui ne représentent pas vraiment les convictions et le libre choix de leurs membres . . .

Cette reconnaissance est de plus conforme à notre conception de la liberté garantie par la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson s'exprime ainsi, aux p. 336 et 337:

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre.

(La Cour est obligée de faire remarquer que c'est absolument libre que le juge en chef Dickson semble avoir voulu dire. Les humains sont vraiment libres dans une société démocratique, même s'ils sont contraints de se conformer au droit criminel, au droit qui régit la circulation routière, au droit qui régit la vente des spiritueux, à leur employeur, ainsi que de payer des impôts; mais, bien qu'ils soient vraiment libres, ils ne le sont pas d'une manière absolue selon ce qu'a écrit en fait le juge en chef Dickson. Cela n'est guère surprenant, car les droits et les libertés ne sont pas absolus, mais limités par le fait qu'ils «frottent» les uns contre les autres: ainsi, un individu n'est pas absolument libre de s'associer lorsqu'il forme une conspiration pour faire du mal à d'autres. Un individu n'est pas libre de s'exprimer lorsqu'il incite ainsi à haïr et à assassiner d'autres personnes. L'épanouissement de soi perd de son importance et la coercition de l'État est la bienvenue, face à la cruauté et à l'horreur inhérentes de ces crimes.)

Il est évident que la liberté d'association qui ne comporterait pas la liberté de ne pas être forcé de s'associer ne serait pas véritablement une «liberté» au sens de la *Charte*.

Cela nous amène à un point crucial: la liberté de ne pas être forcé de s'associer et la liberté de s'associer ne devraient pas être perçues comme opposées, l'une étant «négative» et l'autre «positive». Ce ne sont pas des droits distincts, mais les deux revers d'une liberté bilatérale qui a pour objet unificateur de promouvoir les aspirations individuelles . . .

. . .

Governmental tyranny can manifest itself not only in constraints on association, but in forced association. [At page 319.]

La tyrannie gouvernementale peut se manifester non seulement dans les contraintes imposées à l'association, mais également dans l'association forcée. [À la page 319.]

67 After finding that the Charter's paragraph 2(d) included freedom from compelled association, La Forest J. went on to find that Lavigne's association with OPSEU was an associative act within the meaning of the right. The test for finding an associative act is this: "An external manifestation of some link between the individual and the association is not a prerequisite to the invocation of the right; it is enough that the individual's freedom is impaired" (*Lavigne*, at pages 322-323). In that case, the question was whether forced payment to the union impaired Lavigne's freedom. To determine this, one of the four aspects of association laid out in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 [hereinafter *Alberta Reference*], has to be impinged. Those aspects are the right to establish, belong to and maintain organizations, and to participate in their activities. La Forest J. noted that in the context of compelled association, the obverse applies: "one does not have to be forced to establish, belong to, maintain and participate in an association before the freedom becomes operative. Being forced to do any one of these things is sufficient" (*Lavigne*, at page 323). Unlike the United States, where freedom of association is part of the freedom of expression, Mr. Justice La Forest states that in Canada "We are not constrained by the text to define association in terms of expressive activity. Nor do I think that we are so constrained by the purpose and values underlying the freedom" (*Lavigne*, at page 322).

Après avoir conclu que l'alinéa 2d) de la Charte comprenait la liberté de ne pas être forcé de s'associer, le juge La Forest a statué ensuite que l'association de Lavigne avec le SEFPO était un acte d'association au sens du droit en question. Le critère qui permet de conclure à l'existence d'un acte d'association est le suivant: «La manifestation extérieure d'un lien entre l'individu et l'association n'est pas une condition préalable pour invoquer le droit; il suffit qu'il y ait atteinte à la liberté de l'individu.» (*Lavigne*, à la page 323). Dans cette affaire, la question en litige était de savoir si le paiement forcé fait au syndicat entravait la liberté de Lavigne. Pour trancher cette question, l'un des quatre aspects de l'association énoncés dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 [ci-après appelé *Renvoi relatif à l'Alberta*], doit faire objet d'un empiètement. Ces aspects sont le droit de constituer des organisations, d'y appartenir, de les maintenir et de participer à leurs activités. Le juge La Forest a fait remarquer que dans le contexte d'une association forcée, l'inverse s'applique: «il n'est pas nécessaire qu'il y ait obligation de constituer une association, d'y appartenir, de la maintenir et d'y participer pour que la liberté entre en jeu. L'obligation de faire l'une de ces choses suffit». (*Lavigne*, à la page 323). Le juge La Forest déclare que, contrairement aux États-Unis, où la liberté d'association fait partie de la liberté d'expression, au Canada «Nous ne sommes pas contraints par le texte à définir l'association en termes d'activité expressive. Je ne crois pas non plus que l'objet et les valeurs qui sous-tendent la liberté nous y contraignent» (*Lavigne*, à la page 322).

68 Mr. Justice La Forest found that Lavigne's forced financial contribution was a breach of his right not to associate. In his analysis, he does concede that this right is a qualified one and that "To hold otherwise would be to deny the realities of modern society and would open the door to frivolous claims" (*Lavigne*, at page 324). La Forest J. adopts Justice Douglas' view in *International Association of*

Le juge La Forest a conclu que la contribution pécuniaire forcée de Lavigne violait le droit de ce dernier de ne pas s'associer. Dans son analyse, il concède toutefois que ce droit comporte des réserves et que «Soutenir le contraire serait nier les réalités de la société moderne et ouvrirait la porte à des demandes frivoles» (*Lavigne*, à la page 324). Le juge La Forest fait sienne l'opinion du juge Douglas

Machinists v. Street, 367 U.S. 740 (1961), that when a person's association with others is "compelled by the facts of life", the government can create an association, within prescribed limits. Two examples Justice Douglas notes are people who are forced to use public transportation or those who by necessity live in public housing: "Legislatures have some leeway in dealing with the problems created by these modern phenomena" (*Lavigne*, at page 324 quoting Douglas [at page 776]). So, in determining whether there has been a breach it is up to the Court to decide when government intervention is permissible. The Court must be satisfied that the "compelled combining of efforts towards a common end" is required to "further the collective social welfare". (*Lavigne*, at pages 328-329). According to La Forest J. the question is "whether in a particular case it is appropriate for the legislature to require persons with similar interests in a particular area to become part of a single group to foster those interests" (*Lavigne*, at page 328). He continues, at page 329:

Where such a combining of efforts is required, and where the government is acting with respect to individuals whose association is already "compelled by the facts of life", such as in the workplace, the individual's freedom of association will not be violated unless there is a danger to a specific liberty interest such as the four identified by Professor Etherington above.

The interests identified by Professor Etherington [in "Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 1] all centre around the individual's freedom to associate with ideological or political causes.

69 This does not mean that La Forest J. restricted a breach of the association right in only these circumstances. In fact, he avoided adopting them wholesale. With respect to Professor Etherington's interest, Mr. Justice La Forest noted in *Lavigne*, at pages 328-329 that:

There is much to be said for this approach to the freedom of association. However, it may also be argued that

dans la décision *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961), selon laquelle, lorsque l'association d'une personne avec d'autres «découle des nécessités de la vie», l'État peut créer une association, dans certaines limites. Le juge Douglas donne deux exemples: les gens qui sont forcés d'utiliser les transports en commun ou ceux qui, par nécessité, vivent dans un logement public: [TRADUCTION] «Le législateur a une certaine latitude pour régler les problèmes qu'engendrent ces phénomènes modernes». (*Lavigne*, à la page 324, citant Douglas [à la page 776]). De ce fait, lorsqu'il est question de déterminer s'il y a eu violation, il appartient à la Cour de décider quand il est permis que l'État intervienne. La Cour doit être convaincue que «la conjugaison forcée d'efforts dans la poursuite d'un objectif commun» est requise pour «favoriser le bien-être collectif et social» (*Lavigne*, à la page 329). D'après le juge La Forest, la question qui se pose est celle de savoir «s'il convient, dans un cas particulier, que le législateur oblige des personnes partageant des intérêts similaires dans un domaine donné à adhérer à un groupe unique afin de promouvoir ces intérêts» (*Lavigne*, à la page 328). Et, poursuit-il, à la page 329:

Lorsqu'une telle conjugaison d'efforts est requise et que le gouvernement agit à l'égard d'individus dont l'association «découle» déjà «des nécessités de la vie», comme dans un lieu de travail, il n'y aura pas atteinte à la liberté individuelle d'association, sauf si l'un des quatre droits spécifiques à la liberté, cités précédemment par le professeur Etherington, est compromis.

Les intérêts dont fait état le professeur Etherington [dans «Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate» (1987), 19 *R.D. Ottawa* 1] sont tous axés sur la liberté de l'individu de s'associer à des causes idéologiques ou politiques.

Ce qui ne veut pas dire que le juge La Forest ne limite la violation du droit d'association que dans ces circonstances. En fait, il a évité de les adopter en bloc. En ce qui concerne l'intérêt du professeur Etherington, le juge La Forest a fait remarquer, dans l'arrêt *Lavigne*, aux pages 328 et 329 que:

Cette façon d'aborder la liberté d'association présente beaucoup d'intérêt. Toutefois, l'on peut aussi soutenir que

the values identified by Professor Etherington are merely some of the core values protected by s. 2(d), and that other values less central to the freedom may, in proper context, merit *Charter* protection. In either case, I am of the view that such an approach is only applicable once one has overcome the threshold issue I have identified earlier, namely, whether in a particular case it is appropriate for the legislature to require persons with similar interest in a particular area to become part of a single group to foster those interests. To put it another way, one must, to use Professor Etherington's words, first be satisfied that the "compelled combining of efforts towards a common end" is required to "further the collective social welfare".

As noted earlier, Mr. Justice La Forest's opinion is that in Canada, "We are not constrained by the text to define association in terms of expressive activity. Nor do I think that we are so constrained by the purpose and values underlying the freedom" (*Lavigne*, at page 322).

70 With respect to ambit of the meaning of the associative right encapsulated in paragraph 2(d), La Forest J. adopted Mr. Justice Le Dain's view in the *Alberta Reference* case: "meaning can only be given to s. 2(d) of the *Charter* in the context of the wide range of associations and activities to which the right must be applied. The right must be interpreted 'in this larger perspective'" (*Lavigne*, at page 333).

71 *Lavigne* provides a comprehensive framework for analyzing freedom from compelled association. The points which can be extracted from the case are these:

1. Freedom from compelled association is a part of the freedom to associate.
2. The analysis must be applied to a wide range of associations.
3. The test for an associative act is to query whether one has been forced to establish, belong to, maintain or participate in the association: has the individual's freedom been impaired?

les valeurs qu'a identifiées le professeur Etherington ne sont que quelques-unes des valeurs fondamentales protégées par l'al. 2d), et que d'autres valeurs moins essentielles à cette liberté pourraient, dans un contexte approprié, mériter la protection de la *Charte*. Quoi qu'il en soit, je suis d'avis que cette analyse n'est applicable que si la question préliminaire, que j'ai déjà identifiée, a été résolue, savoir s'il convient, dans un cas particulier, que le législateur oblige des personnes partageant des intérêts similaires dans un domaine donné à adhérer à un groupe unique afin de promouvoir ces intérêts. En d'autres termes, il faut, pour reprendre les propos du professeur Etherington, être d'abord convaincu que [TRADUCTION] «la conjugaison forcée d'efforts dans la poursuite d'un objectif commun» est requise pour «favoriser le bien-être collectif et social».

Ainsi qu'il a été dit plus tôt, le juge La Forest est d'avis qu'au Canada «Nous ne sommes pas contraints par le texte à définir l'association en termes d'activité expressive. Je ne crois pas non plus que l'objet et les valeurs qui sous-tendent la liberté nous y contraignent» (*Lavigne*, à la page 322).

En ce qui concerne la portée du sens du droit d'association que renferme l'alinéa 2d), le juge La Forest a adopté le point de vue exposé par le juge Le Dain dans l'affaire *Renvoi relatif à l'Alberta*: «on ne peut donner un sens à l'al. 2d) de la *Charte* que dans le contexte de toute la gamme d'associations et d'activités auxquelles le droit doit s'appliquer. Ce droit doit s'interpréter "dans cette perspective plus large"» (*Lavigne*, à la page 333).

L'arrêt *Lavigne* présente un cadre exhaustif qui permet d'analyser la liberté de ne pas être forcé de s'associer. Les éléments qu'il est possible d'extraire de cette décision sont les suivants:

1. La liberté de ne pas être forcé de s'associer fait partie de la liberté d'association.
2. L'analyse doit s'appliquer à une vaste gamme d'associations.
3. Le critère relatif à un acte d'association est de se demander si une personne a été forcée de constituer l'association, d'y appartenir, de la maintenir ou de participer à ses activités: la liberté de cette personne a-t-elle été entravée?

70

71

4. If there be an association, is it one which would be “compelled by the facts of life”, that which permits government intervention?

5. If the tests be met, does the legislation compelling the association pass section 1 of the Charter?

4. S’il existe une association, s’agit-il d’une association qui «découle des nécessités de la vie», d’une association qui permet à l’État d’intervenir?

5. Si les critères sont satisfaits, la loi obligeant l’association satisfait-elle à l’article premier de la Charte?

72 The difficulty *Lavigne* presents for this Court is that the framework set out in Mr. Justice La Forest’s discussion is very broad. Under this analysis, the first question—is there an associative act which results in an impairment of freedom?—seems to comprehend almost anything mandated by legislation. As La Forest J. recognized, this would be absurd. He added a threshold: is the association “compelled by the facts of life”? The first question necessarily relies on the second. What this does is to force the courts to decide policy in an almost quasi-legislative *rôle*. Interpretation of and under the Charter requires this posture, as opponents foretold before and since 1982. Under this analysis it is up to the courts to decide what associations are and are not compelled by the facts of life. This is an area where this Court must tread cautiously. In the absence of a clear case, which is not the present case, the Court ought to defer to the policies of responsible government reified in legislation adopted *inter alia* by the elected House of Commons to which the government of the day is responsible, not least in matters of trade and commerce, and economic policies.

72 La difficulté que pose l’arrêt *Lavigne* à la présente Cour est que le cadre tracé dans l’analyse du juge La Forest est fort vaste. Selon cette analyse, la première question—existe-t-il un acte d’association qui résulte en une entrave à la liberté?—semble englober la quasi-totalité de ce que la loi prescrit. Comme l’a reconnu le juge La Forest, cela serait absurde. Il a ajouté un seuil: est-ce que l’association «découle des nécessités de la vie»? La première question est forcément subordonnée à la seconde. Cela a pour effet de contraindre les tribunaux à statuer sur les politiques en jouant un rôle quasi législatif. L’interprétation de la Charte, et celle qui est faite en vertu de cette dernière, oblige à adopter cette position, comme le prédisaient les opposants avant 1982, et qu’ils le disent encore depuis cette date. Selon cette analyse, il appartient aux tribunaux de décider quelles associations découlent ou non des nécessités de la vie. Il s’agit là d’un terrain sur lequel la Cour doit se déplacer à pas prudents. En l’absence d’une cause bien nette, ce qui n’est pas le cas en l’espèce, la Cour se doit de se reporter aux politiques d’un gouvernement responsable réifiées dans une loi adoptée, notamment, par les membres élus de la Chambre des communes, envers laquelle le gouvernement au pouvoir est comptable, à tout le moins en matière d’échanges et de commerce et de politiques économiques.

73 In this case, the legislation compels farmers living in the designated area to sell their grain to the CWB if they want to sell their grain in an extra-provincial market. This meets only semantically the test for an associative act set out in *Lavigne* because the evidence shows that the farmer has been, for all practical purposes, forced to participate. In Mr. Justice La Forest’s words, the farmer’s “freedom is impaired”. This is semantically, only verbally analogous to the situation in *Lavigne*. *Lavigne* was

73 En l’espèce, la loi oblige les agriculteurs qui vivent dans la région désignée à vendre leurs grains à la CCB s’ils désirent les écouler à l’extérieur de la province. Ce fait ne répond que d’un point de vue sémantique au critère d’un acte d’association qui est énoncé dans l’arrêt *Lavigne*, car, selon la preuve, l’agriculteur a été, à toutes fins utiles, forcé de participer. Comme l’a dit le juge La Forest, il y a «atteinte à la liberté» de l’agriculteur. Cela est analogue d’un point de vue sémantique, verbal seule-

compelled to pay union dues. He was not a member. Farmers are compelled to sell their grain through the CWB's single-desk monopoly if they want to get the value for their crop which is not available on the domestic feed market. They are not "members" of the Canadian Wheat Board, nor for the purposes of forced association analysis do they need to be. The only thing necessary is an "associative act", with an impairment of freedom, and in this case the forced sale of grain to and through the Board's monopoly fulfils this requirement only if *Lavigne* be misconstrued. That the alleged "association" is economic might not of itself be sufficient to find no breach because of Mr. Justice La Forest's comment "Nor do I think that we are so constrained by the purpose and values underlying the freedom" (*Lavigne*, at page 322) and perhaps by the *Alberta Reference* case. Thus a second step must be taken before a breach is found.

ment, à la situation dont il est question dans l'arrêt *Lavigne*. Lavigne était forcé de payer des cotisations syndicales. Il n'était pas membre du syndicat. Les agriculteurs sont forcés de vendre leurs grains par l'entremise du monopole à comptoir unique qu'exerce la CCB s'ils veulent obtenir, pour leur récolte, la valeur qui n'est pas disponible sur le marché fourrager national. Ils ne sont pas «membres» de la Commission canadienne du blé, pas plus qu'il ne faut, pour les besoins d'une analyse de l'association forcée, qu'ils le soient. La seule chose requise est un «acte d'association», comportant une atteinte à la liberté, et, en l'espèce, la vente forcée des grains à la Commission, par l'entremise de son monopole, ne satisfait à cette exigence que si l'on interprète erronément l'arrêt *Lavigne*. Le fait que l'«association» alléguée soit de nature économique, n'est peut-être pas suffisant en soi pour conclure à une absence de violation, en raison de la remarque suivante du juge La Forest: «Je ne crois pas non plus que l'objet et les valeurs qui sous-tendent la liberté nous y contraignent» (*Lavigne*, à la page 322) et peut-être de l'arrêt *Renvoi relatif à l'Alberta*. Il faut donc passer à une seconde étape avant de conclure à l'existence d'une violation.

74 The second aspect is whether this association is "compelled by the facts of life". As noted above it is inherently dangerous for courts to dictate public policy. In this case, the question is not difficult because the Court can refer to and to some degree rely on the general principle that the Charter ought not to protect economic rights. Simply put, this Court finds that the CWB's monopoly is "compelled by the facts of life": it compels the combining of efforts to a common end. While it is a hard fact that farmers are not simply producers but are producers and marketers (all off-Board crops are marketed by the individual farmer which is not a new concept ever since the advent of agriculture between the Tigris and Euphrates), the Wheat Board's pooling system and its monopoly over grain export are part of the federal government's economic policy. Canadian society has accepted that the federal government will determine economic policy. This is an accepted "fact of life" in modern Canadian society. Proof of this lies in the existence of Canada's parlia-

74 Le second aspect est celui de savoir si l'association en question «découle des nécessités de la vie». Comme il a été mentionné plus tôt, il est fondamentalement dangereux pour les tribunaux de dicter les politiques de l'État. En l'espèce, la question n'est pas difficile à trancher, car la Cour peut faire référence et, jusqu'à un certain point, se fier au principe général voulant que la Charte ne devrait pas protéger les droits économiques. Plus précisément, la Cour conclut que le monopole exercé par la CCB «découle des nécessités de la vie»: il oblige à conjuguer des efforts en vue d'atteindre une fin commune. S'il est incontestable que les agriculteurs ne sont pas juste des producteurs, mais aussi des négociants (tous les grains «hors Commission» sont commercialisés par chaque agriculteur; le concept n'est pas nouveau, et remonte à l'avènement de l'agriculture entre le Tigre et l'Euphrate), le système de mise en commun qu'exploite la Commission canadienne du blé et le monopole que celle-ci exerce sur les exportations de grains font partie de la politique économi-

mentary system with a democratically elected House of Commons, to which the government of the day is responsible. Should the government of the day favour free enterprise for the grain trade, it is open for it to do so. Governments should not be hamstrung in developing economic policy, whether in favour of collective or individual rights. Economic policy should be able to change, at least in theory, every four or five years. Not only is government control over the economy an accepted fact of life, the Charter should not—nay, cannot—be used as a shield to protect economic interest. No economic philosophy, either of the “right” or of the “left”, should ever become constitutionally entrenched by operation of the Charter. The foregoing idea is the reason for, and the result of, the Charter’s utter neutrality in matters of economic policy and measures, and trade and commerce.

que du gouvernement fédéral. La société canadienne a accepté le fait que le gouvernement fédéral détermine la politique économique. Dans la société canadienne moderne, il s’agit là d’une «nécessité de la vie» reconnue; à preuve, l’existence du système parlementaire canadien, qui comporte une Chambre des communes dont les membres sont élus démocratiquement, et envers laquelle le gouvernement au pouvoir est comptable. Si ce dernier favorise la libre entreprise pour ce qui est du commerce des grains, il lui est loisible de le faire. Les gouvernements ne devraient pas se heurter à des obstacles lorsqu’ils élaborent des politiques économiques, que ce soit en faveur de droits collectifs ou de droits individuels. Les politiques économiques devraient pouvoir changer, en théorie du moins, à tous les quatre ou cinq ans. Non seulement le contrôle qu’exerce le gouvernement sur l’économie est une nécessité de la vie reconnue, mais la Charte ne devrait pas—elle ne peut pas—servir de bouclier pour protéger un intérêt économique. Aucune philosophie économique, qu’elle soit de «droite» ou de «gauche», ne devrait être consacrée de manière constitutionnelle par l’entremise de la Charte. L’idée qui précède est ce qui explique l’absolue neutralité de la Charte en matière de politiques et de mesures économiques, ainsi que d’échanges et de commerce, et qui en résulte.

75 In *Lavigne* the plaintiff/appellant was compelled to pay the equivalent of membership dues to an association of individual humans among whom and whose partisan utterances, Mr. Lavigne appeared to be co-opted as an anonymous, voiceless individual, and so, he was held to be personally associated compulsorily in the collectivity. In the case at bar there is no compulsory association, but rather, an arm’s-length statutory contract of sale of grain for money. The plaintiffs are not by means of their commodity, their grain, associated with the Wheat Board. They are not compulsorily associated with each other, but are manifestly free to form their preferred associations. The Act and Regulations do restrict their freedom, but it is an unprotected, non-guaranteed, economic freedom, which the Charter ignores, but which Parliament’s legislation restricts by agreement with a responsible government’s policy on trade and commerce.

Dans *Lavigne*, le demandeur appelant était forcé de payer l’équivalent de droits d’adhésion à une association de personnes tenant des propos partisans parmi lesquelles M. Lavigne semble avoir été coopté à titre d’individu anonyme et sans voix, de sorte qu’il était réputé avoir été personnellement associé de force au groupe. En l’espèce, il n’y a pas d’association forcée, mais plutôt un contrat légal, sans lien de dépendance, de vente de grain contre de l’argent. Les demandeurs ne sont pas associés à la Commission canadienne du blé à cause de leur produit, leur grain. Ils ne sont pas associés de force les uns aux autres, mais manifestement libres de former les associations qu’ils préfèrent. La Loi et le Règlement restreignent bel et bien leur liberté, mais il s’agit d’une liberté économique non protégée et non garantie, dont la Charte ne tient pas compte, mais que le législateur restreint en accord avec les politiques d’un gouvernement responsable en matière de trafic et de commerce.

76 The Supreme Court's position wholly supports this interpretation of the Charter. To quote the oft-cited view of Mr. Justice McIntyre in the *Alberta Reference* case, *supra*, at page 412:

It is also to be observed that the *Charter*, with the possible exception of s. 6(2)(b) (right to earn a livelihood in any province) and s. 6(4), does not concern itself with economic rights.

As will be seen below, paragraph 6(2)(b) also conforms to this rule, of not being concerned with economic rights, especially in present circumstances.

77 Once Canada was freed from the baleful influence of the Judicial Committee of the Privy Council on the federal power in trade and commerce, a true constitutional balance emerged which *inter alia* permitted Parliament the freedom to lean "left" or "right". In particular the state marketing monopoly exercised by the Canadian Wheat Board was upheld by the Supreme Court of Canada, as being a constitutionally legitimate exercise of federal power in *Murphy v. Canadian Pacific Railway Company and The Attorney General of Canada*, [1958] S.C.R. 626, and by denial of leave to appeal, [1959] S.C.R. ix, in *Queen (The) v. Klassen* (1959), 20 D.L.R. (2d) 406 (Man. C.A.).

78 If delivering grain for remuneration from the single-desk marketer be an association with the Crown, then so is engaging in any other compulsory relationship with the state, such as obtaining a driver's licence, or a notice of compliance under the *Food and Drugs Act* [R.S.C., 1985, c. F-27]. Whoever, of his or her own free will, wishes to drive a vehicle on the public highway, manufacture any drug for human consumption, or produce and sell grain for human consumption must first comply with the law enacted to regulate the activity. Compliance with such a law does not an "association" make.

La position de la Cour suprême étaye entièrement cette interprétation de la Charte. À preuve, le point de vue souvent cité du juge McIntyre dans l'arrêt *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, à la page 412:

On constatera aussi que la *Charte*, sauf peut-être l'al. 6(2)(b) (le droit de gagner sa vie dans toute province) et le par. 6(4), ne s'intéresse pas aux droits économiques.

Comme nous le verrons ci-dessous, l'alinéa 6(2)(b) se conforme aussi à cette règle, soit celle de ne pas se préoccuper des droits économiques, surtout dans les circonstances de l'espèce.

Une fois que le Canada a été libéré de l'influence funeste du Comité judiciaire du Conseil privé sur le pouvoir du gouvernement fédéral en matière de trafic et de commerce, il est apparu un véritable équilibre constitutionnel qui, notamment, accordait au Parlement la liberté de pencher vers la «droite» ou vers la «gauche». Plus particulièrement, le monopole d'État qu'exerçait la Commission canadienne du blé sur le plan de la commercialisation a été confirmé par la Cour suprême du Canada comme étant un exercice constitutionnellement légitime du pouvoir du gouvernement fédéral, dans l'arrêt *Murphy v. Canadian Pacific Railway Company and The Attorney General of Canada*, [1958] R.C.S. 626, et, par refus d'autorisation d'interjeter appel [1959] R.C.S. ix, dans l'arrêt *Queen (The) v. Klassen* (1959), 20 D.L.R. (2d) 406 (C.A. Man.).

Si le fait de livrer du grain en vue d'obtenir une rémunération du négociant à comptoir unique constitue une association avec l'État, il en va de même lorsque l'on s'engage dans n'importe quelle autre relation obligatoire avec l'État, comme le fait d'obtenir un permis de conduire, ou un avis de conformité en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues* [L.R.C. (1985), ch. F-27]. Quiconque, de son plein gré, désire conduire un véhicule sur la voie publique, fabriquer un médicament destiné à la consommation humaine ou produire et vendre du grain destiné à la consommation humaine doit d'abord se conformer à la loi qui a été adoptée pour réglementer l'activité en question. Le fait de se conformer à une telle loi ne crée pas une «association».

Economic & Property Rights
Not Guaranteed

Droits économiques ou relatifs à la
propriété non garantis

79 Indeed, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was never intended to be, nor is it an instrument to protect commercial or property rights.

79 En fait, la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a jamais été conçue pour être, et n'est pas non plus, un instrument destiné à protéger les droits commerciaux ou relatifs à la propriété.

80 Economic liberty and property rights are not enshrined in the Charter. In fact, they were knowingly excluded from its ambit. As Peter Hogg notes in his *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (Supplemented), Toronto: Carswell, 1992, "The framers of Canada's Charter of Rights deliberately omitted any reference to property in s. 7, and they also omitted any guarantee of the obligation of contracts" (at page 44-8). He notes that this was done to "banish" *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) from Canada. In that case the United States Supreme Court found that attempts to impose minimum wages, health and safety standards and maximum hours of work were an interference of factory owners' liberty. Professor Hogg made this comment about *Lochner*, at page 44-8:

80 Le droit de propriété et le droit à la liberté économique ne sont pas consacrés dans la Charte. En fait, ils en ont été exclus à dessein. Comme le fait remarquer Peter Hogg dans son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd. (augmentée), Toronto: Carswell, 1992, [TRADUCTION] «Les rédacteurs de la *Charte canadienne des droits* ont délibérément omis toute référence à la propriété à l'art. 7, ainsi que toute garantie relative au caractère obligatoire des contrats» (à la page 44-8). Cela a été fait, ajoute-t-il, pour «exclure» du Canada *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis a statué que les tentatives visant à imposer un salaire minimum, des normes de santé et de sécurité ainsi qu'un nombre maximal d'heures de travail constituaient une entrave à la liberté des propriétaires d'une usine. Voici le commentaire qu'a fait le professeur Hogg au sujet de l'arrêt *Lochner*, à la page 44-8:

As Oliver Wendell Holmes pointed out in his brilliant dissenting opinions, the Court used the Constitution to enforce a laissez-faire economic theory that had been rejected by the elected legislators. The Court had taken sides in a political conflict that was suitable for resolution only by elected legislators.

[TRADUCTION] Comme l'a fait remarquer avec brio Oliver Wendell Holmes dans ses opinions dissidentes, la Cour s'est servie de la Constitution pour appliquer une théorie de laissez-faire économique qu'avaient rejetée les législateurs élus. La Cour avait pris position dans un conflit politique que seuls les législateurs élus pouvaient résoudre.

81 The protection of economic rights does exist in the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] (subject to due process of law) and did exist in the first draft of the Charter, which was tabled as Bill C-60 in 1978. Professor Michael Mandel, in *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, revised ed., Toronto: Thompson Educational, 1994, stated at pages 308-309 that.

81 Les droits économiques sont toutefois protégés dans la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III] (sous réserve de l'application régulière de la loi) ainsi que dans la première version de la Charte, déposée en 1978 sous la forme du projet de loi C-60. Dans son ouvrage intitulé *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, éd. révisée, Toronto: Thompson Educational, 1994, le professeur Michael Mandel déclare ce qui suit, aux pages 308 et 309:

. . . property did not make it into the final version of the Charter for at least two reasons. First, provincial governments and the NDP (more on the behalf of the NDP

[TRADUCTION] . . . la propriété a été exclue de la version définitive de la Charte pour deux raisons au moins. Premièrement, les gouvernements des provinces et le NDP

government of Saskatchewan than on behalf of socialism) insisted that it be dropped. The provinces had the major jurisdiction over property, and they naturally feared federal judicial interference, especially in the realm of natural resources (Sheppard and Valpy, 1982:151) . . .

The second factor was the ideology of the Charter itself, as it appeared, for example, in the brief of the Canadian Bar Association to the Joint Committee. Anticipating the Supreme Court of Canada in the Right to Strike cases, the lawyers argued that "economic rights are not appropriate for protection in a Bill of Rights, that this question, too, is fundamentally one for the legislatures" (Canada, 1980-81, Issue No. 44: 27).

82 In his chapter "A Comparison of the Canadian Charter of Rights and Freedoms with the Canadian Bill of Rights" in *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., Beaudoin & Ratushny, eds., Toronto: Carswell, 1989, Professor Hogg made another pertinent observation, at page 16:

But the omission of property rights from the list of protected rights is certainly significant. Aside from any guarantee in the Bill or the Charter, there is no requirement of Canadian constitutional law that a compulsory taking of property be effected by a fair procedure or that it be accompanied by fair compensation to the owner. Section 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* undoubtedly imposes a requirement of a fair procedure, and may also impose a requirement of fair compensation. The "due process" clause in the Fourteenth Amendment of the United States Constitution, which protects "life, liberty, or property", has been held to impose a requirement of fair compensation for property expropriated. It is possible that Canadian courts would give the similar language of section 1(a) a similar interpretation. The Charter by contrast provides no guarantee of even a fair procedure, let alone compensation, for the expropriation of property. [Footnote omitted.]

83 Several things are clear. The Charter has never before and still does not protect economic liberty or property rights. A deliberate choice was made to exclude them from the document. No form of economics, *laissez-faire* or otherwise, is part of the Constitution. It is up to the democratically elected government of the day to decide under what economic system Canadians will conduct their business affairs.

(plus pour le compte du gouvernement NPD de la Saskatchewan qu'en faveur du socialisme) ont insisté pour qu'il en soit ainsi. Les provinces exerçaient la compétence principale sur la propriété, et, naturellement, ils redoutaient l'ingérence judiciaire du gouvernement fédéral, surtout dans le domaine des ressources naturelles (Sheppard et Valpy, 1982: 151) . . .

Le second facteur était l'idéologie de la Charte elle-même, comme on a pu le constater, par exemple, dans le mémoire présenté par l'Association du Barreau canadien au Comité mixte. Anticipant la décision de la Cour suprême du Canada dans les affaires portant sur le droit de grève, les avocats ont fait valoir qu'«il ne s'agit pas de protéger les droits de nature économique dans une déclaration des droits, et cette question, elle aussi, relève fondamentalement du législateur» (Canada, 1980-81, numéro 44: 27).

Au chapitre «Comparaison entre la Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits» (dans l'ouvrage intitulé *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. (sous la direction de) Beaudoin et Ratushny, Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, le professeur Hogg fait une autre observation pertinente, aux pages 19 et 20:

L'omission du droit à la propriété est certainement significative. Indépendamment de toute garantie que pourrait prévoir la *Déclaration* ou la *Charte*, le droit constitutionnel canadien n'exige aucunement que l'atteinte à la propriété soit assujettie à des règles équitables de procédure ou entraîne obligatoirement une juste compensation au propriétaire. L'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* impose certainement l'exigence d'une procédure équitable; il se peut que le même alinéa impose la nécessité d'une juste compensation. Le quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis qui protège la «vie, la liberté ou la propriété», en soumettant toute atteinte à ces valeurs à l'application régulière de la loi, a fait l'objet de décisions qui ont conclu à la nécessité d'une juste compensation en matière d'expropriation. [Note de bas de page omise.]

Plusieurs points sont clairs. Jamais la Charte n'a protégé les droits à la liberté économique ou à la propriété. Il a été délibérément décidé de les exclure du document. Aucune forme d'économie, de *laissez-faire* ou d'autre nature, ne fait partie de la Constitution. Il appartient au gouvernement au pouvoir, démocratiquement élu, de décider dans quel régime économique les Canadiens mèneront leurs affaires commerciales.

84 Those who assert that the Charter guarantees Canadians freedom to deal with their own property as they wish are flying in the face of the unvarnished truth that the Charter does not even contain a freedom from state confiscation of Canadians' property. The common law may exact compensation for forcible taking of property, but without Charter protection, could the common law withstand direct legislative abolition? Even if compensation be accorded, such forcible taking still amounts to expropriation. Where in the Charter is there a right to be free from expropriation? The *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, expressed notably different provisions, such as:

1. . . . the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;

...

(e) freedom of assembly and association; . . .

...

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

...

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

85 The *Canadian Bill of Rights*, if invoked, might have been relevant at first blush, if applicable ultimately, but the plaintiffs' access to this Court without hinderance and their authoritative calling upon the defendants to respond to their claim, and the resulting trial would surely qualify as a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice, as well as due process of law. As to the

84 Ceux qui soutiennent que la Charte garantit aux Canadiens la liberté de s'occuper comme ils l'entendent de leurs biens personnels, battent en brèche la vérité toute simple que la Charte ne renferme même pas la liberté d'être protégé contre la confiscation, par l'État, de biens appartenant à des Canadiens. La common law peut exiger une compensation pour la prise forcée de biens, mais, sans la protection de la Charte, la common law pourrait-elle résister à une abolition législative directe? Même si l'on accordait une compensation, cette prise forcée est quand même assimilable à une expropriation. Où dans la Charte trouve-t-on le droit d'être libre de toute expropriation? La *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, comportait des dispositions sensiblement différentes, comme les suivantes:

1. . . . les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés . . .

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

...

e) la liberté de réunion et d'association

...

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

...

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

85 À première vue, si elle avait été invoquée, la *Déclaration canadienne des droits* aurait pu être pertinente, à condition d'avoir été en fin de compte applicable, mais l'accès libre des demandeurs à la Cour, la demande autorisée qu'ils font aux défendresses pour qu'elles répondent à leur revendication, de même que l'instance qui en résulterait, constitueraient certainement une audience équitable selon les

latter, the open, public enactment of the CWB Act by a majority of the elected House of Commons, (the major organ of Parliament) in the usual course of legislation, ensures compliance with the above provisions of the *Canadian Bill of Rights*. Although paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* appears to be of somewhat wider scope than that of the Charter's section 7, yet if the procedural safeguards expressed in the *Canadian Bill of Rights* be observed, no valid complaint can be mounted under it.

principes de justice naturelle et de l'application régulière de la loi. Dans ces dernier cas, l'adoption ouverte et publique de la Loi sur la CCB par une majorité des membres élus de la Chambre des communes (le principal organe du Parlement), dans le cours normal du processus législatif, assure le respect des dispositions susmentionnées de la *Déclaration canadienne des droits*. Bien que l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* semble être d'une portée un peu plus large que celle de l'article 7 de la Charte, si les garanties procédurales qu'offre la *Déclaration canadienne des droits* sont respectées, aucune demande valide ne peut se fonder sur cette disposition.

Charter subsection 6(2)

Le paragraphe 6(2) de la Charte

86 The impugned provisions under this part are section 45 and Parts III and V of the *Canadian Wheat Board Act*.

86 Les dispositions contestées eu égard à ce paragraphe sont l'article 45 et les parties III et V de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*.

87 It will be noted that the Charter's paragraph 6(2)(b) guarantees the right to move around within Canada and to pursue the gaining of a livelihood, not the right to a livelihood itself. This is clearly the view of the Supreme Court of Canada. The two landmark cases on mobility rights are *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; and *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591. In *Skapinker*, the problem before the Court was whether a non-citizen could lawfully be prohibited from joining the Law Society of Upper Canada on the basis of his citizenship. The facts in the *Black* case were that a Calgary-based law firm wanted to join into a partnership with an Ontario-based law firm in order to establish an interprovincial law firm. This would mean that the Ontario-based lawyers would be non-resident members of the Law Society of Alberta. The Law Society of Alberta enacted two rules to prohibit this: members who ordinarily resided in Alberta could not enter into a partnership with anyone who was not an active member ordinarily resident in Alberta, and members of the law society could not be a member in more than one firm. In both the cases the rules prohibiting practice were alleged to have breached paragraph 6(2)(b) under the Charter.

87 Il est à remarquer que l'alinéa 6(2)b) de la Charte garantit le droit de se déplacer dans tout le Canada et d'y gagner sa vie, et non le droit à des moyens d'existence en soi. Telle est manifestement l'opinion de la Cour suprême du Canada. Les deux arrêts faisant autorité en matière de liberté de circulation sont *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; et *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591. Dans *Skapinker*, la Cour devait décider si l'on pouvait légalement interdire à un non-citoyen de devenir membre de la Law Society of Upper Canada du fait de sa citoyenneté. Dans *Black*, il était question d'un cabinet d'avocats de Calgary qui désirait s'associer avec un cabinet d'avocats de l'Ontario en vue de créer un cabinet interprovincial. Cette situation aurait fait en sorte que des avocats de l'Ontario seraient devenus des membres non résidents de la Law Society of Alberta. Celle-ci a donc pris deux règlements pour interdire ce genre de situation: les membres qui résidaient habituellement en Alberta ne pouvaient former une société avec une personne qui n'était pas un membre actif résidant habituellement en Alberta, et les membres du Barreau ne pouvaient appartenir à plus d'un cabinet. Dans les deux cas, il était allégué que les règles interdisant l'exercice de la profession

88 The reason for the existence of the section 6 rights was succinctly put by Deschênes C.J.S.C., in *Malartic Hygrade Gold Mines (Quebec) Ltd. c. R. (Québec)*, [1982] C.S. 1146; (1982), 142 D.L.R. (3d) 512 (Que. S.C.), at pages 520-521 (D.L.R.):

[TRANSLATION] The purpose of this provision is undoubtedly to give Canadian citizenship its true meaning and to prevent artificial barriers from being erected between the provinces

. . . .

In principle the Charter thus intends to ensure interprovincial mobility.

The above passage was approved by Mr. Justice Estey in *Skapinker* (at page 381) and by Mr. Justice La Forest in *Black* (at pages 615-616). As Justice La Forest noted (for a majority of the Supreme Court) in *Black*, at pages 610-611, the Supreme Court had already recognized that Canadian citizenship included an inherent mobility right which could not be denied by provincial legislation in *Winner v. S.M.T.*, [1951] S.C.R. 887, which was the culmination of a line of cases stemming from *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580 (H.L.).

89 La Forest J. also found that one major reason for the existence of the right in the Charter was the federal government's concern "about the growing fragmentation of the Canadian economic union" (*Black*, at page 612). More important, however, is the following statement: "But citizenship, and the rights and duties that inhere in it are relevant not only to state concerns for the proper structuring of the economy. It defines the relationship of citizens to their country and the rights that accrue to the citizen in that regard" (*Black*, at page 612).

90 Paragraph 6(2)(b) is clearly aimed at an individual's mobility (*Skapinker, supra*, at page 380) and that person's ability to pursue a livelihood. It does

dans ces circonstances violaient l'alinéa 6(2)b) de la Charte.

Dans *Malartic Hygrade Gold Mines (Quebec) Ltd. c. R. (Québec)*, [1982] C.S. 1146 (C.S. Qué.), aux pages 1150 et 1151, le juge en chef Deschênes, de la Cour supérieure, a résumé en termes succincts la raison d'être des droits conférés par l'article 6: 88

Cette disposition vise sans doute à donner à la citoyenneté canadienne son sens véritable et à prévenir l'érection de murailles artificielles entre les provinces

. . . .

En principe, la Charte veut donc assurer la mobilité interprovinciale.

Ce passage a été approuvé par le juge Estey dans *Skapinker* (à la page 381) et par le juge La Forest dans *Black* (aux pages 615 et 616). Ainsi que l'a souligné le juge La Forest (au nom de la majorité des juges de la Cour suprême) dans *Black*, aux pages 610 et 611, la Cour suprême avait déjà reconnu que la citoyenneté canadienne comportait la liberté de circulation inhérente à laquelle la loi provinciale ne pouvait porter atteinte, dans *Winner v. S.M.T.*, [1951] R.C.S. 887, qui était l'aboutissement d'une série d'affaires découlant de *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580 (H.L.).

Le juge La Forest a aussi conclu que l'une des principales raisons d'être de ce droit dans la Charte était la préoccupation qu'avait le gouvernement fédéral à l'égard de «l'effritement croissant de l'union économique canadienne» (*Black*, à la page 612). Toutefois, la déclaration suivante revêt davantage d'importance: «Mais la citoyenneté et les droits et obligations qui lui sont inhérents ne sont pas seulement pertinents en ce qui concerne le souci de l'État de bien structurer l'économie. La citoyenneté définit les rapports des citoyens avec leur pays et les droits qui leur échoient à cet égard» (*Black*, à la page 612). 89

L'alinéa 6(2)b) vise manifestement la liberté de circulation d'une personne physique (*Skapinker, précité*, à la page 380) et la capacité de cette per- 90

not, however, provide a free-standing right to work. In *Skapinker*, Mr. Justice Estey, speaking for a unanimous court, wrote, at page 380:

The concluding words of s. 6(3)(a), just cited, buttress the conclusion that s. 6(2)(b) is directed towards “mobility rights”, and was not intended to establish a free standing right to work. Reading s. 6(2)(b) in light of the exceptions set out in s. 6(3)(a) also explains why the words “in any province” are used: citizens and permanent residents have the right, under s. 6(2)(b), to earn a living in any province subject to the laws and practices of “general application” in that province which do not discriminate primarily on the basis of provincial residency.

While not expressly stated by Estey J., this Court notes that this position is entirely consistent with the Charter’s exclusion of economic and property protection as discussed above in the paragraph 2(d) discussion, notwithstanding Mr. Justice McIntyre’s *obiter* expression regarding the possible economic aspect of paragraph 6(2)(b) in the *Alberta Reference*, recited *supra*.

91 Respectfully, this Court disagrees with Madam Justice Hunt’s reasoning, but not the ultimate decision, in the Northwest Territories Court of Appeal, in the *CEMA* case, cited *supra*, where she stated, at page 225 that:

The “mobility” right in s. 6(2) necessarily has an economic content. It is a right that has been given constitutional protection. When an aspect of *that* right (which itself has an economic character) gives rise to the question of freedom of association, it would be wrong in principle to foreclose the associational right on the ground that it is economic. [Emphasis in original.]

With respect, there is no basis to meld an economic element into the right. As noted earlier, this Court has rejected the notion that economic and property rights are protected by the Charter. As the following analysis will show, this principle holds true for the paragraph 6(2)(b) right.

sonne de gagner sa vie. Toutefois, cette liberté ne confère pas un droit distinct au travail. Dans *Skapinker*, le juge Estey, exprimant l’avis unanime de la Cour, a écrit à la page 380:

Les derniers mots de l’alinéa 6(3)a), que je viens tout juste de citer, étayent la conclusion que l’al. 6(2)b) vise la «liberté de circulation et d’établissement» et non pas à établir un droit distinct au travail. L’interprétation de l’al. 6(2)b) en fonction des exceptions énoncées à l’al. 6(3)a) permet également d’expliquer pourquoi les mots «dans toute province» sont utilisés: en vertu de l’al. 6(2)b), les citoyens et les résidents permanents ont le droit de gagner leur vie dans toute province, mais ce droit est subordonné aux lois et usages «d’application générale» dans cette province qui n’établissent aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence.

Même si le juge Estey ne l’a pas expressément déclaré, la Cour souligne que cette position est tout à fait conforme à l’exclusion, par la Charte, de la protection économique et de la propriété dont il a été question ci-dessus, dans l’analyse portant sur l’alinéa 2d), nonobstant l’opinion incidente du juge McIntyre à propos de l’aspect économique possible de l’alinéa 6(2)b) dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, précité.

Avec respect pour l’opinion contraire, la Cour est en désaccord avec le raisonnement, mais non la décision ultime, de M^{me} le juge Hunt, de la Cour d’appel des Territoires du Nord-Ouest, dans l’affaire *CEMA*, précitée, où l’on peut lire ce qui suit, à la page 225:

[TRADUCTION] Le droit de «mobilité» prévu au paragraphe 6(2) a nécessairement un contenu économique. Il s’agit d’un droit auquel une protection d’ordre constitutionnel a été conférée. Lorsqu’un aspect de *ce* droit (qui est lui-même de nature économique) soulève le problème de la liberté d’association, il ne serait pas juste en principe d’interdire le droit d’association au motif qu’il s’agit d’un droit économique. [En italique dans l’original.]

Nous estimons qu’il n’y a aucune raison d’inclure dans ce droit un élément économique. Ainsi qu’il a été souligné ci-dessus, la présente Cour a rejeté la notion voulant que la Charte protège les droits économiques et relatifs à la propriété. Comme l’analyse suivante le démontrera, ce principe est valable pour ce qui est du droit prévu à l’alinéa 6(2)b).

92 In the *CEMA* case, Madam Justice Hunt seems to have premised her assertion that paragraph 6(2)(b) has an inherent economic content on the judgment of the Supreme Court of Canada in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712. In *Ford*, which dealt with the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11 (one of the sign law cases), the Supreme Court found no basis to exclude commercial expression from paragraph 2(b) of the *Charter*. The unanimous Court stated, at page 767 that:

Over and above its intrinsic value of expression, commercial expression which, as has been pointed out, protects listeners as well as speakers plays a significant role in enabling individuals to make informed economic choices, an important aspect of individual self-fulfillment and personal autonomy. The Court accordingly rejects the view that commercial expression serves no individual or societal value in a free and democratic society and for this reason is undeserving of any constitutional protection.

Although the expression in this case has a commercial element, it should be noted that the focus here is on choice of language and on a law which prohibits the use of a language. We are not asked in this case to deal with the distinct issue of the permissible scope of regulation of advertising (for example to protect consumers) where different governmental interests come into play, particularly when assessing the reasonableness of limits on such commercial expression pursuant to s. 1 of the Canadian *Charter* or to s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

This should not be taken as anything more than a recognition that the economic aspect of the freedom of expression is important and that an economic component is not itself enough to disable the freedom of expression. More importantly, the fundamental questions which are asked when a paragraph 2(b) right is at stake vastly differ from those which are part of a paragraph 6(2)(b) inquiry. Freedom of expression and mobility rights are discreet and stem from very different historical underpinnings. For this reason, even if it can be said that the Supreme Court has decided to safeguard economic rights in the context of freedom of expression, this proposition should be restricted to that section. The *CEMA* case,

92 Dans *CEMA*, M^{me} le juge Hunt semble avoir fondé son affirmation selon laquelle l'alinéa 6(2)(b) a un contenu économique inhérent sur l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Dans cette affaire, qui concernait la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11 (l'une des affaires portant sur la loi sur l'affichage), la Cour suprême n'a trouvé aucun motif justifiant l'exclusion de l'expression commerciale de la portée de l'alinéa 2b) de la *Charte*. À la page 767, la Cour a dit à l'unanimité, que:

Au-delà de sa valeur intrinsèque en tant que mode d'expression, l'expression commerciale qui, répétons-le, protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle. La Cour rejette donc l'opinion selon laquelle l'expression commerciale ne sert aucune valeur individuelle ou sociale dans une société libre et démocratique et, pour cette raison, ne mérite aucune protection constitutionnelle.

Bien que l'expression considérée ait un aspect commercial, il faut souligner que l'accent est mis, en l'espèce, sur le choix de la langue et sur une loi qui interdit l'emploi d'une langue. On ne nous demande pas de traiter ici de la question distincte de savoir quelle portée acceptable pourrait avoir la réglementation de la publicité (pour protéger les consommateurs, par exemple) quand divers intérêts gouvernementaux entrent en jeu, surtout lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère raisonnable des restrictions apportées à une telle expression commerciale, selon l'article premier de la *Charte* canadienne et l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*.

Cette affirmation ne devrait être interprétée comme rien de plus que la reconnaissance du fait que l'aspect économique de la liberté d'expression est important et qu'un élément économique ne suffit pas en soi à faire échec à la liberté d'expression. Qui plus est, les questions fondamentales qui se posent lorsqu'un droit visé par l'alinéa 2b) est en jeu diffèrent grandement de celles qui sont soulevées à l'occasion d'une analyse faite dans le cadre de l'alinéa 6(2)(b). La liberté d'expression et la liberté de circulation sont distinctes, et leurs fondements historiques nettement différents. Pour cette raison, même si l'on peut dire que la Cour suprême a décidé de garantir des droits économiques dans le contexte de la liberté

relied on by the plaintiffs is rather far afield from the case at bar.

93 The plaintiffs' counsel take comfort from Madam Justice Hunt's assertion, at page 221 of the *CEMA* case that, despite the Supreme Court's reiteration that forming an association is a guaranteed freedom, its activities are not so guaranteed (*Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367, at page 402), "even without the right to strike, presumably the 'association' (the union) could accomplish other activities. In that context, the distinction between the association and the activity makes sense; in the context of this case it does not." That conclusion is not abundantly clear, if at all. The egg marketers' association could attempt to form public opinion, to lobby MPs, to press their case on the cabinet and to go to law, for a few examples, short of marketing eggs in the provinces. The plaintiffs argue that the judgment interprets the Charter to secure economic rights under paragraphs 2(d), 6(2)(b) and subsection 15(1). Respectful as this Court may be, it is not bound by the decisions of provincial or territorial courts of appeal, unless the Supreme Court of Canada has declined to accord leave to appeal which adds much weight to the decision of an intermediate appellate court.

94 There is no question that the right to pursue the gaining of a livelihood is closely linked to earning a living, which is fundamentally economic. If paragraph 6(2)(b) does not include a free-standing right to work—which is clearly an economic aspect of the right—and this is the opinion of a unanimous court in *Skapinker*, then the economic aspect of the right can and should be severed when the Court examines a complaint under this paragraph.

95 What then is a severable economic aspect of the paragraph 6(2)(b) right? To start, a brief *coda* to the

d'expression, cet énoncé devrait se limiter à cet alinéa. L'affaire *CEMA*, sur laquelle les demandeurs se fondent, est plutôt fort éloignée de l'espèce.

93 Les avocats des demandeurs s'appuient sur l'affirmation de M^{me} le juge Hunt, à la page 221 de l'affaire *CEMA*, selon laquelle, malgré la réitération, par la Cour suprême, de l'énoncé voulant que la création d'une association soit une liberté protégée, ses activités ne le sont pas (*Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367, à la page 402), [TRADUCTION] «même sans le droit de grève, l'«Association» (le syndicat) pourrait vraisemblablement exercer d'autres activités. Dans ce contexte, la distinction entre l'association et l'activité est logique; dans le contexte de l'espèce, elle ne l'est pas». Cette conclusion manque de clarté. L'association des commerçants d'œufs pourrait tenter d'influencer l'opinion publique, de faire du démarchage auprès des députés, de faire valoir sa cause auprès du cabinet et de recourir à la justice, pour donner quelques exemples, à défaut de commercialiser ses œufs dans la province. Les demandeurs font valoir que cet arrêt donne une interprétation de la Charte qui permet de protéger les droits économiques conférés par les alinéas 2d) et 6(2)b) ainsi que par le paragraphe 15(1). Avec respect pour l'opinion contraire, la présente Cour n'est pas liée par les décisions des cours d'appel provinciales ou territoriales, sauf si la Cour suprême du Canada a refusé d'accorder une demande d'autorisation de pourvoi, ce qui ajoute un poids considérable à la décision d'une cour d'appel intermédiaire.

94 Le droit de gagner sa vie est sans aucun doute étroitement lié au fait de gagner sa vie, ce qui est fondamentalement économique. Si l'alinéa 6(2)b) ne comporte pas un droit distinct au travail—ce qui est, à l'évidence, un aspect économique du droit—et, il s'agit là de l'opinion unanime de la Cour dans *Skapinker*, l'aspect économique du droit peut et devrait être séparé lorsque la Cour étudie une plainte fondée sur cet alinéa.

95 Alors, en quoi consiste un aspect économique séparable du droit conféré par l'alinéa 6(2)b)? Pour

previous discussion under paragraph 2(d) is helpful: property rights are not protected. Next, because *Skapinker* indicates that a free-standing right to work does not exist, that would be a severable economic aspect. Aside from these two examples, it is not for this Court to map out each and every possibility. Ultimately it will vary on the circumstances. In simple terms, paragraph 6(2)(b) protects one's ability to try to earn a living. The right does not guarantee that one will succeed (or even not starve) or that legislation cannot be enacted which regulates how a person earns his or her living.

96 Justice Estey's comments which define the paragraph 6(2)(b) right as a mobility right were echoed and approved by Mr. Justice La Forest in *Black* at page 622. Justice La Forest also made this pertinent remark, at pages 617-618:

The cases have raised a further issue, namely, whether a particular claim is protected by the phrase "to pursue the gaining of a livelihood". Arnup J.A., dissenting in the Court of Appeal in *Skapinker*, *supra*, made passing reference to this at pp. 514-15. "The permanent resident who goes to another province, he stated, "has a right to pursue the gaining of a livelihood there, whether that person is a lawyer or a Class "A" mechanic, but must comply with the local laws concerning the qualifications of all lawyers or all mechanics (except laws discriminating on the basis of past or present province of residence)." I agree. Section 6(2)(b), in my view, guarantees not simply the right to pursue a livelihood, but more specifically the right to pursue the livelihood of choice to the extent and subject to the same conditions as residents.

He went on to write, at pages 620-621:

What section 6(2) was intended to do was to protect the right of a citizen (and by extension a permanent resident) to move about the country, to reside where he or she wishes and to pursue his or her livelihood without regard to provincial boundaries. The provinces may, of course, regulate these rights (as *Skapinker* holds). But, subject to the exception in ss. 1 and 6 of the *Charter*, they cannot do so in terms of provincial boundaries. That would derogate from the inherent rights of the citizen to be treated equally as a citizen throughout Canada . . .

commencer, il est utile de dire un dernier mot au sujet de l'exposé qui précède sur l'alinéa 2d): les droits de propriété ne sont pas protégés. Ensuite, comme *Skapinker* indique qu'il n'existe pas de droit distinct au travail, il s'agirait là d'un aspect économique séparable. Hormis ces deux exemples, il n'appartient pas à la présente Cour de prévoir toutes les possibilités imaginables. En fin de compte, cela dépendra des circonstances. Pour dire les choses simplement, l'alinéa 6(2)b) protège la capacité d'une personne de tenter de gagner sa vie. Le droit ne garantit pas que cette personne réussira (ou même qu'elle ne mourra pas de faim) ou qu'une loi régissant la façon dont une personne gagne sa vie ne peut être adoptée.

Les commentaires par lesquels le juge Estey définit le droit visé par l'alinéa 6(2)b) comme une liberté de circulation ont été repris et approuvés par le juge La Forest dans l'arrêt *Black*, à la page 622. Le juge La Forest a aussi fait la remarque pertinente qui suit, aux pages 617 et 618:

Une autre question ressort de la jurisprudence, celle de savoir si une demande particulière est protégée par l'expression «de gagner leur vie». Le juge Arnup, dissident en Cour d'appel dans l'arrêt *Skapinker*, précité, fait allusion à cela, aux pp. 514 et 515. [TRADUCTION] «Le résident permanent qui se rend dans une autre province», dit-il, «a le droit d'y gagner sa vie qu'il soit avocat ou mécanicien de classe «A», mais il doit se conformer aux lois de cette province concernant les qualités requises de tous les avocats et les mécaniciens (à l'exception des lois qui établissent une distinction fondée sur la province de résidence actuelle ou antérieure)». Je partage cet avis. À mon sens, l'al. 6(2)b) garantit non seulement le droit de gagner sa vie mais, plus précisément, le droit de gagner sa vie selon la profession ou le métier de son choix, tout en étant assujéti aux mêmes conditions que les résidents.

Et, poursuit-il, aux pages 620 et 621:

Le paragraphe 6(2) était destiné à protéger le droit d'un citoyen (et par extension celui d'un résident permanent) de se déplacer à l'intérieur du pays, d'établir sa résidence à l'endroit de son choix et de gagner sa vie sans égard aux frontières provinciales. Les provinces peuvent évidemment réglementer ces droits (selon l'arrêt *Skapinker*). Cependant, sous réserve des exceptions contenues à l'article premier et à l'art. 6 de la *Charte*, elles ne peuvent le faire en fonction des frontières provinciales. Ce serait déroger aux droits que possède le citoyen, en sa qualité même de citoyen, d'être traité également partout au Canada . . .

There is, however, no doubt that a person can pursue a living in a province without being there personally.

From *Skapinker* and *Black*, it can be taken that the Supreme Court's view is this. Section 6 was included in the Charter to provide Canadian citizens the general right to move anywhere in the country to pursue a livelihood of their choosing. Legislation which restricts a person from attempting to pursue the gaining of one's livelihood will breach paragraph 6(2)(b), unless it is saved by subsection 6(3). As well, one does not need personally to live in a province in order to pursue the gaining of a livelihood there.

97 In the *CEMA* decision, at page 219, Madam Justice Hunt held that the case of *Milk Bd. v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (B.C.C.A.); leave declined [1989] 1 S.C.R. xi, might "at first blush" offer some guidance, but that it was to be distinguished. It was "decided very early in the life of the Charter and whatever it has to say about the Charter must be considered in the context of later Supreme Court decisions, especially the *Public Service Reference*" (cited as the *Alberta Reference* above). That "later decision" was rendered by the Supreme Court on April 9, 1987 (S.C.R., page 313), but the "earlier" decision to refuse leave in the *Milk Board* case is recorded to have been made on June 8, 1989. So more than two years after the *Alberta Reference* judgment, the British Columbia Appeal Court's decision in the *Milk Board* case was affirmed by the refusal of leave to appeal to the Supreme Court.

98 The *Milk Board* judgment does indeed provide guidance. Mr. Justice Seaton for the Court outlined the issues ([1987] 4 W.W.R. 279, at pages 281, 284, 285, 288), thus:

The first [proceeding] (No. A851874) was started by the Milk Board against Clearview Dairy Farm Inc. on 6th August 1985. In that proceeding Toy J. ordered:

Il ne fait cependant aucun doute qu'une personne peut gagner sa vie dans une province sans s'y trouver personnellement.

D'après *Skapinker* et *Black*, on peut considérer que l'opinion de la Cour suprême est la suivante. L'article 6 a été inclus dans la Charte pour conférer aux citoyens canadiens le droit général de se déplacer n'importe où au pays pour exercer le métier de leur choix. Une loi qui empêche une personne de tenter d'exercer son métier violera l'alinéa 6(2)b), à moins qu'elle ne soit sauvegardée par le paragraphe 6(3). Aussi, il n'est pas nécessaire de vivre personnellement dans une province pour y exercer son métier.

Dans l'affaire *CEMA*, M^{me} le juge Hunt a statué 97 que l'affaire *Milk Bd. v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (C.A.C.-B.); demande d'autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. xi, pourrait «à première vue» éclairer un peu la question, mais que ce jugement devait être distingué. Il a été [TRADUCTION] «rendu très tôt dans l'existence de la Charte, et ce qu'il dit à propos de cette dernière doit être considéré à la lumière de décisions ultérieures de la Cour suprême, particulièrement l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Services*», (cité sous le nom de *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité). Cette «décision ultérieure» a été prononcée par la Cour suprême le 9 avril 1987 (R.C.S., page 313), mais la décision «antérieure» de refuser la demande d'autorisation de pourvoi dans l'affaire *Milk Board* a été officiellement rendue le 8 juin 1989. Ainsi, plus de deux ans après le jugement rendu dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Milk Board* a été confirmée par le refus de la demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême.

Le jugement rendu dans *Milk Board* donne en effet quelques conseils. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Seaton a décrit en ces termes les questions soulevées ([1987] 4 W.W.R. 279, aux pages 281, 284, 285, 288):

[TRADUCTION] La première [instance] (n° A851874) a été intentée par la Commission du lait contre Clearview Dairy Farm Inc., le 6 août 1985. Dans cette instance, le juge Toy a ordonné:

... that the Defendant be permanently restrained and prohibited from engaging in the marketing in British Columbia of any class or grade of qualifying milk, as defined by the Milk Industry Act, R.S.B.C. 1979, C. 258, and which is produced at the Clearview Dairy Farm, 8954-280th Street, R.R. #6, Langley, British Columbia, or elsewhere in the areas of production, as defined by the Milk Industry Act, unless and until the Defendant is in possession of a current licence issued by the Plaintiff.

The second [proceeding] (No. A851890) was launched by way of petition on 7th August 1985 by Clearview naming the Milk Board as respondent. Clearview sought a declaration that the system for regulating industrial milk contravenes the Canadian Charter of Rights and Freedoms, a declaration that the Milk Board could not withhold a producer's licence from the petitioner, and an order in the nature of mandamus requiring the Milk Board to issue a producer's licence to the petitioner. Toy J. dismissed the petition.

Clearview appeals from both decisions.

The Attorney General of British Columbia has intervened pursuant to s. 8 of the Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1979, c. 63.

...

The tone of the argument on behalf of Clearview was established at the outset:

This appeal will determine whether residents of British Columbia are entitled to engage in the dairy processing industry (either as producers or as manufacturers of dairy products such as cheese) beyond the restrictions imposed on this industry by the Canadian Milk Supply Management Committee ("CMSMC") and the Milk Board. These agencies have set in place a scheme whereby residents of B.C. are restricted to producing no more than 30% of the dairy products consumed in British Columbia. If that restriction is valid this appeal fails. However, if this Court declares that restriction to be invalid, a fundamental freedom will be restored not only to the Appellant but to a great many others—mostly young and eager entrepreneurs—who are waiting to create a new and exciting dairy processing industry in the Province of British Columbia.

The Milk Board is attempting, like King Knut, to hold back a tide which we say cannot be held back. That is the tide of free enterprise and economic growth in British Columbia. We say it cannot be held back because it is constitutionally invalid as an overreaching of federal authority, and also that it is contrary to s. 15

... qu'il soit interdit en permanence à la défenderesse de commercialiser en Colombie-Britannique toute catégorie de lait admissible, au sens de la Milk Industry Act, R.S.B.C. 1979, ch. 258, et produit à la Clearview Dairy Farm, 8954-280^e rue, R.R. n^o 6, Langley (Colombie-Britannique) ou ailleurs dans les régions de production, au sens de la Milk Industry Act, tant que la défenderesse ne possède pas un permis à jour délivré par la demanderesse.

La deuxième [instance] (n^o A851890) a été intentée par voie de requête le 7 août 1985 par Clearview, et désignait la Commission du lait comme intimée. Clearview sollicitait un jugement déclarant que le système de réglementation du lait industriel violait la Charte canadienne des droits et libertés, un jugement déclarant que la Commission du lait ne pouvait retirer le permis de producteur de la requérante ainsi qu'une ordonnance de mandamus exigeant que la Commission du lait délivre un permis de producteur à la requérante. Le juge Toy a rejeté la requête.

Clearview a interjeté appel des deux décisions.

Le procureur général de la Colombie-Britannique est intervenu en vertu de l'art. 8 de la Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1979, ch. 63.

...

Le ton de l'argumentation faite pour le compte de Clearview a été donné au début de l'audience:

Le présent appel déterminera si les résidents de la Colombie-Britannique ont le droit d'exercer leurs activités au sein de l'industrie laitière (en tant que producteurs ou fabricants de produits laitiers, comme le fromage) au-delà des limites qu'imposent à cette industrie le Comité canadien de gestion des approvisionnements de lait («CCGAL») et la Commission du lait. Ces organismes ont établi un régime en vertu duquel la production des résidents de la Colombie-Britannique est limitée à 30 p.100 au plus des produits laitiers consommés en Colombie-Britannique. Si cette restriction est valide, le présent appel sera rejeté. Toutefois, si la présente Cour déclare que ladite restriction est invalide, une liberté fondamentale sera redonnée non seulement à l'appelante mais à de nombreuses autres personnes—de jeunes et dynamiques entrepreneurs pour la plupart—qui attendent de créer une industrie du traitement laitier nouvelle et stimulante au sein de la province de la Colombie-Britannique.

La Commission du lait tente, comme le roi Canut, de retenir une vague qui, selon nous, ne peut être retenue. Il s'agit de la vague de la libre entreprise et de la croissance économique de la Colombie-Britannique. Nous affirmons qu'elle ne peut être retenue parce que cela est constitutionnellement invalide en tant qu'empiètement

of the Charter which guarantees equality before the law to every Canadian citizen regardless of province of residence. We say that the allocation by the CMSMC of only 3.7% of the national industrial milk quota to B.C. is outrageously unfair and discriminatory, and cannot be saved by sec. 1 of the Charter. It is inconsistent with the basic tenets of a free and democratic society in which federal laws are meant to be applied evenly across the country without regional discrimination.

That vigorous attack on the Milk Board was not supported by the evidence accepted by the trial judge.

...

That section [95, *Constitutional Act, 1867*] seems to contemplate the sort of co-operation that the federal and provincial governments have been demonstrating. But decisions of the Privy Council, particularly *Lower Mainland Dairy Prod. Sales Adjustment Ctee. v. Crystal Dairy Ltd.*, [1933] A.C. 168, [1932] 3 W.W.R. 639, [1933] 1 D.L.R. 82 [B.C.]; *A.G. for Sask. v. A.G. for Can.*, [1949] A.C. 110, [1949] 1 W.W.R. 742, [1949] 2 D.L.R. 145; and *Can. Fed. of Agriculture v. A.G. Que.*, [1951] A.C. 179, [1950] 4 D.L.R. 689, have severely restricted the section. Only the Supreme Court of Canada can revitalize it.

...

We must not reintroduce the inflexibility of the earlier Privy Council decisions or disregard the approval of a similar scheme in *Ref. re Agricultural Prod. Marketing Act*.

The Milk Board can also rely on provincial enactments. Whether the board arrives at a total volume of industrial milk by agreement with other provinces under the national scheme, or arrives at a total volume by assessing an unregulated market-place, it has the power to divide the result in the manner that it is now dividing it.

My tentative view is that the Milk Board is exercising provincial jurisdiction solely when it assigns M.S.Q. [quota] to individual farmers but, if that is wrong, the effect of the federal enactments is to add its jurisdiction thereunder to the power of the Milk Board derived from the province and the result is the same.

I would reject this argument.

VI

For Clearview it is said that the present scheme is contrary to s. 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

du pouvoir fédéral et contraire à l'article 15 de la Charte, qui garantit l'égalité devant la loi à chaque citoyen, peu importe sa province de résidence. Nous affirmons que l'attribution par le CCGAL de 3,7 p. 100 seulement du quota laitier de l'industrie nationale en Colombie-Britannique est outrageusement injuste et discriminatoire, et qu'elle ne peut être sauvegardée par l'article premier de la Charte. Elle est contraire au fondement d'une société libre et démocratique dans laquelle les lois fédérales sont destinées à être appliquées uniformément dans tout le pays, sans distinction régionale.

Cette attaque vigoureuse à l'endroit de la Commission du lait n'était pas étayée par la preuve admise par le juge de première instance.

...

Cet article [l'article 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*] semble envisager le type de collaboration dont les gouvernements fédéral et provinciaux ont fait preuve. Mais les décisions du Conseil privé, particulièrement *Lower Mainland Dairy Prod. Sales Adjustment Ctee. v. Crystal Dairy Ltd.*, [1933] A.C. 168, [1932] 3 W.W.R. 639, [1933] 1 D.L.R. 82 (C.-B.); *A.G. for Sask. v. A.G. for Can.*, [1949] A.C. 110, [1949] 1 W.W.R. 742, [1949] 2 D.L.R. 145; et *Can. Fed. of Agriculture v. A.G. Que.*, [1951] A.C. 179, [1950] 4 D.L.R. 689, ont grandement restreint la portée de cet article. Seule la Cour suprême du Canada peut le raviver.

...

Nous ne devons pas réintroduire la rigueur des décisions antérieures du Conseil privé, ni ne pas tenir compte de l'approbation d'un régime similaire dans l'arrêt *Ref. re Agricultural Prod. Marketing Act*.

La Commission du lait peut aussi se fonder sur des textes de loi provinciaux. Que la Commission fixe un volume total de lait industriel à la suite d'une entente conclue avec d'autres provinces dans le cadre d'un régime national ou qu'elle fixe un volume total en évaluant un marché non réglementé, elle a le pouvoir de diviser le résultat de la manière dont elle procède actuellement.

Mon opinion provisoire est que la Commission du lait n'exerce une compétence provinciale que lorsqu'elle attribue le quota du régime du lait à des agriculteurs particuliers mais, si cela est erroné, l'effet des textes de loi fédéraux est d'ajouter sa compétence en vertu de ceux-ci au pouvoir conféré par la province à la Commission, et le résultat est le même.

Je suis d'avis de rejeter cet argument.

VI

Pour le compte de Clearview, il est dit que le régime actuel viole le paragraphe 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés.

I agree with Toy J. that no s. 15(1) right is infringed. I do not agree with him that a corporation is within s. 15(1): first, because a corporation is not an individual; and secondly, because a corporation has no race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, nor any other comparable quality.

Finally, Clearview's counsel brought together all the Charter arguments and all of the criticisms of the marketing system in an attack on the board's interference with the freedom of Clearview to enter into contracts to sell milk where it sees fit. Together the arguments challenge regulation of industry. If accepted, they lead to the conclusion that unregulated free enterprise is entrenched in our Constitution. That, in the end, is what the Charter arguments amount to and I reject them.

VII

I would dismiss the appeal.

99 There was a clear invitation to the Supreme Court of Canada to hear an appeal on issues which the plaintiffs raise here, but the Supreme Court declined to hear the appeal, thus permitting the judgment of the British Columbia Court of Appeal to stand as an authority.

100 The facts before the Court are this: none of the producers pro and con who testified complained about being prevented from pursuing the gaining of a livelihood. The plaintiffs speculated that they could each gain a better or more affluent livelihood if only freed of the CWB monopoly. The defendants' counsel elicited from each of the plaintiff witnesses the fact that nothing in the impugned, or any, law prevents such witness from taking up residence in any other province. It may not be wise or desirable for them to do so, economically or otherwise, but the Act does not prohibit this. If the plaintiffs choose to reside in a province covered by the designated area, they must abide by the rules which apply to the area, since they choose to pursue farming as a livelihood, as long as these rules do not, in effect, act to stifle an attempt to pursue their livelihood. On the evidence, the Court finds that the Wheat Board Act does not restrict any of the plain-

Je suis d'accord avec le juge Toy pour dire qu'aucune atteinte n'a été portée au droit que protège le paragraphe 15(1). Je ne suis pas d'accord avec lui pour dire qu'une société est visée par le paragraphe 15(1): premièrement, parce qu'une société n'est pas une personne physique; deuxièmement, parce qu'une société n'a pas de race, d'origine nationale ou ethnique, de couleur, de religion, de sexe, d'âge, de déficience mentale ou physique ou d'autres caractéristiques comparables.

Enfin, l'avocat de Clearview a réuni tous les arguments concernant la Charte et toutes les critiques du système de commercialisation pour contester l'entrave à la liberté de Clearview de conclure les contrats de vente de lait qu'elle estime appropriés. Ensemble, ces arguments remettent en question la réglementation de l'industrie. S'ils sont retenus, ils mènent à la conclusion que la libre-entreprise non réglementée fait l'objet d'une protection constitutionnelle. Voilà où mènent les arguments relatifs à la Charte, et c'est pourquoi je les rejette.

VII

Je suis d'avis de rejeter l'appel.

La Cour suprême du Canada a manifestement été 99 invitée à entendre un appel sur les questions que les demandeurs soulèvent en l'espèce, mais elle a refusé d'entendre l'appel, permettant ainsi au jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de faire autorité.

Les faits soumis à la présente Cour sont les sui- 100 vants: aucun des producteurs, favorables ou défavorables à la réglementation, qui ont témoigné ne s'est plaint d'avoir été empêché d'exercer un métier. Les demandeurs ont supposé qu'ils pouvaient tous mieux gagner leur vie si seulement ils étaient libérés du monopole exercé par la CCB. L'avocat des défendeurs a fait dire à chacun des témoins demandeurs que rien dans la loi contestée ou dans une autre loi ne les empêchait d'aller résider dans une autre province. Il se peut qu'il ne soit pas sage ou souhaitable pour eux de le faire, économiquement ou pour une autre raison, mais la Loi ne l'interdit pas. Si les demandeurs choisissent de résider dans une province incluse dans la région désignée, ils doivent se conformer aux règles applicables à cette région, car ils ont choisi l'agriculture comme gagne-pain, tant que ces règles ne nuisent pas, en fait, aux efforts qu'ils font pour gagner leur vie. Au vu de la preuve, la

tiffs from pursuing the gaining of a livelihood in any province by virtue of their residence in one of the provinces in the designated area.

Cour estime que la *Loi sur la Commission canadienne du blé* n'empêche aucun des demandeurs de gagner sa vie dans une province du fait de sa résidence dans l'une des provinces incluses dans la région désignée.

101 Here is the principal evidence given by plaintiffs in their testimony. Brian Otto admitted that he did not want to move from Alberta for sentimental reasons and because he did not want to relearn all of the nuances of farming in a new area (transcript: Vol. I, at page 65). Mr. Harvie freely admitted he could move (transcript: Vol. III, at page 346). Paul Orsak testified that nothing in the *Canadian Wheat Board Act* prevented him from moving out of the designated area (transcript: Vol. IV, at page 492). Conrad Johnson actually moved from the United States into the designated area, even though he did not know what exactly the Wheat Board was at the time, because good opportunity existed there (transcript: Vol. VII, at page 727). Plaintiff Cawkwell stated that there was no legal prohibition barring him from moving (transcript: Vol. VII, at page 810). Finally, Mr. Dobranski, after working as a grain trader in Surry, British Columbia, chose to move back into the designated area because land prices were lower. He was fully aware of the CWB's monopoly (transcript: Vol. XIII, at pages 1316-1317).

Voici les principaux éléments de preuve qu'ont 101 fournis les demandeurs dans leur témoignage. Brian Otto a admis qu'il ne voulait pas quitter l'Alberta pour des raisons sentimentales et parce qu'il ne voulait pas réapprendre toutes les subtilités de la culture dans une nouvelle région (notes sténographiques: vol. I, à la page 65). M. Harvie a admis spontanément qu'il pouvait déménager (notes sténographiques: vol. III, à la page 346). Paul Orsak a témoigné que rien dans la *Loi sur la Commission canadienne du blé* ne l'empêchait de déménager hors de la région désignée (notes sténographiques: vol. IV, à la page 492). Conrad Johnson a en fait quitté les États-Unis pour s'établir dans la région désignée, et ce, même s'il ne savait pas à l'époque ce qu'était exactement la Commission canadienne du blé, parce qu'il y avait de bonnes possibilités (notes sténographiques: vol. VII, à la page 727). Le demandeur Cawkwell a déclaré qu'il n'y avait aucune interdiction d'ordre juridique qui l'empêchait de déménager (notes sténographiques: vol. VII, à la page 810). Finalement, M. Dobranski, après avoir travaillé comme négociant en grains à Surry (Colombie-Britannique), a choisi de revenir dans la région désignée parce que le prix des terres était moins élevé. Il était parfaitement au courant du monopole exercé par la CCB (notes sténographiques: vol. XIII, aux pages 1316 et 1317).

102 There is one outstanding issue which must be addressed to dispose satisfactorily of the mobility plea. The facts are that the Wheat Board Act does mandate how Board grains are marketed. The plaintiffs have shown that they as individuals could do better on their own. Does any disadvantage constitute an impairment of one's ability to pursue a livelihood? This is an issue because of the *Mia and Medical Services Commission of British Columbia, Re* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385 (B.C.S.C.) case, which held that the Medical Services Commission of British Columbia's refusal to issue a billing number

Il reste une question à aborder pour régler de 102 manière satisfaisante l'argument relatif à la circulation. Les faits indiquent que la Loi sur la Commission du blé établit bel et bien la façon dont est commercialisé le grain de la Commission. Les demandeurs ont montré qu'individuellement, ils pouvaient faire mieux. Est-ce qu'un inconvénient constitue un empêchement de gagner sa vie? La question se pose en raison de l'affaire *Mia and Medical Services Commission of British Columbia, Re* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385 (C.S.C.-B.), où il a été statué que le refus de la Medical Services Commis-

to qualified physician could infringe the paragraph 6(2)(b) because the pursuit of gaining of a livelihood was interpreted as meaning “the right to practice on a viable economic basis” (*Mia*, at page 408).

103 It has been suggested by Madam Justice Hunt in the *CEMA* case that La Forest J. approved of this view in *Black*. Among Justice La Forest’s comments on *Mia* is this excerpt, at pages 618-619:

With respect to s. 6, he [Mr. Justice McEachern, now the Chief Justice of British Columbia] suggested that one need not be completely cut off from a particular livelihood for a violation to exist. It was sufficient if a person was disadvantaged in the pursuit of that livelihood The argument that the petitioner was not disadvantaged by the denial of a billing number because she could require her patients to pay her directly was quickly, and in my view, correctly rejected. It is unrealistic to expect patients who have medical insurance to obtain the services of a doctor whose services are not covered by the medical plan. The denial of a billing number realistically precluded the petitioner from pursuing her livelihood of choice in the place of her choice. The phrase in s. 6(2)(b), “to pursue the gaining of a livelihood” was construed to mean “the right to practice [*sic*] on a viable economic basis” (p. 408); see also *Wilson v. Medical Services Commission of British Columbia* (1987), 9 B.C.L.R. (2d) 350.

It is important for the courts to look at the substance of provisions, which on their face do not appear to affect the pursuit of the gaining of a livelihood and ensure that these provisions are not for practical purposes rendered impotent.

It is important to keep in mind the context in which the remark was made and the point La Forest J. was making. Justice La Forest prefaced the above statement thus [at page 618]:

Denying non-residents access to some fields cannot be condoned, for the purposes of section 6(2)(b), by the fact that some job positions are still left open to non-residents. The right to pursue this livelihood of choice must remain a viable right and cannot be rendered practically ineffective and essentially illusory by the provinces. The point may be illustrated by *Re Mia and Medical Services Com-*

sion of British Columbia de délivrer un numéro de facturation à un médecin compétent pouvait violer l’alinéa 6(2)(b) parce que l’exercice d’un métier a été interprété comme signifiant [TRADUCTION] «le droit de pratiquer sur une base économique viable» (*Mia*, à la page 408).

Dans l’affaire *CEMA*, M^{me} le juge Hunt a laissé entendre que le juge La Forest avait souscrit à cette opinion dans *Black*. Au nombre des commentaires faits par le juge La Forest sur *Mia* figurent les suivants, aux pages 618 et 619:

En ce qui concerne l’article 6, il [M. le juge McEachern, maintenant juge en chef de la Colombie-Britannique] a laissé entendre qu’il n’est pas nécessaire qu’une personne soit complètement privée d’un gagne-pain particulier pour qu’il y ait violation. Il suffit qu’elle soit défavorisée dans l’exercice de sa profession ou de son métier . . . L’argument selon lequel le refus d’accorder un numéro de facturation n’avait pas défavorisé la requérante puisqu’elle pouvait exiger que les patients la paient directement a été rejeté rapidement et à juste titre selon moi. Il est irréaliste de s’attendre à ce que des patients qui bénéficient d’une assurance-maladie aillent consulter un médecin dont les services ne sont pas couverts par le régime médical. Le refus d’accorder un numéro de facturation à la requérante l’a effectivement empêchée de gagner sa vie à l’endroit de son choix. On a interprété l’expression «gagner leur vie» à l’alinéa 6(2)(b) comme signifiant [TRADUCTION] «le droit de pratiquer sur une base économique viable» (p. 408); voir également la décision *Wilson v. Medical Services Commission of British Columbia* (1987), 9 B.C.L.R. (2d) 350.

Il est important que les tribunaux examinent le contenu de dispositions qui, à première vue, ne semblent pas nuire au droit de gagner sa vie et s’assurent qu’elles ne sont pas, à toutes fins pratiques, rendues inopérantes.

Il est important de ne pas perdre de vue le contexte dans lequel ces remarques ont été faites et le point que le juge La Forest faisait valoir. Ce dernier a fait précéder la déclaration susmentionnée de ce qui suit [à la page 618]:

Aux fins de l’alinéa 6(2)(b), on ne peut excuser le refus aux non-résidents de l’accès à certains domaines par le fait que certains emplois leur sont encore accessibles. Le droit de gagner sa vie selon la profession ou le métier de son choix doit demeurer un droit viable et les provinces ne peuvent le rendre pratiquement sans effet et essentiellement illusoire. Ce point peut être illustré par l’affaire *Re*

mission of British Columbia, (1985), 17 D.L.R. (4th) 385 . . .

Mia and Medical Services Commission of British Columbia, (1985), 17 D.L.R. (4th) 385.

104 It is this Court's opinion that Mr. Justice La Forest did not interpret the right encapsulated in paragraph 6(2)(b) to include an assessment of how economically viable one's pursuit of a livelihood will be. La Forest J. was using the facts in *Mia*, where the provincial government's position that physicians who moved to British Columbia did not need billing numbers because they could be paid directly, was rejected, in order to illustrate the point that insincere *pro forma* attempts by a government to placate the Charter will result in a breach. It is an all or nothing proposition: is there, for all practical purposes, a denial of one's mobility right to pursue the gaining of a livelihood? It cannot be "how economically disadvantageous is it for someone to pursue that gaining of a livelihood?". That would open up innumerable provincial schemes to Charter scrutiny on a solely economic basis, which this Court has already rejected (above) as not being part of the paragraph 6(2)(b) right. How is the Court to determine what an "economic disadvantage" is? Do all Canadians have a constitutional guarantee to become wealthy? Or to avoid failing in the gaining of a livelihood? A "livelihood" is not constitutionally guaranteed.

105 Even if this approach be wrong and the degree of economic disadvantage should be weighed, the evidence brought before the Court has not shown that the plaintiffs have been denied the right to market their produce on a viable economic basis, by marketing through the CWB. It is far, far from confiscation, and certainly does not impinge one's mobility into and out of the designated area.

106 The individual plaintiffs all produce grain in the designated area because, although some wheat and barley can be, and are, grown in Quebec, and per-

La présente Cour estime que le juge La Forest n'a pas interprété le droit visé à l'alinéa 6(2)b) comme incluant une évaluation de la viabilité économique d'un métier. Le juge La Forest se servait des faits dans le jugement *Mia*, dans lequel a été rejetée la position du gouvernement provincial selon laquelle les médecins qui déménageaient en Colombie-Britannique n'avaient pas besoin d'un numéro de facturation parce qu'ils pouvaient être payés directement, pour illustrer le point selon lequel les tentatives faites de mauvaise foi et pour sauver les apparences par un gouvernement en vue de se soustraire à l'application de la Charte constituent une violation de celle-ci. Il s'agit d'une proposition à prendre ou à laisser: y a-t-il, à toutes fins utiles, une atteinte à la liberté de circulation dans le but de gagner sa vie? Il ne peut s'agir de se demander «à quel point est-il désavantageux pour une personne d'exercer ce métier?». Cette question exposerait d'innombrables régimes provinciaux à un examen en vertu de la Charte sur une base exclusivement économique, ce que la présente Cour a déjà rejeté (ci-dessus) comme ne faisant pas partie du droit conféré par l'alinéa 6(2)b). Comment la Cour peut-elle déterminer ce qu'est un «désavantage économique»? Le droit de s'enrichir est-il garanti constitutionnellement à tous les Canadiens? Ou celui de réussir à gagner sa vie? Un «gagne-pain» n'est pas garanti constitutionnellement.

Même si cette démarche était erronée et qu'il faudrait évaluer le degré de désavantage économique, la preuve présentée devant la Cour n'a pas indiqué qu'on avait porté atteinte au droit des demandeurs de commercialiser leurs produits d'une manière économiquement viable en les obligeant à passer par la CCB. Cette situation ne ressemble en rien à une confiscation et elle n'empêche assurément pas une personne de gagner la région désignée ou d'en sortir.

Les demandeurs produisent tous du grain dans la région désignée parce que, même si certains types de blé et d'orge peuvent être, et sont, cultivés au

haps also the Atlantic provinces and perhaps also on the western slopes of the Rockies and (west) coastal ranges, it is the designated area in which it is most natural, efficient and economic to grow that grain. All producers of grain in the designated area are treated alike—nay, the same—under the impugned law. To market their grain extraprovincially, they must simply do so through the Board, which markets the grain on behalf of all producers in the designated area. The designated area is no “great wall” and does not impede any mobility.

107 Clearly there has been no demonstrable breach of the plaintiffs’ rights guaranteed by subsection 6(2) of the Charter.

108 For these reasons, the Court finds no basis for the plaintiffs’ plea for declaratory relief, under paragraph 6(2)(b) of the Charter, to succeed.

Charter subsection 15(1)

109 The plaintiffs assert a third breach of their Charter rights under subsection 15(1). It is their plea that the subsection 2(1) definition of “designated area” and Parts III and V of the Act create a distinction between them and farmers who do not reside in the designated area. Subsection 15(1) of the Charter guarantees individuals equality before and under the law, as well as the equal protection and equal benefit of the law without discrimination. It provides:

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.

110 The foundational approach to subsection 15(1) analysis was set out in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, and refined

Québec, peut-être aussi dans les provinces de l’Atlantique et sur les versants ouest des Rocheuses et des chaînes côtières de l’Ouest, c’est dans la région désignée qu’il est le plus naturel, efficace et économique de cultiver ce type de grains. Tous les producteurs de grains de la région désignée ont traités de la même manière—d’une manière identique, plutôt—sous le régime de la loi contestée. Pour commercialiser le grain à l’extérieur de la province, ils doivent simplement le faire par l’intermédiaire de la Commission, qui commercialise le grain pour le compte de tous les producteurs de la région désignée. Cette région désignée n’est pas une «grande muraille» et n’entrave la circulation de personne.

Il n’y a manifestement eu aucune violation prouvable des droits des demandeurs que garantit le paragraphe 6(2) de la Charte.

Pour ces raisons, la Cour estime que, faute de fondement, la requête des demandeurs en vue d’obtenir une mesure de redressement déclaratoire en vertu de l’alinéa 6(2)(b) de la Charte doit être rejetée.

Le paragraphe 15(1) de la Charte

Les demandeurs soutiennent qu’il y a eu une troisième violation des droits que leur confère la Charte, soit le droit protégé par le paragraphe 15(1). Ils ajoutent que la définition des mots «région désignée», au paragraphe 2(1), et les parties III et V de la Loi établissent une distinction entre eux et les agriculteurs ne résidant pas dans la région désignée. Le paragraphe 15(1) de la Charte garantit aux individus l’égalité devant la loi ainsi que la protection et les avantages égaux de la loi sans discrimination:

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.

La méthode d’analyse fondamentale du paragraphe 15(1) a été établie dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, et précisée

by Chief Justice Lamer in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 992:

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in "discrimination". This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, . . . the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15—namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

111 The first inquiry set out by Chief Justice Lamer is straightforward. Has the plaintiff been denied either equality before the law or under the law? The second inquiry has been gradually developed by the courts. Originally, in *Andrews*, at page 175, McIntyre J. held the grounds enumerated under subsection 15(1) "are not exclusive and the limits, if any, on grounds for discrimination which may be established in future cases await definition". The basis he developed for determining when a new ground would qualify as analogous was based on whether the discrimination was founded on immutable personal characteristics (page 175). In *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, Madam Justice Wilson, relying on Justice McIntyre's reasons at page 183 of *Andrews*, asked whether the person alleging discrimination was of a "discrete and insular minority" (page 1332). More recently, La Forest J. found judicially, if not anthropologically, that homosexuality is an immutable characteristic, in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

112 In the *CEMA* case Madam Justice Hunt followed the early approach of the Supreme Court in *Turpin*

par le juge en chef Lamer dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 992:

La cour doit d'abord déterminer si le plaignant a démontré que l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité a été violé (i.e. l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d'autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices ou aux avantages offerts à d'autres. De plus, pour déterminer s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s'assurer que la plainte correspond à l'objectif général de l'art. 15, c'est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

La première analyse formulée par le juge en chef 111 Lamer est directe. A-t-il été porté atteinte au droit du demandeur à l'égalité devant la loi? La deuxième analyse a graduellement été mise au point par les tribunaux. À l'origine, dans *Andrews*, à la page 175, le juge McIntyre a statué que les motifs énumérés au paragraphe 15(1) «ne sont pas exclusifs et les restrictions, le cas échéant, que la jurisprudence pourra apporter aux motifs de discrimination ne sont pas encore précisées». La règle qu'il a établie pour déterminer quand un nouveau motif serait admissible à titre de motif analogue consistait à se demander si la discrimination reposait sur des caractéristiques personnelles immuables (page 175). Dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, M^{me} le juge Wilson, se fondant sur les motifs du juge McIntyre, à la page 183 dans *Andrews*, s'est demandée si la personne qui alléguait la discrimination appartenait à une «minorité discrète et isolée» (page 1332). Plus récemment, dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, le juge La Forest a conclu judiciairement, si ce n'est anthropologiquement, que l'homosexualité est une caractéristique immuable.

Dans l'affaire *CEMA*, M^{me} le juge Hunt a choisi la 112 démarche que la Cour suprême avait suivie anté-

and *Egan* in finding that egg producers in the Northwest Territories were not a discrete and insular minority, and their residence was not an immutable characteristic (page 233). She based her finding on the fact that the egg producers were not a group which suffered from stereotyping or social prejudice, or had suffered historical disadvantage or historical prejudice.

rièvement dans *Turpin* et *Egan* pour conclure que les producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest ne constituaient pas une minorité discrète et isolée et que leur résidence n'était pas une caractéristique immuable (page 233). Elle a fondé sa conclusion sur le fait que les producteurs d'œufs ne formaient pas un groupe qui subissait un stéréotype ou un préjudice social ou qui avait subi un désavantage ou un préjudice historique.

113 The case of *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, signalled a change in the general approach taken with respect to analogous grounds under subsection 15(1). Madam Justice McLachlin expressed dissatisfaction with what was becoming an overly categorical approach and made a return to what she identified as the underlying principle of indicia of analogous grounds under subsection 15(1). At page 497 she wrote:

... while discriminatory group markers often involve immutable characteristics, they do not necessarily do so. Religion, an enumerated ground, is not immutable. Nor is citizenship, recognized in *Andrews*; nor province of residence, considered in *Turpin*. All these and more may be indicators of analogous grounds, but the unifying principle is larger: the avoidance of stereotypical reasoning and the creation of legal distinctions which violate the dignity and freedom of the individual, on the basis of some preconceived perception about the attributed characteristics of a group rather than the true capacity, worth or circumstances of the individual.

L'affaire *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, a 113 marqué un changement dans la démarche globale suivie à l'égard des motifs analogues aux fins du paragraphe 15(1). M^{me} le juge McLachlin a exprimé son insatisfaction vis-à-vis de ce qui devenait une démarche par trop catégorique, et elle est revenue à ce qu'elle a appelé le principe sous-jacent des indices de motifs analogues aux fins du paragraphe 15(1). Voici ce qu'elle écrit, à la page 497:

... bien que des repères de groupe discriminatoires comportent souvent des caractéristiques immuables, ce n'est pas nécessairement toujours le cas. Par exemple, la religion, un motif énuméré, n'est pas un motif immuable, ni d'ailleurs la citoyenneté, reconnue dans l'arrêt *Andrews*, pas plus que la province de résidence, examinée dans l'arrêt *Turpin*. Ces éléments peuvent parmi d'autres constituer des indices de motifs analogues; cependant, le principe unificateur est plus général: il faut éviter les raisonnements stéréotypés et la création de distinctions juridiques qui violent la dignité et la liberté de la personne pour un motif fondé sur une idée préconçue des caractéristiques attribuées à un groupe plutôt que sur les capacités ou les mérites d'un individu ou sur les circonstances qui lui sont propres.

114 The effect of *Miron* is that the Court is directed to consider whether the distinction will engage subsection 15(1) by preventing "the violation of human dignity and freedom by imposing limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics rather than on the basis of individual merit, capacity, or circumstance" (pages 486-487).

L'effet de *Miron* est que la Cour doit examiner la 114 question de savoir si la distinction fait entrer en jeu le paragraphe 15(1) en empêchant «la violation de la dignité et de la liberté de la personne 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 ou capacités d'une personne ou encore sur les circonstances qui lui sont propres» (page 487).

115 The plaintiffs make two submissions under subsection 15(1) of the Charter. The first is that they are discriminated against on the basis of residence in the designated area, which is an analogous ground

Les demandeurs soulèvent deux arguments fondés 115 sur le paragraphe 15(1) de la Charte. Le premier est qu'ils font l'objet de discrimination du fait de leur résidence dans la région désignée, ce qui constitue

under subsection 15(1). The second ground is that “farmers [the plaintiffs] whose highest and best crop (or the crop they must resort to for agronomic reasons) is [*sic*] treated differently under law than other farmers in Canada whose highest and best crop is other than wheat and barley” (plaintiffs’ post-evidence memorandum of fact and law, at page 118). In other words, they assert that regional differentiation between Canadian farmers as created by the designated area under the *Canadian Wheat Board Act* amounts to agronomic or demographic discrimination and is an analogous ground under subsection 15(1).

un motif analogue aux fins du paragraphe 15(1). Le second argument est que [TRADUCTION] «des agriculteurs [les demandeurs] dont la culture la plus importante et la meilleure (ou la culture vers laquelle ils doivent se tourner pour des raisons agronomiques) sont traités en vertu de la loi différemment des autres agriculteurs du Canada, dont la culture plus importante et la meilleure n’est pas le blé et l’orge» (exposé des faits et du droit postérieur à la preuve des demandeurs, à la page 118). Autrement dit, ils affirment que la distinction régionale qui est faite entre les agriculteurs canadiens par la notion de région désignée en vertu de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* équivaut à une discrimination de nature agronomique ou démographique, et qu’il s’agit d’un motif analogue aux fins du paragraphe 15(1).

116 The plaintiffs’ first submission is discrimination based on geographical location, which has been before the courts in the more specific form of “province of residence”. Province of residence has been acknowledged by the Supreme Court to be a possible analogous ground of discrimination, although to date it has not been successful. In *Turpin*, noted *supra*, Madam Justice Wilson found that a provision which allowed the accused in a murder trial in Alberta to elect a trial by judge alone, a provision not available in other provinces, denied the appellant’s right to equality before the law. Madam Justice Wilson, at pages 1332-1333 found this denial was without discrimination and was not an analogous ground because:

... it would be stretching the imagination to characterize persons accused of one of the crimes listed in s. 427 of the *Criminal Code* in all the provinces except Alberta as members of a “discrete and insular” minority . . . Differentiating for mode of trial purposes between those accused of s. 427 offences in Alberta and those accused of the same offences elsewhere in Canada would not, in my view, advance the purposes of s. 15 in remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in our society.

She then stated that she “would not wish to suggest that a person’s province of residence or place of

116 Le premier argument des demandeurs vise la discrimination fondée sur l’emplacement géographique, qui a déjà été soumise aux tribunaux sous la forme plus précise de «province de résidence». La province de résidence a été reconnue par la Cour suprême comme un motif de discrimination analogue possible, encore qu’à ce jour, ce motif n’ait pas été retenu. Dans *Turpin*, précité, M^{me} le juge Wilson a conclu qu’une disposition qui permettait à l’accusé dans un procès pour meurtre en Alberta d’opter pour un procès devant juge seul—une possibilité qui n’est pas offerte dans d’autres provinces, portait atteinte au droit de l’appelant à l’égalité devant la loi. M^{me} le juge Wilson a conclu, à la page 1333, que cette atteinte n’était pas discriminatoire et ne constituait pas un motif analogue parce que:

... ce serait tomber dans la fantaisie que de qualifier de «minorité discrète et isolée» les personnes qui, dans toutes les provinces sauf l’Alberta, sont accusées de l’un des crimes énumérés à l’art. 427 du *Code criminel* . . . Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta d’infractions énumérées à l’art. 427 et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l’art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination.

Elle a ajouté qu’elle «ne [voulait] pas dire que la province de résidence d’une personne ou le lieu du

trial could not in some circumstances be a personal characteristic of the individual or group capable of constituting a ground of discrimination” (page 1333). The facts in *Turpin* were simply not persuasive enough. Noted also is *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254.

procès ne pourraient pas, dans des circonstances particulières, être une caractéristique personnelle d’un individu ou d’un groupe d’individus susceptible de constituer un motif de discrimination» (page 1333). Dans *Turpin*, les faits n’étaient simplement pas assez convaincants. L’arrêt *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, a aussi été souligné.

117 In *Haig v. Canada; Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995, which dealt with Charlottetown Accord referendum, the appellant challenged the Quebec electoral law which did not allow people to vote who were not residents of Quebec six months prior to the referendum. The appellant also challenged federal legislation which denied him a chance to vote because he was not ordinarily resident in a polling division established for the federal referendum on the enumeration date. One of the appellant’s submissions was that a person’s place of residence was a personal characteristic which was an analogous ground of discrimination under subsection 15(1) of the Charter. Madam Justice L’Heureux-Dubé found for the majority of the Supreme Court that “Though this may well be true in a proper case, this case is not such a case. It would require such a serious stretch of the imagination to find that persons moving to Quebec less than six months before a referendum date are analogous to persons suffering discrimination on the basis of race, religion or gender” (page 1044, emphasis in original).

Dans *Haig c. Canada; Haid c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, où il était question du référendum sur l’accord de Charlottetown, l’appelant contestait la loi électorale du Québec qui interdisait de voter aux personnes ne résidant pas au Québec six mois avant le référendum. L’appelant contestait également la loi fédérale qui le privait de la possibilité de voter parce qu’il n’était pas un résident ordinaire d’une section de vote établie en vue du référendum fédéral à la date du recensement. L’appelant soutenait, notamment, que le lieu de résidence d’une personne est une caractéristique personnelle qui constitue un motif de discrimination analogue aux motifs du paragraphe 15(1) de la Charte. S’exprimant au nom de la majorité, M^{me} le juge L’Heureux-Dubé a conclu qu’«Il peut bien en être ainsi dans certaines circonstances, mais ces circonstances n’existent pas en l’espèce. Ce serait fantaisiste au plus haut degré de conclure que les personnes qui déménagent au Québec moins de six mois avant la date d’un référendum sont assimilables aux victimes d’une discrimination fondée sur la race, la religion ou le sexe» (page 1044, souligné dans l’original).

118 As noted above, the focus of the inquiry under *Miron* is whether the ground of discrimination a plaintiff asserts is analogous and results in a denial of his or her human dignity and freedom. To this Court’s knowledge, the only case to consider “geographical distinction” as an analogous ground post-*Miron* is *Wong v. Canada*, [1997] 1 F.C. 193 (T.D.). The question in that case was whether a provincial disparity in pay rates under a collective agreement breached subsection 15(1) of the Charter. Province of residence was the analogous ground pleaded. In *Wong*, Mr. Justice Rothstein noted Professor Dale Gibson’s assertion [in *The Law of the Charter: Equality Rights*] that a province of residence may be

Ainsi qu’il a été signalé ci-dessus, dans *Miron* 118 l’analyse consistait essentiellement à savoir si le motif de discrimination invoqué par le demandeur était analogue et portait atteinte à sa liberté et à sa dignité humaine. À la connaissance de la Cour, *Wong c. Canada*, [1997] 1 C.F. 193 (1^{re} inst.), est la seule affaire postérieure à l’arrêt *Miron* où la «distinction géographique» a été étudiée à titre de motif analogue. Dans cette affaire, il s’agissait de savoir si une disparité provinciale des échelles salariales prévues en vertu d’une convention collective violait le paragraphe 15(1) de la Charte. La province de résidence était le motif analogue invoqué. Dans *Wong*, le juge Rothstein a souligné la thèse du professeur

immutable at an “unacceptable cost”, but found that this does not address the question of human dignity and freedom as stated in *Miron*. Applying *Miron*, Mr. Justice Rothstein found that it was “difficult to think that a challenge involving a provincial disparity in bargained rates of pay would, without some further evidence, raise a question of a violation of human dignity or freedom” (page 202).

Dale Gibson [dans *The Law of the Charter: Equality Rights*] selon laquelle une province de résidence peut être immuable à un «coût inacceptable», mais il a conclu que cela ne réglait pas la question de la liberté et de la dignité humaine évoquée dans *Miron*. Appliquant cet arrêt, le juge Rothstein a conclu qu’il était «difficile de conclure qu’une contestation portant sur une disparité provinciale touchant les taux de salaire négociés puisse soulever, en l’absence d’autres éléments de preuve, une question de violation de la dignité ou de la liberté de la personne» (page 202).

119 Of particular interest to this case is that Rothstein J. found that “Notwithstanding that the argument is couched in terms of an arbitrary stereotype, the crux of the plaintiffs’ claim is purely economic” (page 203). He went on to write, at page 203:

... I have before me a claim under subsection 15(1) which is based on an economic disparity without any evidence of any further basis for a finding of discrimination. The Supreme Court has taken a clear position with respect to economic interest. As observed by McIntyre J. in *Reference Re Public Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313

Ce qui est particulièrement intéressant par rapport à l’espèce, c’est que le juge Rothstein a conclu que «Bien que l’argument soit formulé en termes de stéréotype arbitraire, le fondement de la réclamation des demandeurs est purement économique» (page 203). Il écrit, à la page 203:

... je suis saisi d’une revendication fondée sur le paragraphe 15(1) qui s’appuie sur une disparité économique mais qui n’est étayée d’aucun élément de preuve qui me permette de conclure qu’il y a eu discrimination. La Cour suprême a adopté une position très claire concernant les intérêts économiques. Comme le fait observer le juge McIntyre dans l’arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 . . .

120 In this case, the plaintiffs have shown that the “designated area” as defined in subsection 2(1) of the *Canadian Wheat Board Act* applies only to farmers resident in Manitoba, Saskatchewan, Alberta and the Peace River and Creston-Wyndel areas of British Columbia. This demonstrates that the impugned provision denies equality before the law because Part III of the Act applies only to farmers resident within the designated area who wish to market non-feed wheat and barley. The first inquiry set out in *Swain, supra*, is satisfied.

En l’espèce, les demandeurs ont démontré que la «région désignée» au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* ne s’applique qu’aux agriculteurs résidant au Manitoba, en Saskatchewan, en Alberta et dans les régions de Peace River et de Creston-Wyndell en Colombie-Britannique. Cela démontre que la disposition contestée viole l’égalité devant la loi parce que la partie III de la Loi ne s’applique qu’aux agriculteurs résidant dans la région désignée qui désirent commercialiser du blé et de l’orge non fourragers. Le premier critère établi dans *Swain*, précité, est satisfait.

121 The plaintiffs’ first submission, however, fails to prove that their residence in the designated area is an analogous ground which denies the plaintiffs their human dignity or freedom. While the Court accepts that the “designated area” is sufficiently similar to a “province of residence” in terms of attempting to make out an analogous ground on the

Toutefois, le premier argument des demandeurs ne prouve pas que le fait qu’ils résident dans la zone désignée constitue un motif analogue qui porte atteinte à leur dignité ou à leur liberté humaine. Même si la Cour accepte que la «région désignée» est assez similaire à une «province de résidence» pour ce qui est de tenter d’établir un motif analogue sur la base

basis of geographical distinction, the facts in this case are no closer to making out a discrimination claim on the basis of geographical location than they were in *Wong*. Parliament's definition of the designated area in no way singles out western Canadian farmers in a manner which negatively impacts on their fundamental human dignity or freedom. It must be said that the plaintiffs tendered no evidence which could establish such an impact.

d'une distinction géographique, les faits en l'espèce ne parviennent pas plus à établir un cas de discrimination du fait de l'emplacement géographique que dans *Wong*. La définition que donne le législateur fédéral d'une région désignée ne vise aucunement les agriculteurs canadiens de l'Ouest d'une manière qui a une incidence négative sur leur dignité ou leur liberté humaine fondamentales. Il importe de mentionner que les demandeurs n'ont présenté aucune preuve pouvant établir une telle incidence.

122 Perhaps the plaintiffs would have been more successful if it were their position that their commitment to free market enterprise engaged a personal human dignity (akin to political belief) or that the freedom to market their wheat and barley in a manner of their own choosing was an analogous ground which ought to be protected under subsection 15(1). Leaving the economic aspect aside for the moment, the plaintiffs' lead counsel denied that this was the case. Mr. Groves stated (transcript: Vol. I, at pages 33-34):

Les demandeurs auraient peut-être eu plus de succès s'ils avaient soutenu que leur participation à une entreprise de libre marché mettait en jeu leur dignité humaine personnelle (ce qui est semblable à une croyance politique) ou que la liberté de commercialiser leur blé et leur orge comme ils l'entendaient constituait un motif analogue qui devait être protégé par le paragraphe 15(1). Laisant de côté l'aspect économique pour le moment, l'avocat principal des demandeurs a nié que tel était le cas. M^e Groves a déclaré (notes sténographiques: vol. I, aux pages 33 et 34):

Colourful in my mind, My Lord, was the characterization of the plaintiffs or the attempt to characterize the plaintiffs as something called "absolutist libertarians". My Lord, I ask Your Lordship to keep in mind both questions in relation to this characterization: Is this relevant? Is this true?

[TRADUCTION] Dans mon esprit, M. le juge, la description des demandeurs ou la tentative de les décrire comme des espèces de «libertaires absolutistes» est imagée. M. le juge, je vous demande de ne pas perdre de vue les deux questions relatives à cette description: est-ce pertinent? est-ce vrai?

For the reasons that the defendants are raising it, I will call upon the Court to entertain in leading the evidence from the plaintiffs the roots that they have in the communities in which they live. And you will find they have very diverse political views and allegiances, that they are hockey coaches, that some of them vote Liberal, some of them vote Progressive Conservative, some of them Reform, some of them don't vote at all, one doesn't vote in Canada he is an American—landed immigrant American citizen. They are very diverse. They are active on the PTA. They are active in other ways, such as teaching.

Pour les motifs que soulèvent les défenderesses, je demande à la Cour, dans son examen de la preuve présentée par les demandeurs, de revenir aux racines de ceux-ci dans les collectivités où ils vivent. Et vous découvrirez qu'ils ont des opinions et des appartenances politiques très diverses, qu'ils sont des instructeurs de hockey, que certains d'entre eux votent pour le Parti libéral, d'autres pour le Parti progressiste-conservateur, d'autres pour le Parti réformiste, certains d'entre eux ne votent pas du tout, l'un d'eux ne vote pas au Canada, il est Américain—citoyen américain ayant obtenu le droit d'établissement. Ils sont très différents. Ils prennent part aux activités de la PTA. Ils exercent d'autres activités, comme l'enseignement.

Thus the plaintiffs disclaimed this possible analogous ground. Even if they had not, their claim would still be rooted in economic grounds, a proposition rejected in *Wong* and by this Court for reasons noted previously. "The fun of being a businessman" (transcript: December 11, 1996, at page 3664) is not

Les demandeurs ont ainsi écarté ce motif analogue éventuel. Même s'ils ne l'avaient pas fait, leur prétention aurait toujours son origine dans les motifs économiques, une thèse rejetée dans *Wong* et par la présente Cour pour les raisons déjà soulignées. «Le plaisir d'être un homme d'affaires» (notes sténogra-

a human freedom or dignity protected by subsection 15(1) of the Charter.

123 Even under the pre-*Miron* test the plaintiffs' submission fails. There was no evidence brought before the Court which proved that the plaintiffs, as farmers who reside in the designated area, were a discreet and insular minority who are discriminated against on the basis of irrelevant personal characteristics. This is consistent with Madam Justice Hunt's finding in the *CEMA* case, at page 233 that egg producers' residence in the Northwest Territories was not an immutable characteristic and that:

... it would be fruitless to search for indicia such as historical disadvantage because what we are comparing is the position of egg producers in the Northwest Territories with the position of egg producers who live elsewhere. As in *Turpin*, it is my opinion that recognizing a s. 15 claim here would be to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question.

On the facts of this case, this Court rejects the submission that geographical distinction is an analogous ground.

124 The plaintiffs' second submission based on agronomic or demographic distinction is unprecedented in terms of whether it is an analogous ground, but as Madam Justice McLachlin emphasized in *Miron*, the categories of analogous grounds under subsection 15(1) of the Charter are not closed. The nuance in their position arises from drawing (or implying) a distinction between alleged geographically based discrimination, and discrimination based on the character of their occupations, or the agronomic character of their lands. In short, they seem to assert that the activity of farming is homogenous to an extent that it is repugnant to the equality guarantee in subsection 15(1) that one farmer should be treated differently from another on a national basis. Clearly, this argument cannot fail to be premised on primarily economic grounds. Common sense shows that the designated area is the principal grain-growing

phiques: 11 décembre 1996, à la page 3664) ne constitue pas une liberté ou une dignité humaine que protège le paragraphe 15(1) de la Charte.

Même d'après le critère antérieur à l'arrêt *Miron*, 123 l'argument des demandeurs ne peut être retenu. Aucun élément de preuve n'a été présenté à la Cour pour établir que les demandeurs, à titre d'agriculteurs résidant dans la région désignée, formaient une minorité discrète et isolée faisant l'objet d'une discrimination fondée sur des caractéristiques personnelles non pertinentes. Ce raisonnement est conforme à la conclusion de M^{me} le juge Hunt dans l'affaire *CEMA*, à la page 233 selon laquelle la résidence des producteurs d'œufs dans les Territoires du Nord-Ouest ne constituait pas une caractéristique immuable et que:

[TRADUCTION] Il serait inutile de chercher des indices tels que le désavantage historique parce que ce que nous comparons, c'est la situation des producteurs d'œufs dans les Territoires du Nord-Ouest à ceux des producteurs vivant ailleurs. Comme dans *Turpin*, je suis d'avis que le fait de reconnaître la prétention fondée sur l'art. 15 en l'espèce irait au-delà de l'objectif véritable du droit ou de la liberté en cause.

Au vu des faits de l'espèce, la Cour rejette l'argument selon lequel la distinction géographique constitue un motif analogue.

Le deuxième argument des demandeurs fondé sur 124 la distinction agronomique ou démographique est sans précédent pour ce qui est de savoir s'il s'agit d'un motif analogue ou non, mais, ainsi que M^{me} le juge McLachlin l'a souligné dans *Miron*, les catégories de motifs analogues sous le régime du paragraphe 15(1) de la Charte ne sont pas exhaustives. La nuance dans leur position découle de l'établissement explicite (ou implicite) d'une distinction entre la discrimination censément fondée sur la géographie et la discrimination fondée sur la nature de leurs emplois, ou la nature agronomique de leurs terres. Bref, les demandeurs semblent affirmer que l'agriculture est homogène dans la mesure où il est contraire à la garantie d'égalité prévue au paragraphe 15(1) qu'un agriculteur soit traité différemment d'un autre à l'échelle nationale. Manifestement, cet argument ne peut qu'être fondé sur des motifs principalement

area of Canada. Agronomic equality is not a Charter right.

125 It is perhaps more difficult under this second ground than the first to see how the plaintiffs can make a link to the principles enunciated in *Miron*. Again, the plaintiffs have failed to lead any evidence which indicates that this effect the Canadian Wheat Board has on them in any way violated their “human dignity and freedom by imposing limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics rather than on the basis of individual merit, capacity, or circumstance” (*Miron, supra*, at pages 486-487). The plaintiffs’ testimony about their attachment to their particular farming land in the designated area, noted earlier above, tells also against their submissions here. They have lost no human dignity and they check their own freedom of mobility by attachment to their land, and declining to move anywhere else.

126 It is clear then to this Court that invocation of section 15 of the Charter, with its guaranteed equality before and under the law, its equal protection and benefit of the law, and its rendering unlawful of discrimination cannot be successfully raised here. As for analogous grounds regarding race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical handicap, such were not even raised by the plaintiffs, no doubt because they are non-existent grounds in the plaintiffs’ case.

Charter section 1

127 The plaintiffs’ action should therefore fail, but if the Court will be held to have misapprehended the law, there is alternatively, demonstrative justification in Canadian society for the law’s reasonable limits. Grain is an important commodity for domestic consumption in, and for export from, Canada. The

économiques. Le bon sens indique que la région désignée est la principale zone céréalière du Canada. L’égalité agronomique n’est pas un droit protégé par la Charte.

Dans ce deuxième argument, il est peut-être plus difficile que dans le premier de voir comment les demandeurs peuvent faire un lien avec les principes énoncés dans *Miron*. Ils ont, là encore, omis de présenter des éléments de preuve qui indiquent que l’incidence de la Commission canadienne du blé sur eux a, d’une certaine façon, porté atteinte à la «dignité et de la liberté de [leur] personne 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 ou capacités d’une personne ou encore sur les circonstances qui [leur] sont propres» (*Miron, précité*, à la page 487). Le témoignage des demandeurs au sujet de leur attachement envers leurs terres agricoles respectives dans la région désignée, ainsi qu’il a été souligné plus tôt, contredit aussi leurs arguments. Ils n’ont perdu aucune dignité humaine, et ils limitent leur liberté de circulation en s’attachant à leurs terres et en refusant de déménager ailleurs.

Il est alors clair aux yeux de la Cour que le recours à l’article 15 de la Charte, qui garantit l’égalité devant la loi, qui accorde la même protection et le même bénéfice de la loi et qui rend la discrimination illégale, ne peut être invoqué avec succès ici. Quant aux motifs analogues concernant la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques, les demandeurs ne les ont même pas invoqués, sans aucun doute parce que ces motifs ne s’appliquent pas à eux.

L’article premier de la Charte

L’action des demandeurs doit donc être rejetée mais, s’il est jugé que la Cour a mal interprété la loi, il y a, subsidiairement, la possibilité de montrer que les limites imposées par la loi sont raisonnables et justifiées au sein de la société canadienne. Le grain est un important produit de consommation

history of the grain economy demonstrates in the evidence before the Court that a free market generates gluts and famines, high prices and low prices, and speculators having taken unconscionable advantage of the grain producers. Moreover the free market forces also generate counter-market production. Canada enjoys a worldwide reputation for non-corrupt, reliable marketing of grain, Canada's great and important export.

domestique au Canada et d'exportation à l'étranger. L'histoire de l'économie du grain qui a été présentée en preuve devant la Cour démontre qu'un libre marché provoque des situations de surabondance et de famine, et de grandes variations de prix, et que des spéculateurs ont profité à l'excès des producteurs de grains. En outre, les forces du libre marché génèrent aussi une production défavorable au marché. Le Canada jouit d'une réputation mondiale pour ce qui est de la commercialisation fiable et exempte de corruption du grain, qui constitue un produit d'exportation renommé et important du Canada.

128 This inquiry is conducted under section 1 of the Charter which provides:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

La présente analyse est menée à la lumière de 128 l'article premier de la Charte, dont le texte est le suivant:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

129 The orthodox guidelines of section 1 analysis were set out in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pages 138-140, where Chief Justice Dickson created two steps. The government must establish on a balance of probabilities that the objective of the legislation relates "to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society" (*Oakes*, at pages 138-139). If it has met this first requirement, the government must then establish that the legislation is reasonable and demonstrably justified. This second branch has been called the "proportionality" test, and of the two branches, has created some debate over exactly what the government must demonstrate to discharge successfully the burden of justification. As laid out originally by Chief Justice Dickson in *Oakes*, at page 139, the proportionality branch is divided into three rigorous considerations. The Court must decide whether:

Les directives classiques d'une analyse effectuée à 129 la lumière de l'article premier ont été établies dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pages 138 à 140, où le juge en chef Dickson a créé deux étapes. Le gouvernement doit établir selon la prépondérance des probabilités que l'objectif de la loi se rapporte à des «préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» (*Oakes*, à la page 139). S'il répond à ce premier critère, le gouvernement doit ensuite établir que la loi est raisonnable et justifiée. Ce deuxième volet a été appelé le critère de la «proportionnalité» et des deux volets, c'est celui qui a suscité un certain débat au sujet de la question de savoir ce que le gouvernement doit prouver exactement pour s'acquitter du fardeau de justification. Ainsi que l'a énoncé initialement le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, à la page 139, le critère de la proportionnalité se divise en trois éléments sur lesquels la Cour doit se fonder:

1. The means used to achieve the objective are rationally connected to the objective. The objective "must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations".

1. Il doit y avoir un lien rationnel entre l'objectif à atteindre et les mesures employées. Ces mesures «ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles».

2. The means, even if rationally connected, impair the right as minimally as possible.

3. There is a “proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of ‘sufficient importance’”.

130 In applying the proportionality branch, the Supreme Court has, over the years, thrown into question the appropriateness of maintaining a strict standard of justification. Deference to the legislature has been introduced where the burden on the government becomes too onerous because the underlying rationale of the legislation is, for example, politically oblique or is anchored in socio-economic choices which go beyond the traditional expertise of the Court. The underlying reason for deference under section 1 has been stated succinctly by David Stratas in *The Charter of Rights in Litigation: Direction from the Supreme Court of Canada*, Aurora, Canada Law Book, 1996, at page 6-3:

The risk that this branch of the test will impose too demanding a burden upon government and the fact that the test places the Court in the uncomfortable position of assessing what legislative alternatives are available to legislatures have prompted many Justices to require that legislation impair the right or freedom as little as *reasonably* possible. [Emphasis in original.]

131 The trend of the courts paying deference to government and relaxing the *Oakes* test seems to have originated in the case *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, where Chief Justice Dickson (for three Justices) stated at page 772:

... in regulating industry or business it is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or to constituencies that seem especially needy

...

Legislative choices regarding alternative forms of business regulation do not generally impinge on the values and provisions of the *Charter*, and the resultant legislation need not be tuned with great precision in order to withstand judicial scrutiny. Simplicity and administrative

2. Même s’il existe un tel lien rationnel, le moyen doit porter le moins possible atteinte au droit.

3. Il y a une «proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l’objectif reconnu comme “suffisamment important”».

130 En appliquant le critère de la proportionnalité, la Cour suprême a, au fil des ans, remis en question l’opportunité de maintenir une norme stricte de justification. La déférence à la législature a été introduite dans les cas où le fardeau du gouvernement devient trop lourd parce que la raison d’être sous-jacente de la loi est, par exemple, indirectement politique ou ancrée dans des choix socio-économiques qui vont au-delà de la compétence classique de la Cour. Le motif sous-jacent de déférence sous le régime de l’article premier a été énoncé succinctement par David Stratas dans *The Charter of Rights in Litigation: Direction from the Supreme Court of Canada*, Aurora, Canada Law Book, 1996, à la page 6-3:

[TRADUCTION] Le danger que ce volet du critère impose un fardeau trop exigeant au gouvernement et le fait que ce critère mette la Cour dans la position inconfortable d’avoir à évaluer quelles solutions de rechange législatives sont offertes aux législateurs ont incité de nombreux juges à exiger que la loi porte atteinte au droit ou à la liberté d’une manière aussi *raisonnable* que possible. [En italien dans l’original.]

131 Il semble que la déférence des tribunaux envers le gouvernement et leur application moins rigoureuse du critère de *Oakes* aient comme source *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, où le juge en chef Dickson (s’exprimant au nom de trois juges) a dit ceci à la page 772:

... en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire

...

Les choix du législateur concernant d’autres formes de réglementation commerciale ne portent généralement pas atteinte aux valeurs et aux dispositions de la *Charte*, et la loi qui en résulte n’a pas à être parfaitement ajustée de manière à résister à un examen judiciaire. La simplicité et

convenience are legitimate concerns for the drafters of such legislation.

- 132 From this point of origin, the principle has been applied by the Supreme Court in various contexts. In *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, Chief Justice Dickson, though he was writing only for himself on the matter, (as the majority of the Court had found that the paragraph 2(d) of the Charter did not include a guarantee of the right to bargain collectively and the right to strike), stated the need for deference in the context of the economic sphere in vivid terms at page 442:

In my opinion, courts must exercise considerable caution when confronted with difficult questions of economic policy. It is not our judicial role to assess the effectiveness or wisdom of various government strategies for solving pressing economic problems. The question how best to combat inflation has perplexed economists for several generations. It would be highly undesirable for the courts to attempt to pronounce on the relative importance of various suggested causes of inflation, such as the expansion of the money supply, fiscal deficits, foreign inflation, or the built-in inflationary expectations of individual economic actors. A high degree of deference ought properly to be accorded to the government's choice of strategy in combatting this complex problem. Due deference must be paid as well to the symbolic leadership role of government. Many government initiatives, especially in the economic sphere, necessarily involve a large inspirational or psychological component which must not be undervalued. The role of the judiciary in such situations lies primarily in ensuring that the selected legislative strategy is fairly implemented with as little interference as is reasonably possible with the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*.

- 133 In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, the Supreme Court considered the context of a legislative prohibition on commercial advertising which targeted children below the age of thirteen. The majority of the Court found that the legislation breached paragraph 2(b) of the Charter. Referring to *Edwards Books*, the majority specified, at pages 993-994 that the Court will defer where a legislative choice inured in scientific and socio-economic expertise is required between competing interests of various groups:

la commodité administrative sont des préoccupations légitimes des rédacteurs de ce genre de lois.

À partir de là, le principe a été appliqué par la Cour suprême dans différents contextes. Dans *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, le juge en chef Dickson, même s'il s'exprimait en son propre nom sur cette question (étant donné que la Cour avait conclu à la majorité que l'alinéa 2d) de la Charte ne comportait pas une garantie du droit de négocier collectivement et du droit de grève), a décrit en termes explicites la nécessité de faire preuve de déférence dans le domaine économique, à la page 442:

À mon avis, les tribunaux doivent faire preuve de prudence considérable lorsqu'ils sont confrontés à des questions difficiles de politique économique. Il n'appartient pas à la magistrature d'évaluer l'efficacité ou la sagesse des diverses stratégies gouvernementales adoptées pour résoudre des problèmes économiques urgents. La question de la meilleure forme de lutte contre l'inflation embarrasse les économistes depuis plusieurs générations. Il ne serait guère souhaitable que les tribunaux tentent de se prononcer sur l'importance relative de ce qui, croit-on, cause l'inflation, comme l'expansion de la masse monétaire, les déficits fiscaux, l'inflation étrangère ou les perspectives inflationnistes inhérentes de divers acteurs économiques individuels. C'est à bon droit qu'une grande déférence doit être manifestée envers le choix par le gouvernement d'une stratégie pour combattre ce problème complexe. Il faut aussi dûment respecter le rôle symbolique de chef de file que joue le gouvernement. Bien des initiatives gouvernementales, spécialement dans le domaine économique, comportent nécessairement une importante composante psychologique ou incitative qu'on ne saurait sous-évaluer. Le rôle du pouvoir judiciaire dans de telles situations consiste premièrement à assurer que la stratégie législative choisie est équitablement mise en œuvre et qu'elle porte atteinte aussi peu que raisonnablement possible aux droits et libertés garantis par la *Charte*.

- Dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, la Cour suprême examinait le contexte d'une interdiction législative de la publicité commerciale orientée vers les enfants de moins de 13 ans. La Cour a conclu à la majorité que la législation violait l'alinéa 2b) de la Charte. Citant *Edwards Books*, la majorité a précisé, aux pages 993 et 994, que la Cour doit faire preuve de déférence lorsqu'un choix législatif fondé sur une compétence scientifique et socio-économique est nécessaire entre les intérêts contradictoires de différents groupes:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. For example, when "regulating industry or business it is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or to constituencies that seem especially needy" (*Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at page 772).

The Supreme Court approved this approach in a similar context with a different result, in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232.

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. Par exemple, «en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire» (*Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 772).

La Cour suprême a souscrit à cette démarche dans un contexte similaire mais avec un résultat différent dans *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232.

134 In *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, Mr. Justice La Forest, writing for the majority, reiterated the need for deferring to the socio-economic expertise of the government with respect to the issue of mandatory retirement at a university. In finding that the policy was justified under section 1 of the Charter, La Forest J. characterized the issue as a "complex socio-economic problem" (*McKinney*, at page 302). While in *McKinney* the fact that the university was a closed system with limited resources which had to be allocated was a major factor, the principle of legislative deference in socio-economic affairs remained unchanged. La Forest J. noted, at pages 304-305:

I turn then to the question whether mandatory retirement impairs the right to equality without discrimination on the basis of age "as little as possible". In undertaking this task, it is important again to remember that the ramifications of mandatory retirement on the organization of the workplace and its impact on society generally are not matters capable of precise measurement, and the effect of its removal by judicial fiat is even less certain. Decisions on such matters must inevitably be the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society, and other components. They are decisions of a kind where those engaged in the political and legislative

Dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le juge La Forest, au nom de la majorité, a réitéré la nécessité de faire preuve de déférence envers la compétence socio-économique de l'État à l'égard de la question de la retraite obligatoire des universitaires. En concluant que la politique était justifiée en vertu de l'article premier de la Charte, le juge La Forest a qualifié la question de «problème socio-économique complexe» (*McKinney*, à la page 302). Bien que dans *McKinney*, le fait que l'université soit un système fermé disposant de ressources limitées qui devaient être allouées constitue un facteur important, le principe de la déférence législative dans les affaires à caractère socio-économique n'a pas changé. Comme l'a souligné le juge La Forest, aux pages 304 et 305:

J'examine maintenant la question de savoir si la retraite obligatoire porte «le moins possible» atteinte au droit à l'égalité sans discrimination fondée sur l'âge. Pour entreprendre cet examen, il est important de rappeler encore une fois que les incidences de la retraite obligatoire sur l'organisation du milieu du travail et ses répercussions sur la société en général ne sont pas des questions susceptibles d'être évaluées précisément, et l'effet de sa suppression par autorisation judiciaire est encore moins certain. Dans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société

activities of Canadian democracy have evident advantages over members of the judicial branch, as *Irwin Toy, supra*, at pp. 993-94, has reminded us. This does not absolve the judiciary of its constitutional obligation to scrutinize legislative action to ensure reasonable compliance with constitutional standards, but it does import greater circumspection than in areas such as the criminal justice system where the courts' knowledge and understanding affords it a much higher degree of certainty.

- 135 This approach of deference was further reinforced and perhaps broadened by Chief Justice Lamer, writing for the majority, in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. At issue in *Chaulk* was subsection 16(4), the insanity defence provision of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 which had the effect of reversing the burden of proof contrary to paragraph 11(d) of the Charter. In finding that the provision constituted a reasonable limit on the right, the Chief Justice wrote, at page 1341 that:

... Parliament is not required to search out to adopt the absolutely least intrusive means of attaining its objective. Furthermore, when assessing the alternative means which were available to Parliament, it is important to consider whether a less intrusive means would achieve the "same" objective or would achieve the same objective as effectively. [Emphasis in original.]

- 136 In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, the Supreme Court reassessed the principle of deference under section 1. The Charter dispute in *RJR-MacDonald*, which took place alongside a dispute concerning division of powers, involved a challenge under paragraph 2(b) to certain provisions of the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20 which, with limited exceptions, prohibited tobacco advertising. The impugned provisions were held to be inconsistent with paragraph 2(b). By a 5 to 4 majority, the provisions were surprisingly found not to constitute a reasonable limit on the right of the manufacturers of a carcinogenic product, to advertise their lethal wares.

ainsi que d'autres éléments. Ce sont des décisions où ceux qui participent aux activités politiques et législatives de la démocratie canadienne possèdent des avantages manifestes sur les membres du pouvoir judiciaire, comme nous l'a rappelé l'arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994. Cela ne libère pas le pouvoir judiciaire de son obligation constitutionnelle d'examiner minutieusement les mesures législatives pour veiller à ce qu'elles se conforment raisonnablement aux normes constitutionnelles, mais cela entraîne une plus grande circonspection que dans des domaines comme le système de justice criminelle où le savoir et le discernement de la cour lui permettent de se prononcer de façon beaucoup plus sûre.

- Cette attitude de déférence a été renforcée davantage et peut-être étendue par le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de la majorité, dans *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Cette affaire mettait en cause le paragraphe 16(4), la défense d'aliénation mentale du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui avait pour effet de renverser le fardeau de preuve contrairement à l'alinéa 11d) de la Charte. En concluant que la disposition constituait une limite raisonnable au droit en cause, le juge en chef a écrit, à la page 1341, que:

Le législateur n'est pas tenu de rechercher et d'adopter le moyen le moins envahissant, dans l'absolu, en vue d'atteindre son objectif. De plus, lorsqu'on examine les solutions de rechange à la disposition du législateur, il importe de se demander si un moyen moins envahissant permettrait soit d'atteindre le «même» objectif, soit d'atteindre le même objectif de façon aussi efficace. [Souligné dans l'original.]

- Dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, la Cour suprême a réévalué le principe de déférence dans le cadre de l'article premier. Dans cet arrêt, le litige relatif à la Charte qui avait lieu parallèlement à un litige concernant le partage des pouvoirs, concernait une contestation en vertu de l'alinéa 2b) de certaines dispositions de la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20 qui, sous réserve de certaines exceptions, interdisait la publicité sur le tabac. Les dispositions contestées ont été jugées contraires à l'alinéa 2b). Étonnamment, par une majorité de cinq contre quatre, il a été jugé que les dispositions ne constituaient pas une limite raisonnable au droit des fabricants d'un produit cancérigène d'annoncer leurs produits funestes.

137 The Court was unanimous that deference is an essential aspect of a section 1 analysis. However, a split seems to have occurred in how the principle specifically tempers the orthodox proportionality branch stated in *Oakes*. In short, the Court offered a series of divided warnings about the principle of deference, what limitations it bears, and how it guides courts in undertaking the proportionality analysis.

138 Mr. Justice La Forest, writing in dissent on section 1, for Madam Justice L'Heureux-Dubé, Mr. Justice Gonthier and Mr. Justice Cory, stated that the Court below erred by adopting the rigorous approach of *Oakes*. Although La Forest J. did not reject *Oakes* outright, he clearly preferred a return to the actual words in section 1, stating at page 270 that the *Oakes* guidelines "should not be interpreted as a substitute for s. 1 itself." He then went on strenuously to endorse the principle of deference, the basic rationale of which he understood to be founded on the necessary division between the judiciary and the legislature. He stated, at page 277:

Courts are specialists in the protection of liberty and the interpretation of legislation and are, accordingly, well placed to subject criminal justice legislation to careful scrutiny. However, courts are not specialists in the realm of policy-making, nor should they be. This is a role properly assigned to the elected representatives of the people, who have at their disposal the necessary institutional resources to enable them to compile and assess social science evidence, to mediate between competing social interests and to reach out and protect vulnerable groups. In according a greater degree of deference to social legislation than to legislation in the criminal justice context, this Court has recognized these important institutional differences between legislatures and the judiciary.

139 On this footing, La Forest J. expanded the part of deference, and applied it, in full bloom, to the rational connection arm of the test. He deferred to Parliament's choice in enacting the advertising provisions without being able to establish on scientific terms that advertising was linked to an increase or decrease of cigarette smoking, writing at page 275:

À l'unanimité, la Cour a indiqué que la déférence 137 constituait un aspect essentiel d'une analyse fondée sur l'article premier. Toutefois, il semble y avoir eu divergence sur la façon précise dont le principe tempère le volet classique de la proportionnalité énoncé dans *Oakes*. Bref, la Cour a formulé une série d'avertissements distincts au sujet du principe de déférence, des limites qu'il comporte et de la façon dont il guide les tribunaux dans le cadre d'une analyse de la proportionnalité.

Le juge La Forest, s'exprimant en dissidence au 138 sujet de l'article premier, au nom des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory, a indiqué que le tribunal inférieur avait commis une erreur en adoptant la démarche rigoureuse de *Oakes*. Bien que le juge La Forest n'ait pas rejeté catégoriquement cet arrêt, il privilégiait manifestement un retour au libellé proprement dit de l'article premier, disant à la page 270 que les directives de l'arrêt *Oakes* «ne devraient pas être interprétées comme si elles remplaçaient l'article premier». Il a poursuivi en souscrivant avec force au principe de la déférence, la principale raison d'être de ce qu'il croyait être fondé sur la séparation nécessaire entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. Il a dit, à la page 277:

Les tribunaux sont des spécialistes de la protection de la liberté et de l'interprétation des lois et sont, en conséquence, bien placés pour faire un examen approfondi des lois en matière de justice criminelle. Cependant, ils ne sont pas des spécialistes de l'élaboration des politiques et ils ne devraient pas l'être. Ce rôle est celui des représentants élus de la population, qui disposent des ressources institutionnelles nécessaires pour recueillir et examiner la documentation en matière de sciences humaines, arbitrer entre des intérêts sociaux opposés et assurer la protection des groupes vulnérables. Lorsqu'elle fait preuve d'une plus grande retenue à l'égard des lois à caractère social qu'à l'égard des lois en matière de justice criminelle, notre Cour reconnaît ces différences institutionnelles importantes entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.

S'appuyant sur cela, le juge La Forest a fait des 139 commentaires au sujet de la déférence, et il l'a pleinement appliquée à l'élément du critère relatif au lien rationnel. À la page 275, il a fait preuve de déférence envers le choix du législateur fédéral d'adopter les dispositions relatives à la publicité sans être en mesure de prouver scientifiquement que la

To require Parliament to wait for definitive social science conclusions every time it wishes to make social policy would impose an unjustifiable limit on legislative power by attributing a degree of scientific accuracy to the art of government which, in my view, is simply not consonant with reality.

140 Madam Justice McLachlin, writing for Mr. Justice Sopinka and Mr. Justice Major, with Chief Justice Lamer and Mr. Justice Iacobucci in agreement on the issue, concurred with Justice La Forest's observation that Parliament should not be held to a standard of scientific proof (page 333). However, she took a less deferential approach, admonishing that "care must be taken not to extend the notion of deference too far" (page 332). She is reported at page 329, thus:

The bottom line is this. While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the courts must nevertheless insist that before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of the good which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement. It is the task of the courts to maintain this bottom line if the rights conferred by our constitution are to have force and meaning.

141 Madam Justice McLachlin examined at length the part which deference should play in section 1 analysis. She asserted more precisely the need to limit the application of deference, at page 332:

Deference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable. Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament's choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament. To carry judicial deference to the point of accepting Parliament's view simply on the basis that the problem is serious and the solution difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon

publicité était liée à une augmentation ou une diminution de l'usage de la cigarette:

Si l'on exigeait du Parlement qu'il attende les données concluantes des études dans le domaine des sciences humaines chaque fois qu'il désire adopter une politique sociale, on restreindrait de façon injustifiable la compétence législative en attribuant un degré de précision scientifique à l'art de gouverner, ce qui, à mon avis, n'est tout simplement pas conforme à la réalité.

M^{me} le juge McLachlin, au nom du juge Sopinka 140 et du juge Major, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci étant d'accord sur cette question, a souscrit à la remarque du juge La Forest selon laquelle le législateur fédéral ne devrait pas être tenu à une norme de preuve scientifique (page 333). Toutefois, elle a adopté une démarche moins réservée et a fait remarquer qu'«il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect» (page 332). Voici un extrait de ses motifs, à la page 329:

La démarche fondamentale est la suivante. Bien qu'ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu'il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l'État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation. Les tribunaux doivent respecter cette démarche fondamentale pour que les droits garantis par notre constitution soient opérants.

M^{me} le juge McLachlin a analysé en détail le rôle 141 que la déférence devrait jouer dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier. Aux pages 332 et 333, elle a affirmé de manière plus précise la nécessité de limiter l'application de la déférence:

Le respect porté ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le Parlement a son rôle: choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle: déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n'ont pas plus le droit que le Parlement d'abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s'ils portaient le respect jusqu'au point d'accepter le point de vue du Parle-

which our constitution and our nation is founded.

ment simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile.

142 She then stated the relation between deference and standard of proof under section 1, at page 333:

Ensuite, à la page 333, elle a décrit le lien qu'il y a entre la déférence et la norme de preuve dans le cadre de l'application de l'article premier:

Context and deference are related to a third concept in the s. 1 analysis: standard of proof. I agree with La Forest, J. that proof to the standard required by science is not required. Nor is proof beyond a reasonable doubt on the criminal standard required. As the s. 1 jurisprudence has established, the civil standard of proof on a balance of probabilities at all stages of the proportionality analysis is more appropriate: *Oakes, supra*, at p. 137; *Irwin Toy, supra*, at p. 992. I thus disagree with La Forest J.'s conclusion (in para. 82) that in these cases "it is unnecessary . . . for the government to demonstrate a rational connection according to a civil standard of proof".

Dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, les concepts de contexte et de respect sont rattachés à un troisième: celui de la norme de preuve. À l'instar du juge La Forest, j'estime que la preuve n'a pas à satisfaire à la norme requise en matière scientifique. Il ne s'agit pas non plus d'une preuve hors de tout doute raisonnable comme en matière criminelle. Comme l'établit la jurisprudence relative à l'article premier, la norme de preuve qui convient, à toutes les étapes de l'analyse de la proportionnalité, est celle qui s'applique en matière civile, c'est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités: *Oakes*, précité, à la p. 137; *Irwin Toy*, précité, à la p. 992. Je ne suis donc pas d'accord avec la conclusion du juge La Forest (au par. 82) qu'«il n'est pas nécessaire [. . .] que le gouvernement fasse la preuve d'un lien rationnel selon les règles de preuve en matière civile».

143 Clearly, McLachlin J. pronounced that the broad deference espoused by La Forest J. is inappropriate under the rational connection arm. Subsequently, La Forest J., writing for the Court in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825 and in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, relied on this contextual and flexible approach espoused by McLachlin J. in *RJR-MacDonald* case.

Manifestement, le juge McLachlin a déclaré que la grande déférence à laquelle le juge La Forest souscrit ne convient pas au volet du lien rationnel. Par la suite, dans *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825 et dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, s'exprimant au nom de la Cour, le juge La Forest s'est fondé sur cette démarche contextuelle et souple à laquelle souscrivait le juge McLachlin dans l'affaire *RJR-MacDonald*.

144 The question is what guidance can this Court draw from the jurisprudence to conduct a section 1 analysis of the impugned provisions of the *Canadian Wheat Board Act*? It seems that the Court must be "sensitive to the social and political context of the impugned law" and allow "for difficulties of proof inherent in that context". On the other hand this Court must insist that Parliament cannot envelope its laws in the mists of socio-economics and thereby avoid demonstrating justification for the law infringing rights guaranteed by the Charter.

Il faut se demander quelle directive la Cour peut tirer de la jurisprudence pour effectuer une analyse, fondée sur l'article premier, des dispositions contestées de la *Loi canadienne sur la Commission du blé*. Il semble que la Cour doive «demeurer conscient[e] du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve». Par ailleurs, la Cour doit insister sur le fait que le législateur fédéral ne peut envelopper ses lois dans le brouillard de la socio-économie pour éviter de justifier celles qui portent atteinte aux droits garantis par la Charte.

145 Indeed, this Court does not find it an impossible prospect to be sensitive to the difficulties involved

En fait, la Cour estime qu'il n'est pas impossible de demeurer conscient des difficultés inhérentes à la

in the government's task of establishing the validity of laws in a context steeped in social science or macro-economics, while at the same time squarely meeting its responsibility of considering the reasonableness of the government's position. There is, of course, no doubt that the *rôle* of managing the national economic environment, and coming to terms with the many complicated disciplinary perspectives which this seems to require, is the *rôle* of the government and not the courts. The government must perform this task within the limits articulated in the constitution, or if it does not, must demonstrate to the Court justification for going beyond them. The Court is not a panel of economists or sociologists: the Court is expert in law. Simply put, this Court must judge whether the government's explanation for the *Canadian Wheat Board Act* is demonstrably justified, a task in which the Court should evince some expertise.

146 This Court, with due regard to the fact that the context of the *Canadian Wheat Board Act* is socio-economic encroaching on purely economic and commercial regulation, must now conduct an analysis under section 1 as articulated by Madam Justice McLachlin in *RJR-MacDonald*. She defined the test, at pages 330-331:

That the s. 1 analysis takes into account the context in which the particular law is situated should hardly surprise us. The s. 1 inquiry is by its very nature a fact-specific inquiry. In determining whether the objective of the law is sufficiently important to be capable of overriding a guaranteed right, the Court must examine the actual objective of the law. In determining proportionality, it must determine the actual connection between the objective and what the law will in fact achieve; the actual degree to which it impairs the right; and whether the actual benefit which the law is calculated to achieve outweighs the actual seriousness of the limitation of the right. In short, s. 1 is an exercise based on the facts of the law at issue and the proof offered of its justification, not on abstractions.

This test, as noted above, has been applied by the Court in *Ross* and *CBC*, above. The only modification is in the "balancing arm" of the proportionality branch: do the salutary effects outweigh the deleteri-

tâche de l'État, qui consiste à établir la validité des lois dans un contexte imprégné de sociologie ou de macro-économie, tout en assumant pleinement la responsabilité de considérer le caractère raisonnable de la position du gouvernement. Naturellement, il appartient indubitablement au gouvernement, et non aux tribunaux, de gérer l'environnement économique national et d'accepter les différentes perspectives disciplinaires complexes que ce rôle semble exiger. Le gouvernement doit accomplir cette tâche dans les limites prévues par la Constitution ou, s'il ne le fait pas, prouver à la Cour qu'il est justifié d'aller au-delà de ces limites. La Cour n'est pas un comité d'économistes ou de sociologues: elle est experte en droit. Pour dire les choses simplement, la Cour doit juger si l'explication que donne le gouvernement au sujet de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* est justifiée, une tâche pour laquelle la Cour devrait avoir une certaine compétence.

Comme le contexte de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* constitue un empiètement socio-économique sur un règlement de nature purement économique et commerciale, la Cour doit maintenant procéder à une analyse fondée sur l'article premier, comme l'a formulée M^{me} le juge McLachlin dans *RJR-MacDonald*. Aux pages 330 et 331, elle a défini le critère comme suit:

Il n'est pas vraiment étonnant que l'analyse fondée sur l'article premier tienne compte du contexte dans lequel se situe la loi en question. L'examen fondé sur l'article premier est, de par sa nature même, un examen spécifique des faits. Pour déterminer si l'objectif de la loi est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti, le tribunal doit examiner le véritable objectif de la loi. Dans l'examen de la proportionnalité, le tribunal doit déterminer quel est le lien qui existe entre l'objectif de la loi et ce que cette loi réussira effectivement à accomplir, dans quelle mesure la loi restreint le droit en question et, enfin, si l'avantage que la loi vise l'emporte sur la gravité de la restriction du droit. Bref, l'évaluation en vertu de l'article premier est un exercice fondé sur les faits de la loi en cause et sur la preuve de sa justification, et non sur des abstractions.

Ce critère, ainsi qu'il a été souligné, a été appliqué par la Cour dans *Ross* et *CBC*, précités. Le seul changement consiste en un «volet d'équilibre» du critère de la proportionnalité: les effets favorables

ous effects? (*CBC*, at page 512).

l'emportent-ils sur les effets défavorables? (*CBC*, à la page 512).

Pressing and Substantial

147 The legislative objective of the Wheat Board is found at section 5 of the *Canadian Wheat Board Act*. That section states "The Board is incorporated with the object of marketing in an orderly manner, in interprovincial and export trade, grain grown in Canada." In *Murphy v. Canadian Pacific Railway Company and The Attorney General of Canada*, cited earlier above, the Supreme Court held, in essence, that the CWB was a valid exercise of Parliament's power over trade and commerce (section 91, class 2 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]). Mr. Justice Locke identified the purpose of the *Canadian Wheat Board Act* [R.S.C. 1952, c. 44] as being "to pool the amounts realized from the sale of these various kinds of grain in each crop year" (*Murphy*, at page 630). He went on to write that "it has apparently been considered by Parliament to be essential that complete control of exports should be vested in a body such as the Board." This confirms that the objective, for Charter purposes, is to provide for the orderly marketing of grain by controlling its purchase, sale and export through a single-desk marketing agency, the Canadian Wheat Board.

148 This being the objective, the defendant must prove on a balance of probabilities that it relates "to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society" (*Oakes, supra*, at pages 138-139). In other words, the underlying purpose for Parliament's enactment of the *Canadian Wheat Board Act* must be sufficiently important to warrant the abrogation, if any, of an individual's Charter right.

Les préoccupations urgentes et réelles

L'objectif législatif de la Commission canadienne du blé est énoncé à l'article 5 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*: «La Commission a pour mission d'organiser, dans le cadre du marché interprovincial et de l'exportation, la commercialisation du grain cultivé au Canada.» Dans l'arrêt *Murphy v. Canadian Pacific Railway Company and The Attorney General of Canada*, cité précédemment, la Cour suprême a décrété, essentiellement, que la CCB constituait un exercice valide de l'autorité du Parlement sur le trafic et le commerce (article 91, catégorie 2 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]). Le juge Locke a décrit en ces termes l'objet de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* [S.R.C. 1952, ch. 44]: [TRADUCTION] «mettre en commun les montants tirés de la vente de ces divers types de grains dans chaque campagne agricole» (*Murphy*, à la page 630). Et, a-t-il ajouté, [TRADUCTION] «le législateur a apparemment envisagé qu'il était essentiel de confier à un organisme comme la Commission le contrôle entier des exportations». Cela confirme que l'objectif visé, pour les besoins de la Charte, est d'assurer la commercialisation méthodique du grain en contrôlant l'achat, la vente et l'exportation de ce dernier par l'entremise d'un organisme de commercialisation à comptoir unique: la Commission canadienne du blé.

Cela étant l'objectif visé, la défenderesse doit 148 prouver, selon la prépondérance des probabilités, que cet objectif se rapporte «à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» (*Oakes*, précité, aux pages 138 et 139). Autrement dit, la raison sous-jacente pour laquelle le législateur a adopté la *Loi sur la Commission canadienne du blé* doit être suffisamment importante pour justifier l'abrogation, si abrogation il y a, d'un droit que la Charte confère à un individu.

149 In terms of how the Court is to discern the government's objective, Madam Justice McLachlin, in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, found for a majority of the Court at page 761 that:

... the Court must look at the intention of Parliament when the section was enacted or amended. It cannot assign objectives, nor invent new ones according to the perceived current utility of the impugned provision: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 334, in which this Court rejected the U.S. doctrine of shifting purposes. Although the application and interpretation of objectives may vary over time (see, e.g. *Butler, supra, per Sopinka J.*, at pp. 494-96), new and altogether different purposes should not be invented.

For two reasons at least, this is a narrow, stultifying and illogical view, but, alas it is the law. That unfortunate rejection of "shifting" or keeping-up-to-date purposes, invincibly implies that Parliament, if it did not perceive the need to amend or re-enact long-standing legislation, would be insensitive, or perversely unwilling, to accommodate current social or economic exigencies of society. To what end then the judicial and political glorification of the relatively short-term, five-year, cyclical election of a new House of Commons? Must members of Parliament be deemed to be unaware of the current issues in the midst of which the electorate elects or re-elects them?

150 As to long-standing legislation, if and when they leave it alone and unamended, does it mean that the democratically elected MPs do not realize or do not care that it will continue to apply to emerged or emerging conditions? The second reason to grieve such a rigid "ancient purpose set in stone" interpretation is the obverse of the first. It requires that today's shifted purposes, if any, be negated in favour of yesterday's purposes, which a then democratically elected, but not then clairvoyant House of Commons intended to meet, and remedy as only yesterday's exigencies. Yesterday's or yesteryear's laws will always come off hobbled and deficient if weighed according to present exigencies which the parties bring before the Court, unless the laws

En ce qui concerne la façon dont la Cour doit 149
discerner l'objectif de l'État, M^{me} le juge McLachlin, dans l'arrêt *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, a conclu, au nom de la Cour à la majorité, à la page 761, que:

... la Cour doit examiner quelle était l'intention du législateur au moment de l'adoption ou de la modification de l'article. Elle ne peut pas attribuer d'objectifs ni en inventer de nouveaux selon l'utilité, telle qu'elle est perçue actuellement, de la disposition contestée: voir l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 334, dans lequel notre Cour a rejeté la théorie américaine de l'objet changeant. Bien que l'application et l'interprétation des objets puisse varier avec le temps (voir, par exemple, *Butler*, précité, aux pp. 494 à 496, le juge Sopinka), on ne devrait pas inventer d'objets nouveaux et entièrement différents.

Pour deux raisons au moins, il s'agit là d'une vision étroite, déshumanisante et illogique, mais, hélas, c'est la loi. Ce rejet regrettable d'objets «changeants» ou mis à jour, implique inévitablement que le législateur, s'il ne percevait pas le besoin de modifier ou d'édicter de nouveau une loi existant de longue date, serait insensible, ou peu disposé par pur entêtement, à tenir compte des exigences sociales ou économiques existantes de la société. À quoi servirait dans ce cas la glorification judiciaire et politique de l'élection cyclique, d'une durée relativement courte—cinq ans—d'une nouvelle Chambre des communes? Faut-il considérer que les députés ne sont pas au courant des problèmes qui ont cours au moment où les électeurs les élisent ou les réélisent?

Quant aux lois qui existent de longue date, si les 150
députés démocratiquement élus n'y touchent pas, cela veut-il dire qu'ils ne se rendent pas compte qu'elles continueront de s'appliquer aux nouvelles situations qui se présentent, ou alors ne s'en soucient-ils pas? La seconde raison pour s'affliger d'une interprétation aussi rigide et «coulée dans le béton» est l'inverse de la première. Elle exige que les objets changeants d'aujourd'hui, s'il y en a, soient niés en faveur des objets d'hier, qu'une Chambre des communes démocratiquement élue à l'époque, mais non clairvoyante à ce moment-là, entendait satisfaire, et auxquels elle ne remédie qu'en tant qu'exigences d'hier seulement. Les lois d'hier ou d'antan seront toujours perçues comme boiteuses et lacunaires

express eternal verities. However, the courts of Canada are bound to reject the shifting purposes which Parliament probably believes will be accommodated without the need of constant amendment. Parliament relaxes at the peril of being misunderstood if it evinces faith in the serendipity of an old statute continuing to cover new, unforeseen, exigencies.

151 Thus, the focus of the inquiry is on the purpose of the legislation at the time of its enactment. As noted in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, by Mr. Justice Dickson (as he then was) at page 335:

Furthermore, the theory of a shifting purpose stands in stark contrast to fundamental notions developed in our law concerning the nature of "Parliamentary intention". Purpose is a function of the intent of those who drafted and enacted the legislation at the time, and not of any shifting variable.

As if the law were meant for only momentary duration, such as "sunset" at noon! This, however, does not exhaust this topic. It must be emphasized that the popularity, or lack thereof, of the legislation among some western Canadian grain farmers is not a relevant consideration under this branch. Legislation can be unpopular yet have a valid purpose, e.g. income tax legislation.

152 Whether the purpose of the legislation was "pressing and substantial" when it was enacted is hotly contested by the parties and warrants close inspection. Another reason for careful examination is that the striking down of the impugned provisions at issue in this case would have the result of eviscerating the *Canadian Wheat Board Act*.

153 It is hardly a surprise that prices of agricultural commodities fluctuate. Grain production relies a great deal on climatological cooperation. It is almost a *cliché* to say that international grain markets are volatile (report of Dr. Rosemary Fennell, "Agriculture Policy in the Developed World", Exhibit 71, at

lorsqu'on les évalue en fonction des exigences présentes que les parties soumettent à la Cour, sauf si les lois expriment des vérités éternelles. Cependant, les tribunaux du Canada sont tenus de rejeter les objets changeants, qui selon ce que le Parlement croit probablement, seront adoptés sans qu'il faille procéder à de constantes modifications. Le Parlement s'assouplit au péril d'être mal compris s'il ajoute foi à la chance qu'une loi ancienne continue de couvrir des exigences nouvelles et imprévues.

L'analyse porte donc sur l'objet de la loi au moment de son adoption. Comme l'a signalé le juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la page 335:

De plus, la théorie de l'objet changeant contraste nettement avec les notions fondamentales qui se sont formées dans notre droit au sujet de la nature de «l'intention du législateur». L'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque, et non pas d'un facteur variable quelconque.

Comme si la loi n'était conçue que pour un temps, comme le «coucher de soleil» à midi! Toutefois, cela n'épuise pas le sujet. Il est à souligner que la popularité, ou l'impopularité, de la loi auprès de certains producteurs de grain de l'Ouest canadien n'est pas un élément pertinent à cet égard. Une loi peut être impopulaire mais quand même avoir un objet valable; la loi de l'impôt sur le revenu en est un exemple.

Les parties contestent avec vigueur la question de savoir si l'objet de la loi était «urgent et réel» lorsque celle-ci a été adoptée, et cela mérite d'être examiné de près. Il y a aussi le fait que l'élimination des dispositions contestées en l'espèce aurait pour résultat d'éviscérer la *Loi sur la Commission canadienne du blé*.

Il n'est guère surprenant que les prix des produits agricoles fluctuent. La production céréalière dépend dans une grande mesure de la coopération des conditions climatiques. C'est presque un *cliché* que de dire que les marchés céréaliers internationaux sont «volatiles» (rapport de M^{me} Rosemary Fennell,

pages 5-6). The Court accepts as a historical fact, one not disputed by the plaintiff's expert Dr. David Bercuson, that grain prices fluctuated wildly between 1917 and 1943. This evidence was led through the report and oral testimony of Dr. John Thompson, an expert in western Canadian agricultural history. The first federal response to price fluctuation was in 1917, when the government assumed control of all wheat for the crop years 1917-1918 and 1918-1919 and shut down the Winnipeg Grain Exchange's wheat futures market because of escalating prices (report of Dr. John Thompson, "Farmers, Governments and the Canadian Wheat Board: A Historical Perspective 1919-1987", Exhibit 47, at page 2). This resulted in the creation of the first Wheat Board on July 31, 1919, by Order in Council, P.C. 1589 made under *The War Measures Act, 1914*, S.C. 1914 (2nd Sess.), c. 2, in order to market the 1919-1920 crop. For reasons which are disputed, that Board was suspended in 1920.

«Agriculture Policy in the Developed World», pièce 71, aux pages 5 et 6). La Cour reconnaît comme un fait historique, un fait que ne conteste pas l'expert des demandeurs, M. David Bercuson, que les prix des grains ont considérablement varié entre 1917 et 1943. Cette preuve a été obtenue grâce au compte rendu et au témoignage de M. John Thompson, spécialiste de l'histoire agricole de l'Ouest canadien. C'est en 1917 que le gouvernement fédéral a réagi pour la première fois à cette fluctuation des prix, en assumant le contrôle de la totalité du blé produit lors des campagnes agricoles de 1917-1918 et 1918-1919, et en fermant le marché à terme sur le blé de la Bourse de grains de Winnipeg à cause de la hausse des prix (rapport de M. John Thompson, «Farmers, Governments and the Canadian Wheat Board: A Historical Perspective 1919-1987», pièce 47, à la page 2). Cette mesure a mené à la création de la première Commission canadienne du blé, le 31 juillet 1919, par la voie du décret C.P. 1589 pris en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre, 1914*, S.C. 1914 (2^e sess.), ch. 2, en vue de commercialiser la récolte de 1919-1920. Pour des raisons qui sont contestées, cet organisme a été suspendu en 1920.

154 In the absence of a general federal wheat pool, prairie farmers created three voluntary pools in 1923-1924 and sold through the Central Selling Agency, headquartered in Winnipeg. In 1930, world wheat prices fell through the floor and Prime Minister Bennett's government "guaranteed the pool's bank loans and assumed control of 42 047 836 bushels of unsold wheat" (Exhibit 47, at page 7). This continued for the next five years. By 1934 the federal government owned some 200 million bushels of wheat. In response to the suggestion by J. I. McFarland (who was Prime Minister Bennett's appointee as head of the Central Selling Agency) that the whole thing should be turned over to a government monopoly, a voluntary non-monopoly Wheat Board was established. Without this, it is alleged that Canada's market would have collapsed (Exhibit 47, at pages 7-8). In 1938 the largest ever worldwide harvest again depressed wheat prices and was actually responsible for thwarting Prime Minister King's attempt to return wheat to the open market. The initial payment set that year was 80 cents

En l'absence d'un syndicat fédéral général du blé, 154 les agriculteurs des Prairies créèrent trois syndicats volontaires en 1923-1924, et vendirent leurs produits par l'entremise de l'Agence centrale de vente, dont le siège se trouvait à Winnipeg. En 1930, les prix mondiaux du blé chutèrent, et le gouvernement du premier ministre Bennett [TRADUCTION] «garantit les emprunts bancaires du syndicat et prit le contrôle de 42 047 836 boisseaux de blé invendus» (pièce 47, à la page 7). Cela continua durant les cinq années suivantes. En 1934, le gouvernement fédéral possédait quelque 200 millions de boisseaux de blé. En réponse à la suggestion de J. I. McFarland (que le premier ministre Bennett avait désigné comme chef de l'Agence centrale de vente), selon qui toute cette affaire devrait être confiée à un monopole de l'État, une commission du blé volontaire, non monopolistique, fut constituée. Sans cela, le marché canadien se serait effondré (pièce 47, aux pages 7 et 8). En 1938, une récolte mondiale sans précédent provoquait de nouveau la chute des prix du blé, et fut responsable à vrai dire de l'échec de la tentative du

per bushel, and when the market prices dropped below this mark, farmers delivered what was practically the entire western Canadian wheat crop to the Board. The result was a \$61.5 million loss (Exhibit 47, at pages 11-12).

155 A sharp upswing in prices in 1943 had the effect of an under delivery to the Wheat Board. This threatened Canada's commitments to its war-time allies (particularly Britain) and so as to ensure that these obligations could be met the government, by Order in Council P.C. 7942, under the *War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206, gave the Wheat Board a monopoly until July 31, 1945. This Court accepts that this was done to further national interest in wartime, i.e. it ensured the supply of wheat, a strategic resource, and arrested inflation by keeping prices artificially low (Exhibit 47, at page 14; affidavit of Dr. David Bercuson, Exhibit 53, at page 9; transcript: Vol. XVII, at page 1724). The monopoly was extended again by order in council.

156 In 1946, Canada entered into a four-year agreement with Britain to supply 160 million bushels of wheat in 1946 and 1947, and 140 million bushels in 1948 and 1949 in order to secure long-term markets and prices (Exhibit 47, at page 15). The evidence shows that one reason for continuing Parliament's decision to sustain the Board's monopoly in 1947 was to secure a supply to fulfil these contracts, which were struck below world prices. (The price negotiated per bushel was \$1.55; the market price was \$2.00 per bushel. By the spring of 1947 it was \$2.85 per bushel; Exhibit 53, at pages 11-12.) This is supported by two exhibits entered at trial. The first, Exhibit 88, is the memorandum of May 7, 1946, for the "Minister" (presumably Minister of Trade and Commerce, Hon. James MacKinnon). It reads:

premier ministre King de remettre le blé sur le marché libre. Le versement initial fixé cette année-là était de 80 cents le boisseau, et quand les prix du marché tombèrent sous cette barre, les agriculteurs livrèrent à la Commission la quasi-totalité de la récolte de blé de l'Ouest canadien. Résultat: une perte de 61,5 millions de dollars (pièce 47, aux pages 11 et 12).

À cause d'une hausse marquée des prix en 1943, 155 la Commission manqua de blé. Cette situation menaçait les engagements du Canada envers ses alliés de la guerre (la Grande-Bretagne surtout) et, afin d'être sûr de pouvoir s'acquitter de ces obligations, le gouvernement, par la voie du décret C.P. 7942, pris en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*, S.R.C. 1927, ch. 206, accorda un monopole à la Commission du blé jusqu'au 31 juillet 1945. La Cour admet que cela a été fait pour favoriser l'intérêt du pays en temps de guerre, c'est-à-dire que cette mesure garantissait l'approvisionnement en blé, une ressource stratégique, et stoppait l'inflation en maintenant les prix à un niveau artificiellement bas (pièce 47, à la page 14; affidavit de M. David Bercuson, pièce 53, à la page 9; notes sténographiques: vol. XVII, à la page 1724). Le monopole fut prolongé de nouveau par décret.

En 1946, le Canada conclut une entente de quatre 156 ans avec la Grande-Bretagne en vue de la fourniture de 160 millions de boisseaux de blé en 1946 et 1947, ainsi que de 140 millions de boisseaux en 1948 et 1949, afin de garantir des marchés et des prix à long terme (pièce 47, à la page 15). Il ressort de la preuve que l'une des raisons pour lesquelles le Parlement maintint sa décision de soutenir le monopole de la Commission en 1947 était d'assurer l'approvisionnement en blé pour respecter ces contrats, conclus à des prix inférieurs aux prix mondiaux. (Le prix négocié était de 1,55 \$ le boisseau; le prix du marché était de 2,00 \$ le boisseau. Au printemps de 1947, le prix du boisseau était de 2,85 \$; pièce 53, aux pages 11 et 12). Il s'agit là d'un fait qu'étaient deux pièces présentées à l'instruction. La première, la pièce 88, est la note de service, datée du 7 mai 1946, du «ministre» (le ministre du Commerce, l'Honorable James MacKinnon, vraisemblablement). En voici le texte:

[TRADUCTION]

May 7, 1946

Le 7 mai 1946

MEMORANDUM FOR THE MINISTER:

Re: Canadian Wheat Board

Mr. Monk* informs me that a five-year agreement with the United Kingdom has been negotiated for the supply of 180 million bushels of wheat annually and that the Board considers that in view of this the Board will have to continue to monopolize the acquisition and legislation will be necessary for this purpose almost immediately.

[signed M. Mackenzie]

F.P.V.**

- * Henry B. Monk, the CWB's long time solicitor and counsel.
- ** Presumably, Fred P. Varcoe, deputy minister.

The second is the December 14, 1946 memorandum to the Cabinet's wheat committee regarding the continuation of the Board's monopoly powers (Exhibit 89). The opening sentence runs:

In entering into the contract to sell wheat to Britain the Government has embarked on a policy which makes necessary the continued monopolistic control of marketing of wheat, and it can be expected that an attack will be made upon any legislation for the continuation of the present controls.

157 This rationale was also apparent in the legislation which renewed the Wheat Board's monopoly. The preamble to *An Act to amend The Canadian Wheat Board Act, 1935*, S.C. 1947, c. 15 (assented to May 14, 1947) confirms this purpose of renewing the monopoly. It reads in part:

WHEREAS the Government of Canada has entered into an arrangement with the Government of the United Kingdom for the sale and delivery of substantial quantities of wheat to the Government of the United Kingdom annually for a period of four years

Section 2 of this Act also introduced the object of the Board, "marketing in an orderly manner, in interprovincial and export trade, grain grown in

NOTE DE SERVICE À L'INTENTION DU MINISTRE:

Objet: Commission canadienne du blé

M^c Monk* m'informe qu'une entente de cinq ans a été négociée avec le Royaume-Uni en vue de l'approvisionnement de 180 millions de boisseaux de blé par année et qu'en raison de cela, la Commission envisage qu'elle devra continuer d'exercer un monopole sur les achats et qu'il sera nécessaire d'adopter presque sans délai une loi à cet effet.

[signature: M. Mackenzie]

F.P.V.**

- * Henry B. Monk, l'avocat et procureur de longue date de la Commission
- ** Vraisemblablement le sous-ministre, Fred P. Varcoe

La seconde pièce est la note de service datée du 14 décembre 1946, adressée au Comité du blé du Cabinet, au sujet du maintien des pouvoirs monopolistiques de la Commission (pièce 89). La première phrase est la suivante:

[TRADUCTION] En concluant le contrat de vente de blé à la Grande-Bretagne, le gouvernement s'est lancé dans une politique qui oblige à continuer d'exercer un contrôle monopolistique sur la commercialisation du blé, et l'on peut s'attendre à ce que toute loi visant à poursuivre les mesures de contrôle actuelles soit contestée.

Cette justification apparaît aussi dans la loi renouvelant le monopole de la Commission canadienne du blé. Le préambule de la *Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935*, S.C. 1947, ch. 15 (sanctionnée le 14 mai 1947), confirme l'objet du renouvellement du monopole. Son texte est en partie le suivant:

CONSIDÉRANT que le gouvernement du Canada a conclu un arrangement avec le gouvernement du Royaume-Uni pour la vente et la livraison annuelles d'importantes quantités de blé au gouvernement du Royaume-Uni, pendant une période de quatre ans

L'article 2 de cette Loi présentait aussi la mission de la Commission, qui est encore la même aujourd'hui: «organisation ordonnée des marchés interprovincial

Canada”, which still remains today. Thus, in 1947 there is clear evidence that at least one cause for renewing the monopoly was to fulfil its international contractual obligations to Great Britain. The purpose was and is Parliament’s intention to exercise its power over trade and commerce in order to secure the orderly marketing, in interprovincial and export trade, of grain grown in Canada.

158 What is interesting and absolutely crucial to this case, is that the next time the monopoly was renewed, in 1950, the original preamble was deleted from the Act. This was the last major modification of the Act relevant in terms of using the text to identify whether the objective was “pressing and substantial”. The agreement with the U.K., which was the mainstay of the Wheat Board’s export market, was no more. Every time thereafter, 1953, 1957, 1962 and 1967, when the monopoly was made permanent, the purpose of “orderly marketing” remained. The purpose of fulfilling grain contracts with the U.K., or of protecting Canada’s international reputation as a grain supplier, if fulfilling these contractual obligations can be characterized this way, was no longer present in the Act and the historical record. It has been shed in so many words. No doubt, those who did that never foresaw the need for justification pursuant to section 1 of the Charter, but equally, no doubt, they would not have wished to see their legislation thwarted.

159 What was the pressing and substantial concern which warranted a unanimous parliamentary renewal from 1953 to 1967 (Exhibit 47, at page 20)? The only answer the evidence leads to is this. Parliament knew well the problems associated with wildly fluctuating prices, the most obvious being the harm inflicted on farmers. The “harm” suffered by prairie farmers was also of a national concern because of the *rôle* which grain played in the national economy.

et extérieur du grain cultivé au Canada». C’est donc dire qu’il y a une preuve manifeste qu’en 1947 au moins l’une des raisons pour lesquelles le gouvernement canadien a renouvelé le monopole était de s’acquitter de ses obligations contractuelles internationales à l’endroit de la Grande-Bretagne. La mission était, et elle l’est encore, l’intention du Parlement d’exercer son autorité sur les échanges et le commerce afin d’organiser, dans le cadre du marché interprovincial et de l’exportation, la commercialisation du grain cultivé au Canada.

Ce qui est intéressant et absolument crucial en 158 l’espèce, c’est que la fois suivante où le monopole a été renouvelé—en 1950—le préambule original a été supprimé de la Loi. C’est là la dernière modification d’importance de la Loi qui soit pertinente pour ce qui est d’utiliser son texte afin de déterminer si l’objectif était «urgent et réel». L’entente conclue avec le Royaume-Uni, laquelle constituait le pilier du marché d’exportation de la Commission canadienne du blé, n’était plus. Chaque fois par la suite, en 1953, en 1957, en 1962 et, en 1967, quand le monopole est devenu permanent, la mission d’«organiser . . . la commercialisation» s’est poursuivie. Celle de s’acquitter des contrats de livraison de grain au Royaume-Uni, ou de protéger la réputation du Canada sur le plan international en tant que fournisseur de grains, s’il est possible de qualifier de cette manière le fait de s’acquitter de ces obligations contractuelles, n’était plus présente dans la Loi et le dossier historique. On s’en était défait en autant de mots. Il est indubitable que ceux qui l’ont fait n’ont jamais prévu qu’il serait nécessaire de justifier ce geste en vertu de l’article premier de la Charte, mais il ne fait pas de doute non plus qu’ils n’auraient pas voulu voir leur loi contrecarrée.

Quelle était la préoccupation urgente et réelle qui 159 a justifié un renouvellement parlementaire unanime entre 1953 et 1967 (pièce 47, à la page 20)? La seule réponse que l’on peut trouver à cette question dans la preuve est la suivante. Le Parlement était bien conscient des problèmes associés à des prix soumis à d’importantes variations, le plus évident était le préjudice infligé aux agriculteurs. Le «préjudice» subi par les agriculteurs des Prairies était

In fact, it had bubbled up on several occasions. As Dr. Grace Skogstad stated in her report "Agricultural policy in Canada" (Exhibit 56, at page 1), price stabilization programs (such as the CWB) have provided producers "the incentive and the means to stay in production". Having learned this lesson, Parliament decided to keep the solution which landed in its lap as a result of war legislation to remedy the harm caused by the open market. The Hon. John Diefenbaker, leader of the opposition, wryly noted: "Many who opposed the wheat board as being a dangerous intrusion into private business have today become worshippers of the wheat board" (Exhibit 47, at page 21; *House of Commons Debates*, 7 June 1967, at page 1263). This may be attributed to the purpose of maintaining Canada's reputation as a grain supplier, or as Dr. Bercuson suggested, as a vehicle for advancing Canada's position in the post-war world (Exhibit 53, at page 10). This concern had already expired by 1967 and been replaced by a consensus that the interwar lessons requiring stabilization of prices had been learned. The notion of "orderly marketing" is, of course, still applicable to the international markets.

aussi une préoccupation d'ordre national en raison du rôle joué par le grain dans l'économie du pays. En fait, ce problème avait fait surface à plusieurs occasions. Comme l'a écrit M^{me} Grace Skogstad, dans son rapport intitulé «Agricultural policy in Canada» (pièce 56, à la page 1), les programmes de stabilisation des prix (comme la CCB) procurent aux producteurs [TRADUCTION] «l'encouragement et les moyens nécessaires pour continuer à produire». Ayant appris cette leçon, le Parlement a décidé de garder la solution qui lui était tombée entre les mains grâce à une loi de guerre destinée à remédier au préjudice causé par le marché libre. L'honorable John Diefenbaker, chef de l'opposition, fit la remarque suivante, d'un ton ironiquement désabusé: «Beaucoup de ceux qui s'opposaient à la Commission du blé, l'accusant d'empiéter sur l'entreprise privée, maintenant lui vouent un culte» (pièce 47, à la page 21); *Débats de la Chambre des communes*, 7 juin 1967, à la page 1263). Cette attitude peut être attribuée à la mission de préserver la réputation du Canada comme fournisseur de grains, ou, comme l'a dit M. Bercuson, comme moyen de favoriser la position du Canada dans le monde de l'après-guerre (pièce 53, à la page 10). Cette préoccupation avait déjà disparu en 1967 et été remplacée par le consensus que les leçons de l'entre-deux-guerres, qui nécessitaient que les prix soient stabilisés, avaient été apprises. L'idée d'«organiser la commercialisation» est, bien sûr, toujours applicable sur les marchés internationaux.

Proportionality

(a) Rational Connection

160 As noted above, to determine whether the first arm of the proportionality test is satisfied, the Court must look at the stated objective of the legislation and determine if there is a rational connection between the objective and what the law is going to achieve. In this Court's view, the Wheat Board meets this test. The objective of the enabling legislation is to facilitate "orderly marketing" of Canadian grain. The defendant has established that the Canadian Wheat Board achieves this. It has no other *raison d'être*.

La proportionnalité

a) Lien rationnel

Ainsi qu'il a été signalé précédemment, pour 160 déterminer si le premier élément du critère de la proportionnalité est satisfait, la Cour doit examiner l'objectif déclaré de la loi et déterminer s'il existe un lien rationnel entre cet objectif et ce que la loi va accomplir. De l'avis de la Cour, la Commission canadienne du blé satisfait à ce critère. La loi habilitante a pour objet de faciliter l'«organisation de la commercialisation» du grain cultivé au Canada. La défenderesse a établi que la Commission canadienne du blé atteint cet objectif. Elle n'a pas d'autre *raison d'être*.

161 The nature of the legislation is such that the defendant needs only to establish that when the Act is applied and the CWB operates, it sells grain in an orderly fashion. The provisions of the Act, particularly sections 2 and 28, which allow the CWB to fix quotas and use a contract delivery system are the backbone of orderly marketing (Ward Wiesensel, "Will Say Statement", Exhibit 76, tab 3, at page 6). Further, the actual sales of grain are co-ordinated by the Canadian Wheat Board's annual sales plan (Exhibit 76, tab 3, at pages 4-5). More particularly, the CWB has—by virtue of its monopoly—developed strong markets in countries such as China and Japan, and has increased Canada's overall market share *vis-à-vis* the United States. (Dr. Schmitz, transcript: Vol. XXII, at pages 2236 and 2239; report of Dr. Schmitz, "Economic Performance of the Canadian Wheat Board: Myth and Reality", Exhibit 63, at pages iii, iv and 13).

162 The CWB expends much effort and resources into marketing, and the evidence shows that this has accrued benefits. One example is found in Dr. Harley Furtan's evidence. The Wheat Board has been able to keep Canada's share in the Brazilian market since 1990, when Brazil went from a single-desk importer to a free market (a significant change in market dynamics). The CWB was actually able to increase its share as against the United States, which is Canada's major competitor. The evidence is that Brazilian customers had developed some "brand loyalty" to the Wheat Board because of supply reliability and after-sale support (report of Dr. Furtan, "Performance Evaluation of the Canadian Wheat Board", Exhibit 60, at pages 91-111). This is but one example which shows that there is a rational connection between the objective of the Act and what it achieves. Another example (Exhibit 60, at pages 27-55) discloses that some buyers actually pay a premium to secure the CWB's sure supply and quality of grain, even in the face of heavy American export subsidies.

La loi est conçue de telle manière que la défende- 161
resse a seulement besoin d'établir que lorsque la loi
est appliquée et que la CCB exerce ses activités, elle
vend du grain de façon méthodique. Les dispositions
de la Loi, et surtout les articles 2 et 28, qui permet-
tent à la CCB de fixer des contingents et de recourir
à un système de livraisons à contrat, sont le pivot de
la commercialisation méthodique (Ward Wiesensel,
«Will Say Statement», pièce 76, onglet 3, à la page
6). En outre, la coordination des ventes réelles de
grains est régie par le plan annuel de vente de la
Commission canadienne du blé (pièce 76, onglet 3,
aux pages 4 et 5). Plus particulièrement, la
CCB—du fait de son monopole—a établi de solides
marchés dans des pays tels la Chine et le Japon, et a
accru la part de marché générale du Canada par
rapport aux États-Unis (M. Schmitz, notes sténogra-
phiques: vol. XXII, aux pages 2236 et 2239; rapport
de M. Schmitz, «Economic Performance of the
Canadian Wheat Board: Myth and Reality», pièce
63, aux pages iii, iv et 13).

La CCB déploie de nombreux efforts et des res- 162
sources considérables sur le plan de la commerciali-
sation, et il ressort de la preuve que cela a rapporté
des avantages. On en trouve un exemple dans le
témoignage de M. Harley Furtan. La Commission
canadienne du blé a pu conserver la part du Canada
au sein du marché brésilien depuis 1990, au moment
où le Brésil a cessé d'être un importateur à comptoir
unique pour adopter la solution du marché libre (ce
qui constitue un changement d'envergure dans la
dynamique des marchés). La CCB a pu augmenter
sa part par rapport aux États-Unis, le principal con-
current du Canada. Il ressort de la preuve que les
clients brésiliens manifestaient une certaine fidélité
envers la Commission canadienne du blé à cause de
la fiabilité de l'approvisionnement et du soutien
après-vente (rapport de M. Furtan, «Performance
Evaluation of the Canadian Wheat Board», pièce 60,
aux pages 91 à 111). Il ne s'agit là que d'un seul
exemple, qui montre qu'il existe un lien rationnel
entre l'objectif de la Loi et ce que celle-ci accom-
plit. Un autre exemple (pièce 60, aux pages 27 à 55)
révèle que certains acheteurs paient en fait une
prime pour obtenir l'approvisionnement et la qualité
des grains de la CCB, et ce, même si les États-Unis
accordent de fortes subventions à l'exportation.

(b) Minimal impairment

163 To meet this arm of the proportionality test the defendant must first delineate the actual degree to which the law impairs the plaintiffs' rights. As laid out by La Forest J. for the Court in *Ross, supra*, at pages 882-883, citing McLachlin J. in *RJR-MacDonald*:

In *RJR-Macdonald, supra*, at p. 342, McLachlin J. reasoned that an impairment must be minimal to the extent that it impairs the right no more than is necessary. She stated:

The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement

164 In order to meet the objective of the Act and the underlying pressing and substantial concern, Parliament chose to create a single-desk marketing agency, *viz.*, the Canadian Wheat Board, whose "three pillars" are above described (Exhibit 76, tab 3, at pages 2-3). It was given a monopoly over marketing of western Canadian grains.

165 As to the degree of impairment to the plaintiffs' rights, a strong indication is found in the relief the plaintiffs seek. They do not ask for the CWB to be dismantled; they simply do not want to be forced to market their wheat and barley through it. Plaintiff Orsak's testimony summarizes the nature of the relief (transcript: Vol. IV, at page 467):

My preference would be for a situation where I could use the Board as one of many choices. The Board presumably has expertise, they claim they have expertise in analyzing and accessing world markets and achieving prices, good prices. I believe I have those skills as well, as a business operator.

b) Atteinte minimale

Pour satisfaire à cet élément du critère de la proportionnalité, la défenderesse doit d'abord délimiter la mesure véritable dans laquelle la loi porte atteinte aux droits des demandeurs. Comme l'a indiqué le juge La Forest, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Ross*, précité, aux pages 882 et 883, en citant les propos du juge McLachlin dans l'arrêt *RJR-MacDonald*:

Aux pages 342 et 343 de l'arrêt *RJR-Macdonald*, précité, le juge McLachlin explique que la restriction doit être minimale de façon à ce que l'atteinte au droit ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Elle ajoute:

Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation

Afin d'atteindre l'objectif de la Loi et de répondre à la préoccupation urgente et réelle qui le sous-tend, le Parlement a décidé de créer un organisme de commercialisation à comptoir unique: la Commission canadienne du blé, dont les «trois piliers» ont été décrits plus tôt (pièce 76, onglet 3, aux pages 2 et 3). Cet organisme a obtenu le monopole de la commercialisation du grain cultivé dans l'Ouest canadien.

Quant au degré d'atteinte aux droits des demandeurs, on en relève un signe important dans la mesure de redressement que ces derniers sollicitent. Ils ne demandent pas que l'on démantèle la CCB; ils ne veulent tout simplement pas être forcés de vendre leur blé et leur orge par son entremise. Le témoignage du demandeur Orsak résume la nature du redressement en question (notes sténographiques: vol. IV, à la page 467):

[TRADUCTION] Je préférerais une situation dans laquelle la Commission constituerait un choix parmi de nombreux autres. La Commission a vraisemblablement l'expertise nécessaire. Elle soutient qu'elle a la compétence voulue pour analyser les marchés mondiaux et y accéder, de même que pour obtenir des prix, de bons prix. En tant qu'exploitant d'une entreprise, je crois posséder moi aussi ces compétences.

- 166 While, under this arm of the proportionality test, the government is no longer obliged to canvass all alternatives to the impugned legislation, a significant alternative advanced by the plaintiffs is that the Wheat Board would be able to exist in an open market, the effect being no impairment on their rights. If true, this would suggest that the impairment caused by the current legislation is unwarranted and therefore unreasonable.
- 167 Thus the issue of impairment in this case centres around whether keeping the Wheat Board as a non-voluntary pool is justified.
- 168 In simple terms, the effect of the Wheat Board's monopoly, in particular, by operation of its "three pillars", is to eliminate the "harm" which it was enacted to avoid. It follows that the next question to ask, by way of an alternative, is whether a so-called "dual market" might also reasonably avoid this harm. Through the evidence of Dr. Murray Fulton, the defendant has surely proved on a balance of probabilities that the Wheat Board would not be viable in a dual market. The three advantages of pooling are the pooling of risk, removing the timing of sales as a factor in the market price (price stabilization) and relieving the farmer of marketing responsibilities in order to concentrate on production decisions, (Dr. Carter's rebuttal affidavit, Exhibit 23, at page 16). Those advantages would be lost (transcript: Vol. XXVII, at page 2706). In Dr. Fulton's words, "a dual market would mean the end of the Canadian Wheat Board as we now know it" (transcript: Vol. XXVI, at page 2668). Of all of the agronomical experts proffered by both sides, Dr. Fulton was the most credible, if not sole, authority on co-operatives and pooling.
- 169 The reason why the CWB could not survive in a dual market as a voluntary pool can be put no more
- Si, selon cet élément du critère de la proportionnalité, l'État n'est plus tenu d'examiner toutes les solutions de rechange à la loi contestée, une solution importante que les demandeurs avancent est que si la Commission canadienne du blé était capable d'exister sur un marché libre, il n'y aurait pas d'atteinte à leurs droits. Si cela était vrai, cela voudrait dire que l'atteinte que cause la loi actuelle est injustifiée et, partant, déraisonnable.
- C'est donc dire qu'en l'espèce, la question de l'atteinte porte sur la question de savoir s'il est justifié de garder la Commission canadienne du blé en tant que syndicat non volontaire.
- Pour dire les choses simplement, l'effet du monopole qu'exerce la Commission canadienne du blé, plus particulièrement, par le jeu de ses «trois piliers», est de supprimer le «préjudice» et c'est la raison pour laquelle elle a été établie. Il s'ensuit que la prochaine question à poser, sous forme subsidiaire, est de savoir si l'existence d'un «marché double» pourrait aussi permettre d'éviter ce préjudice. Par le témoignage de M. Murray Fulton, la défenderesse a certainement démontré, selon la prépondérance des probabilités, que la Commission canadienne du blé ne serait pas viable dans un tel marché. Les trois avantages de la mise en commun sont la mise en commun des risques, la suppression du moment opportun des ventes en tant que facteur dans le prix du marché (stabilisation des prix) et le fait de dégauger les agriculteurs de toute responsabilité en matière de commercialisation de manière à pouvoir se concentrer sur les décisions qui concernent la production (affidavit de M. Carter en guise de réfutation, pièce 23, à la page 16). Ces avantages disparaîtraient (notes sténographiques: vol. XXVII, à la page 2706). Selon M. Fulton, [TRADUCTION] «un marché double signifierait la fin de la Commission canadienne du blé, telle que nous la connaissons aujourd'hui» (notes sténographiques: vol. XXVI, à la page 2668). De tous les experts en agronomie que les deux parties ont fait témoigner, M. Fulton était le spécialiste le plus crédible, sinon le seul, au sujet des coopératives et des systèmes de mise en commun.
- M. Fulton, à la page i de son rapport intitulé «Dual Marketing and the Decision Facing Western

eloquently than Dr. Fulton's words, at page i of his report "Dual Marketing and the Decision Facing Western Canadian Farmers for Wheat and Barley Marketing" (Exhibit 72). He wrote:

The reason why a completely voluntary pool cannot operate alongside a cash market is a direct function of pooling. Pooling is a system whereby high and low prices—prices received at different times of the crop year and in deferent [*sic*] markets—are averaged in some weighted fashion to give the pooled price. The consequence of the averaging process is that when market prices are rising, the pool price will generally lag behind. The lower price of the pool will result in farmers delivering to the cash market. In contrast, when prices are falling, the pool price will generally be above the cash price. This will provide an incentive for producers to deliver to the pool. The consequence of this behaviour is that the voluntary pool experiences either relatively small volumes being pooled or substantial losses in the pool if guaranteed initial prices are present.

This was also identified by Dr. Furtan as the "free rider" problem (Exhibit 60, at page 25). A dual market was characterized by Dr. Schmitz merely as "a transition to an open market" (Exhibit 63, at page 69).

170 The plaintiffs' expert, Dr. Colin Carter, who along with Dr. Al Loyns wrote "The Economics of Single Desk Selling of Western Canadian Grain" (Exhibit "E" to the affidavit of Dr. Colin Carter, Exhibit 22, at page 56), pointed out that dual markets exist for rice and other commodities in California and for domestic Australian wheat. Dr. Fulton agreed with this statement, but testified that an analogy cannot be drawn to the western Canadian barley market. In his rebuttal report, he wrote: "Production and marketing systems are complex things, with all of the components linked together More specifically dual marketing requires certain characteristics at both the production and processing level in an industry if it to be viable" (Dr. Murray Fulton, "Rebuttal to Dr. Colin Carter", Exhibit 73, at page 1).

Canadian Farmers for Wheat and Barley Marketing» (pièce 72), est celui qui a exposé de la façon la plus éloquente pourquoi la CCB ne saurait survivre au sein d'un marché double en tant que syndicat volontaire. Voici ce qu'il a écrit:

[TRADUCTION] La raison pour laquelle un syndicat entièrement volontaire ne pourrait fonctionner aux côtés d'un marché au comptant est une fonction directe de la mise en commun. La mise en commun est un système par lequel les prix élevés et les prix bas—les prix que l'on obtient à des moments différents de la campagne agricole ainsi que sur des marchés différents—sont calculés en moyenne d'une façon pondérée afin d'obtenir le prix du syndicat. Le processus de calcul de la moyenne fait en sorte que, lorsque les prix du marché sont en hausse, le prix du syndicat sera généralement inférieur. À cause du prix inférieur, les agriculteurs livreront leurs produits au marché au comptant. Par contraste, lorsque les prix sont en baisse, le prix du syndicat sera généralement supérieur à celui du prix du marché au comptant. Cela incitera les producteurs à livrer leurs produits au syndicat. Résultat, le syndicat volontaire se retrouve avec une mise en commun de quantités relativement petites, ou bien avec des pertes considérables si les prix initiaux garantis sont présents.

C'est ce que M. Furtan a aussi appelé le problème du [TRADUCTION] «travailleur non syndiqué qui bénéficie des activités syndicales» (pièce 60, à la page 25). M. Schmitz a simplement qualifié le marché double de [TRADUCTION] «transition vers un marché libre» (pièce 63, à la page 69).

L'expert des demandeurs, M. Colin Carter, qui, de 170 pair avec M. Al Loyns, a écrit «The Economics of Single Desk Selling of Western Canadian Grain» (pièce «E» jointe à l'affidavit de M. Colin Carter, pièce 22, à la page 56), a fait remarquer qu'il existe des marchés doubles pour le riz et d'autres produits agricoles en Californie, ainsi que pour le blé australien consommé à l'échelle nationale. M. Fulton s'est dit d'accord avec cet énoncé, mais a déclaré qu'il est impossible de faire une analogie avec le marché de l'orge de l'Ouest canadien. Dans son rapport produit en guise de réfutation, il écrit [TRADUCTION]: «les systèmes de production et de commercialisation sont des mécanismes complexes, dont les éléments sont tous liés . . . plus précisément, pour être viable, la commercialisation double requiert la présence de certaines caractéristiques dans une industrie, au niveau de la production comme au niveau de la

171 Dr. Fulton points out that in Australia all wheat export is done through the Australian Wheat Board, a single-desk marketer (Exhibit 72, at page 2). Because crops marketed by the CWB account for more than 85% of western Canadian grain exports (Exhibit 63, at page 11), any sense of comparison between the domestic wheat dual market in Australia is lost, particularly in view of this fact.

172 In terms of rice, fruit and cotton pools, which exist in an open market in California, Dr. Fulton notes that the success of the pools is premised on three major factors. The pool must attract a significant market share. That share must be stable, and the pool must not have a deficit. In order to attract market share, seven factors should be present and include: (1) large capital investment for preprocessing and processing, (2) the presence of few growers who produce enough commodity to capture processing economies of scale, (3) crop production which requires fixed investment over several years, (4) the existence of flexibility for harvest and storage options, (5) the ability to establish grades and to pool prices over marketing periods, (6) the ability to spread marketing expenses over a longer season and (7) major marketing decisions do not need to be made frequently (Exhibit 73, at page 2). Dr. Fulton states that some of these factors are absent in the case of the western Canadian wheat and barley market, specifically that access to market (especially the local milling market) does not require large volumes or incur great cost and that the fixed investments made by the western Canadian producers can be spread through all their crops (Exhibit 73, at page 3).

173 In order to retain market share, successful co-operatives have been able to utilize economies of

transformation» (M. Murray Fulton, «Rebuttal to Dr. Colin Carter», pièce 73, à la page 1).

M. Fulton fait remarquer qu'en Australie, toutes les exportations de blé se font par l'entremise de l'Australian Wheat Board, un négociant à comptoir unique (pièce 72, à la page 2). Étant donné que les récoltes que commercialise la CCB comptent pour plus de 85 p. 100 des exportations de grain de l'Ouest canadien (pièce 63, à la page 11), toute possibilité de comparaison entre le marché double du blé consommé à l'échelle nationale en Australie disparaît, compte tenu surtout de ce fait.

En ce qui concerne les syndicats du riz, des fruits et du coton, qui évoluent dans un marché ouvert en Californie, M. Fulton fait remarquer que leur succès repose sur trois grands facteurs. Le syndicat doit obtenir une part importante du marché. Cette part doit être stable, et le syndicat ne doit pas accuser de déficit. Pour obtenir une part de marché, sept facteurs sont essentiels: 1) d'importants capitaux pour les opérations préalables à la transformation et la transformation proprement dite, 2) la présence de quelques cultivateurs qui produisent suffisamment pour bénéficier d'économies d'échelle au niveau de la transformation, 3) une production agricole qui nécessite des investissements fixes étalés sur plusieurs années, 4) une certaine souplesse pour ce qui est des options de récolte et de stockage, 5) la capacité d'établir des catégories et de mettre les prix en commun lors des périodes de commercialisation, 6) la capacité d'étaler les dépenses de commercialisation sur une saison plus longue, et 7) le fait qu'il ne soit pas nécessaire de prendre souvent d'importantes décisions en matière de commercialisation (pièce 73, à la page 2). M. Fulton déclare que, dans le cas du marché du blé et de l'orge de l'Ouest canadien, certains de ces facteurs sont absents, et, plus précisément, que l'accès au marché (surtout celui de la minoterie locale) n'exige pas de quantités importantes ou n'engage pas de dépenses considérables, et que les investissements fixes que font les producteurs de l'Ouest canadien peuvent être étalés sur toute la durée de leur récolte (pièce 73, à la page 3).

Pour garder leur part du marché, les coopératives fructueuses ont été capables d'employer les écono-

scale for purposes of packaging and advertising. Raisins and almonds are a good example. Dr. Fulton writes that the economies of scale are different for different commodities. In the case of a wheat and barley pooling agency, there would be no economy of scale to take advantage of because market access would be open to all (Exhibit 73, at page 4). There is little "value added" processing similar to almonds or raisins which can be done less expensively by a co-operative.

174 The final major factor which would cripple a voluntary pooling agency for wheat and barley in western Canada is that the pool could not avoid deficits. This because of the "free rider problem". The only way to avoid a deficit is by not offering an initial price. Consequently there is little incentive to deliver grain to the pool. To attract delivery, the pool could offer a high initial price. Woe to the pool should the market price be lower than divined! A deficit would ensue (Exhibit 73, at page 5).

175 Dr. Fulton's conclusion that the Wheat Board would not be viable without a monopoly is supported by two uncontroverted facts. The first, according to Dr. Fulton, is that "no cooperative in the U.S. has successfully operated a wheat pool of any major size for any substantial period of time during the last 20 or 30 years. The evidence is very strong that wheat pooling has been tried and it has failed" (transcript: Vol. XXVII, at page 2696). This is in reference to pooling attempts in an open wheat market. The second is Canada's own experience with the dual market between 1935 and 1943, and as noted above, particularly in 1938 and 1943. Even the plaintiff's lead counsel assented to the voluntary Wheat Board's failure when the defendant's counsel re-examined Dr. Fulton (transcript: Vol. XXVIII, at page 2853):

mies d'échelle réalisées pour l'emballage et la publicité. Les raisins et les amandes en sont un bon exemple. D'après M. Fulton, les économies d'échelle diffèrent selon les produits. Dans le cas d'un organisme de mise en commun du blé et de l'orge, on ne pourrait pas profiter d'une économie d'échelle parce que l'accès au marché serait ouvert à tous (pièce 73, à la page 4). Il existe peu d'opérations de transformation «à valeur ajoutée», comme c'est le cas pour les amandes ou les raisins, qu'une coopérative peut exécuter à moindre coût.

Le dernier grand facteur qui paralyserait un syndicat volontaire, pour ce qui est du blé et de l'orge dans l'Ouest du Canada, est que le syndicat ne pourrait éviter d'être déficitaire. À cause du [TRADUCTION] «problème du travailleur non syndiqué qui bénéficie des activités syndicales». La seule façon d'éviter un déficit est de ne pas offrir un prix initial. Il y a donc peu d'incitation à livrer du grain au syndicat. Pour attirer les producteurs, le syndicat devrait offrir un prix initial élevé. Mais malheur au syndicat, s'il fallait que le prix du marché soit en-deça du prix prévu! Il s'ensuivrait un déficit (pièce 73, à la page 5).

Deux faits non controversés étayent la conclusion 175 de M. Fulton selon laquelle la Commission canadienne du blé ne serait pas viable sans l'existence d'un monopole. Le premier, selon M. Fulton, est que [TRADUCTION] «aux États-Unis, ces 20 ou 30 dernières années, aucune coopérative n'a exploité avec succès un gros syndicat du blé pendant une longue période. Il y a de fortes preuves que des tentatives de mise en commun du blé ont été faites, mais sans succès». (notes sténographiques: vol. XXVII, à la page 2696). Cette remarque fait référence aux tentatives de mise en commun dans un marché du blé ouvert. Le second fait est la propre expérience que le Canada a faite du concept du double marché entre 1935 et 1943 et, ainsi qu'il a été mentionné plus tôt, surtout en 1938 et 1943. Même l'avocat principal des demandeurs a reconnu l'échec de la Commission du blé volontaire quand l'avocat de la défenderesse a interrogé de nouveau M. Fulton (notes sténographiques: vol. XXVIII, à la page 2853):

Q. In the voluntary dual market which was operated in the late 1930s when the Canadian Wheat Board did not have a monopoly over exports, did it work?

Mr. Groves: I think it is quite clear that it did not, My Lord.

176 Dr. Fulton also considered the possibility of a contractual pool and found that it would not be able to exist in an open market either. While the free rider problem is eliminated, farmers would be willing to deliver only a portion of their crop to the pool in case they were unable ultimately to deliver. This would cripple the viability of the pool to market their grain. The other problem would be contract default and its associated costs of recovery (Exhibit 72, at pages i, 6-9).

177 It was alleged that other results would occur if the Wheat Board were cast into an open market. They warrant brief mention. If the monopoly status were removed, all market development efforts made by the CWB for the purpose of marketing western Canadian grain would be lost and this would stifle the marketing objective of the Board (Exhibit 76, tab 3, at page 4; transcript: Vol. XXX, at page 2942). Further, the ability to discriminate in price between markets, and therefore to extract premiums, which Dr. Furtan's report (Exhibit 60) established existed, would be lost. Related to this would be the loss of the CWB's ability to respond to competing countries' export subsidies (Exhibit 60, at pages iv-v, 28-29, 42-47; Exhibit 63, at pages v-vi, 59-67).

178 The result of a non-viable Wheat Board is apparently this. Those who are skilled and/or lucky enough sometimes to "win", avoid the problems of the open market and probably would then greatly profit from it. Those who "lose", inevitably suffer the harms which the CWB was created to prevent. The ultimate result of the failure of the Wheat Board would mean a return to an open market which, Parliament has determined, is not an unal-

[TRANSLATION]

Q. Dans le marché double volontaire qui a été exploité à la fin des années 1930, quand la Commission canadienne du blé n'avait pas le monopole des exportations, est-ce que cela a fonctionné?

M^e Groves: Je crois qu'il est assez évident que non, Votre Honneur.

M. Fulton a considéré aussi la possibilité d'un 176 syndicat contractuel, et a conclu que cette formule ne serait pas viable non plus au sein d'un marché ouvert. Le problème du travailleur non syndiqué serait éliminé, mais les agriculteurs ne seraient disposés à livrer au syndicat qu'une partie de leur récolte, au cas où il leur serait impossible en fin de compte de le faire. Cela minerait la viabilité du syndicat pour ce qui est de commercialiser leurs grains. L'autre problème serait celui du manquement au contrat et des frais de recouvrement connexes (pièce 72, aux pages i, 6 à 9).

Il a été soutenu que si on lançait la Commission 177 canadienne du blé sur un marché ouvert, il y aurait d'autres résultats. Ces derniers méritent d'être mentionnés brièvement. Si l'on retirait le statut de monopole, tous les efforts de mise en marché faits par la CCB en vue de commercialiser le grain de l'Ouest canadien disparaîtraient et cela minerait l'objectif de commercialisation de la Commission (pièce 76, onglet 3, à la page 4; notes sténographiques: vol. XXX, à la page 2942). Par ailleurs, il ne serait plus possible de distinguer entre les prix pratiqués dans divers marchés, et donc d'obtenir des primes, qui existent, selon le rapport de M. Furtan (pièce 60). Il y a aussi le fait que la CCB ne serait plus en mesure de réagir aux subventions à l'exportation de pays concurrents (pièce 60, aux pages iv-v, 28 et 29, 42 à 47; pièce 63, aux pages v et vi, 59 à 67).

Voici quel serait le résultat d'une Commission du 178 blé non viable. Ceux qui sont qualifiés et/ou assez chanceux pour parfois «gagner» évitent les problèmes que pose le marché ouvert, et en profiteraient probablement donc beaucoup. Ceux qui «perdent» subissent inévitablement des préjudices et c'est pour empêcher ceux-ci que la CCB a été créée. Le résultat ultime de l'échec de la Commission du blé signifierait un retour à un marché ouvert qui, comme l'a

loyed benefit to Canada. Thus, on a balance of probabilities, Dr. Fulton's conclusion, and Dr. Schmitz's characterization of the scenario, are reasonable: a dual market is indeed a merely transitional market. Should this be the case, everything would return to square one: an open market which Parliament has recognized as causing (sometimes massive) problems. In the event that the CWB monopoly creates a breach of the plaintiffs' rights, it is reasonable from a judicial point of view. Of course, there are always staunch "rightwingers" who hold that the absence of the open market is always unreasonable and there are always staunch "leftwingers" for whom the absence of the regulated market is always also unreasonable. It is the democratic electoral process which from time to time rationalizes such disparate credos.

Proportional Effects

179 The final aspect of the section 1 test, as articulated by Mr. Justice La Forest in *Ross, supra*, at pages 884-885, is to determine whether the deleterious effects of the impugned legislative provisions outweigh the salutary effects. This is clearly a fact-based inquiry.

180 The evidence, cited above under "pressing and substantial" and "minimal impairment", has shown that the actual benefit which the *Canadian Wheat Board Act* is calculated to achieve is the orderly marketing of grain so that the harmful effects of the open market on prairie farmers, and the resultant cost on all Canadians, are eliminated. While the Wheat Board is arguably not so responsible or so efficient as some producers desire, the evidence has shown that it achieves its objectives. This is the salutary effect.

181 What are the deleterious effects on the plaintiffs' rights? What effects do alleged forced association, the alleged prohibition or alleged severe disability to pursue the gaining of a livelihood with the risks and

déterminé le Parlement, ne constitue pas pour le Canada un avantage parfait. Par conséquent, selon la prépondérance des probabilités, la conclusion de M. Fulton, et la façon dont M. Schmitz a qualifié le scénario, sont raisonnables: un marché double est bel et bien un marché simplement transitoire. Si tel était le cas, tout reviendrait à la case départ: un marché ouvert qui, comme l'a reconnu le Parlement, cause des problèmes (parfois énormes). Si le monopole de la CCB crée une violation des droits des demandeurs, celle-ci est raisonnable d'un point de vue judiciaire. Bien sûr, il y a toujours des «droitistes» purs et durs qui soutiennent que l'absence de marché ouvert est toujours déraisonnable, et il y a toujours des «gauchistes» purs et durs pour qui l'absence de marché réglementé est elle aussi toujours déraisonnable. C'est le processus électoral démocratique qui, de temps à autre, rationalise des credos aussi disparates.

Les effets proportionnels

Le dernier aspect du critère relatif à l'article premier, comme l'a énoncé le juge La Forest dans l'arrêt *Ross*, précité, aux pages 884 et 885, consiste à déterminer si les effets négatifs des dispositions législatives contestées l'emportent sur les effets favorables. Il s'agit manifestement d'une analyse qui repose sur des faits.

La preuve, citée plus tôt sous les rubriques «Préoccupations urgentes et réelles» et «Atteinte minimale», montre que l'avantage réel qu'est censé accorder la *Loi sur la Commission canadienne du blé* est la commercialisation méthodique des grains de manière à supprimer les effets préjudiciables du marché ouvert sur les agriculteurs des Prairies, et du coût que cela occasionne à tous les Canadiens. Bien que l'on puisse soutenir que la Commission canadienne du blé n'est pas aussi responsable ou efficace que le voudraient certains producteurs, il ressort de la preuve que cet organisme atteint ses objectifs. C'est là l'effet favorable.

Mais quels sont les effets négatifs sur les droits des demandeurs? Quels effets ont réellement sur les demandeurs l'association forcée alléguée, l'interdiction alléguée ou la grave incapacité alléguée de

“fun” of business, or being actually subject to the Act by virtue of geographic circumstance (i.e., in one way or another forced to market wheat and barley through the CWB) really have on the plaintiffs? The evidence cited earlier, under the description of the plaintiffs, discloses some effects. One is that they are not always rewarded for producing a high quality product. Another is that the monopoly impedes the plaintiffs’ ability, in various degrees, to maximize their operations potential. The plaintiffs are not able to achieve the highest value for their crops because they are denied ready and immediate access to lucrative markets. Much of the potential financial gain is lost when buybacks are executed and, if no buyback happens, when the prices are pooled. Cash flow requirements are not always satisfactory because of the Wheat Board operation. (As noted previously in the description by Mr. Orsak, this Court acknowledges both the availability of the *Prairie Grain Advance Payments Act* and its limitations.) They are also subject to pooling of costs, which in some cases seem quite unfair because any advantage of living close to the ultimate destination of delivery is eliminated. If grain is being shipped to Minot, North Dakota, the freight deduction received by a farmer in Dauphin, Manitoba and one in St. Albert, Alberta, are the same, according to Mr. Brad Vannan’s testimony (transcript: Vol. XIV, at pages 1420-1424). The foregoing, in truth, is only one side—the plaintiffs’ side—of the contestation before the Court.

continuer à gagner sa vie, avec les risques et le «plaisir» d’être en affaires que cela comporte, ou d’être effectivement assujéti à la Loi en raison de circonstances de nature géographique (c’est-à-dire, d’une façon ou d’une autre, d’être forcé de commercialiser son blé et son orge par l’entremise de la CCB)? La preuve citée plus tôt, à la section où les demandeurs sont décrits, révèle certains effets. L’un d’eux est que les demandeurs ne sont pas toujours récompensés parce qu’ils produisent un produit de grande qualité. Un autre est que le monopole entrave la capacité des demandeurs, à divers degrés, de maximiser le potentiel de leurs activités. Les demandeurs ne sont pas en mesure d’obtenir la valeur la plus élevée possible pour leurs produits parce qu’on les empêche d’accéder facilement et sans délai à des marchés lucratifs. Une grande part du gain pécuniaire potentiel disparaît lorsque les rachats sont effectués et, s’il n’y a pas de rachats, lorsque les prix sont mis en commun. Les liquidités nécessaires ne sont pas toujours satisfaisantes à cause de la façon dont fonctionne la Commission canadienne du blé. (Ainsi qu’il a été signalé plus tôt dans la description faite par M. Orsak, la Cour reconnaît à la fois la disponibilité de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies* et ses limites.) Les demandeurs sont également soumis à la mise en commun des frais, une pratique qui, dans certains cas, semble assez injuste car elle supprime l’avantage qu’il peut y avoir à vivre à proximité du lieu de destination ultime. Lorsque le grain est expédié à Minot (Dakota du Nord), la déduction pour frais de transport que reçoit un agriculteur situé à Dauphin (Manitoba) et un autre à Saint-Albert (Alberta) est la même, d’après le témoignage de M. Brad Vannan (notes sténographiques: vol. XIV, aux pages 1420 à 1424). Ce qui précède, à vrai dire, n’est qu’un aspect,—celui des demandeurs—de la contestation soumise à la Cour.

182 At its simplest, the issue with which the Court is faced with is this. On one hand there is the objective which removes marketing uncertainty for all western Canadian wheat and barley producers. The government has attempted to demonstrate that while this may prevent them from achieving unlimited financial gain, there is market stability. On the other, the

Réduite à sa plus simple expression, la question 182 dont la Cour est saisie est la suivante. Il y a, d’une part, l’objectif qui efface l’incertitude que suscite la commercialisation pour tous les producteurs de blé et d’orge de l’Ouest canadien. Le gouvernement a essayé de montrer que, bien que cela puisse les empêcher de réaliser des gains financiers illimités, le

plaintiffs are often restricted from realizing the most from their operations. The evidence did not show that the Wheat Board was crippling or driving the plaintiffs' operations into bankruptcy. Frustration with an inflexible system, however, is readily apparent.

marché est stable. D'autre part, les demandeurs se trouvent souvent dans l'impossibilité de tirer le maximum de leur exploitation. La preuve n'a pas montré que la Commission canadienne du blé paralysait les activités des demandeurs, ou acculait ces derniers à la faillite. Toutefois, on se rend facilement compte qu'un système inflexible engendre de la frustration.

183 What tips the balance in the Wheat Board's favour is that the government has established, on a balance of probabilities, that the interests of all western Canadian farmers, and the potential impact on all Canadians, are treated with a view to alleviate what has proved to be a significant problem, i.e. the dramatic effects of the open market. The *Canadian Wheat Board Act* does nothing more than ensure that if one produces wheat and barley in the designated area, where the vast majority of both crops is produced, one and all must play by the legislated rules. Any deleterious effects on the plaintiffs' constitutional rights do not sufficiently outweigh the salutary benefits provided by the existence of the CWB monopoly for the "orderly marketing" of grain. The defendant has sufficiently discharged its onus in proving that the Wheat Board's monopoly is demonstrably justified in a free and democratic society, despite the Court's initial conclusion that the plaintiffs' Charter rights are not overridden.

Ce qui fait pencher la balance en faveur de la Commission canadienne du blé est que le gouvernement a établi, selon la prépondérance des probabilités, que les intérêts de tous les agriculteurs de l'Ouest canadien, ainsi que l'effet éventuel sur tous les Canadiens, sont traités de manière à atténuer ce qui s'est avéré être un problème de taille, c'est-à-dire les effets dramatiques du marché ouvert. La *Loi sur la Commission canadienne du blé* ne fait rien de plus que garantir que, si l'on produit du blé et de l'orge dans la région désignée, là où poussent la grande majorité de ces deux produits, chacun doit se conformer à la législation. Les effets négatifs que cette situation peut avoir sur les droits constitutionnels des demandeurs ne l'emportent pas sur les avantages favorables que procure l'existence du monopole exercé par la CCB grâce à la «commercialisation méthodique» des grains. La défenderesse s'est suffisamment acquittée du fardeau de prouver la justification du monopole de la Commission canadienne du blé dans le cadre d'une société libre et démocratique, et ce, en dépit de la conclusion initiale de la Cour selon laquelle les droits que la Charte confère aux demandeurs ne sont pas mis en échec.

The Distribution of Powers and the Charter

Le partage des pouvoirs et la Charte

184 There is yet another basis for putatively infringing on the plaintiffs' Charter rights, if such occurred, which is not directly exonerated under section 1. Here the Court must consider the plaintiffs' assertion of those rights and freedoms which they choose to assert, in juxtaposition with Parliament's exercise of its trade and commerce power of regulation granted under section 91, class 2 of the *Constitution Act, 1867*. The Charter, being a new organ of the Constitution, cannot here override a head of legisla-

Il existe une raison de plus pour laquelle il y aurait atteinte aux droits que la Charte confère aux demandeurs, raison qui n'est pas directement justifiée par l'article premier. Dans la présente affaire, la Cour doit examiner la revendication des droits et libertés que les demandeurs ont choisi d'invoquer, en juxtaposition avec l'exercice, par le Parlement, du pouvoir de réglementation en matière de trafic et de commerce que lui confère l'article 91, catégorie 2, de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Étant un nouvel

tive power distributed in the original Constitution. So it has been held by the Supreme Court of Canada in *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148 (hereinafter *Ontario Separate Schools Reference*).

organe de la Constitution, ne peut avoir ici pré-séance sur une rubrique de compétence législative attribuée dans le texte original de la Constitution. C'est ce que la Cour suprême du Canada a décrété dans l'arrêt *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148 (ci-après: *Renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario*).

185 In the last-mentioned judgment of the Supreme Court, the question before that Court was, at page 1149:

Is Bill 30, An Act to amend the Education Act inconsistent with the provisions of the Constitution of Canada including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, in what particular or particulars and in what respect?

The Supreme Court was unanimous in answering this question negatively, but for various reasons, of which one is singularly germane. Madam Justice Wilson wrote for herself and Chief Justice Dickson and Messrs. Justices McIntyre and La Forest, in part as follows, at pages 1158, 1166, 1197-1198:

The preamble to Bill 30 indicates that its purpose is to implement a policy of full funding for Roman Catholic separate high schools in Ontario.

...

The position advanced by many of the appellants was that the minority of the Court of Appeal was correct in law and that Bill 30 was therefore *ultra vires*. By providing Roman Catholics and Roman Catholic schools with financial benefits not made equally available to other taxpayers and other religious schools, Bill 30 violated the equality guarantee in s. 15(1) of the *Charter*. The public funding of denominational schools, they submitted, also violated freedom of religion as guaranteed by s.2(a). The Bill could not be justified as a reasonable limit under s. 1.

...

It was never intended, in my opinion, that the *Charter* could be used to invalidate other provisions of the Constitution, particularly a provision such as s. 93 which represented a fundamental part of the Confederation compromise. Section 29, in my view, is present in the *Charter*

Dans le jugement de la Cour suprême mentionné 185 ci-dessus, la question posée à cette dernière était la suivante, à la page 1149:

Le projet de loi 30, An Act to amend the Education Act, est-il incompatible avec les dispositions de la Constitution du Canada, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, sous quel aspect et à quel égard?

La Cour suprême a répondu par la négative à cette question, à l'unanimité, mais pour diverses raisons, dont une est particulièrement importante. M^{me} le juge Wilson a écrit ceci, en partie, pour son propre compte, ainsi que pour le juge en chef Dickson et les juges McIntyre et La Forest aux pages 1158, 1166, 1197 et 1198:

D'après son préambule, le projet de loi 30 a pour objet la mise en œuvre d'une politique de financement complet des écoles séparées catholiques de niveau secondaire en Ontario.

...

Un bon nombre des appelants ont soutenu que la minorité en Cour d'appel a raison sur le plan juridique et que le projet de loi 30 est en conséquence inconstitutionnel. Dans la mesure où il confère aux catholiques et aux écoles catholiques des avantages pécuniaires qu'il n'offrait pas également aux autres contribuables et aux autres écoles confessionnelles, le projet de loi 30 viole la garantie d'égalité du par. 15(1) de la *Charte*. Le financement des écoles confessionnelles par les deniers publics, ont-ils fait valoir, viole en outre la liberté de religion garantie par l'al. 2a). Le projet de loi ne peut pas non plus se justifier en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier.

...

À mon avis, on n'a jamais voulu que la *Charte* puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution et, en particulier, une disposition comme l'art. 93 qui représente une partie fondamentale du compromis confédéral. L'article 29 n'est, à mon sens, présent dans la *Charte* que

only for greater certainty, at least in so far as the Province of Ontario is concerned.

To put it another way, s. 29 is there to render immune from *Charter* review rights or privileges which would otherwise, i.e., but for s. 29 be subject to such review. The question then becomes: does s. 29 protect rights or privileges conferred by legislation passed under the province's plenary power in relation to education under the opening words of s. 93? In my view, it does although again I do not believe it is required for this purpose. The Confederation compromise in relation to education is found in the whole of s. 93, not in its individual parts. The section 93(3) rights and privileges are not guaranteed in the sense that the s. 93(1) rights and privileges are guaranteed, i.e. in the sense that the legislature which gave them cannot later pass laws which prejudicially affect them. But they are insulated from *Charter* attack as legislation enacted pursuant to the plenary power in relation to education granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise. Their protection from *Charter* review lies not in the guaranteed nature of the rights and privileges conferred by the legislation but in the guaranteed nature of the province's plenary power to enact that legislation. What the province gives pursuant to its plenary power the province can take away, subject only to the right of appeal to the Governor General in Council. But the province is master of its own house when it legislates under its plenary power in relation to denominational, separate or dissentient schools. This was the agreement at Confederation and, in my view, it was not displaced by the enactment of the *Constitution Act, 1982*.

pour assurer une plus grande certitude, en ce qui concerne tout au moins la province de l'Ontario.

En d'autres termes, l'art. 29 est là pour protéger contre tout examen en vertu de la *Charte* les droits ou privilèges qui autrement, n'était-ce de cet article, pourraient faire l'objet d'un tel examen. La question devient alors la suivante: l'art. 29 protège-t-il les droits ou privilèges acquis en vertu des lois que la province a adoptées conformément au pouvoir absolu que lui confère en matière d'éducation la disposition liminaire de l'art. 93? J'estime que oui même si, encore une fois, je ne crois pas qu'il soit nécessaire à cette fin. Le compromis confédéral en matière d'éducation se trouve dans l'ensemble de l'art. 93 et non dans ses éléments constitutifs pris individuellement. Les droits et privilèges du par. 93(3) ne sont pas garantis dans le même sens que les droits et privilèges du par. 93(1) le sont, c'est-à-dire en ce sens que l'assemblée législative qui les a conférés ne peut, par la suite, adopter des lois que leur portent atteinte. Cependant, ils sont à l'abri de toute contestation fondée sur la *Charte* en tant que lois adoptées conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation que se sont vu accorder les assemblées législatives provinciales dans le cadre du compromis confédéral. Leur protection contre tout examen fondé sur la *Charte* réside non pas dans la nature garantie des droits et privilèges conférés par des lois, mais bien dans la nature garantie du pouvoir absolu de la province d'adopter ces lois. Ce que la province donne conformément à son pouvoir absolu, elle peut le reprendre sous réserve seulement du droit d'interjeter appel au gouverneur général en conseil. Mais la province est maître dans sa propre maison lorsqu'elle légifère en vertu de son pouvoir absolu en matière d'écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes. C'est là l'entente qui a été conclue à la Confédération et à laquelle, à mon avis, l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a rien changé.

186 Further in the *Ontario Separate Schools Reference*, Mr. Justice Estey wrote for himself and Mr. Justice Beetz, in part, as follows, at pages 1206-1207:

It is axiomatic (and many counsel before this Court conceded the point) that if the *Charter* has any application to Bill 30, this Bill would be found discriminatory and in violation of s. 2(a) and s. 15 of the *Charter of Rights* . . . Section 93 is a fundamental constitutional provision because it is a part of the pattern of the sharing of sovereign power between the two plenary authorities created at Confederation. The importance of this provision is underlined by its separate existence outside the catalogue of powers in ss. 91 and 92.

Once section 93 is examined as a grant of power to the province, similar to the heads of power found in s. 92, it

De plus, toujours dans le même arrêt, le juge 186 Estey a écrit pour son propre compte et pour le juge Beetz, en partie, ce qui suit aux pages 1206 et 1207:

Il va de soi (et plusieurs des avocats qui ont comparu devant nous l'ont reconnu) que si la *Charte* s'applique d'une manière ou d'une autre au projet de loi 30, celui-ci est discriminatoire et viole l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte des droits* . . . L'article 93 est une disposition constitutionnelle fondamentale, faisant partie intégrante du régime de partage du pouvoir souverain entre les deux autorités absolues créées à la Confédération. L'importance de cette disposition est encore soulignée par son existence séparée hors du catalogue de compétences que sont les art. 91 et 92.

Si l'on considère l'art. 93 comme une attribution de compétence à la province, analogue aux attributions que

is apparent that the purpose of this grant of power is to provide the province with the jurisdiction to legislate in a *prima facie* selective and distinguishing manner with respect to education whether or not some segments of the community might consider the result to be discriminatory. In this sense, s. 93 is a provincial counterpart of s. 91(24) (Indians, and lands reserved for Indians) which authorizes the Parliament of Canada to legislate for the benefit of the Indian population in a preferential, discriminatory, or distinctive fashion *vis-à-vis* others.

The role of the *Charter* is not envisaged in our jurisprudence as providing for the automatic repeal of any provisions of the Constitution of Canada which includes all of the documents enumerated in s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Action taken under the *Constitution Act, 1867* is of course subject to *Charter* review. That is a far different thing from saying that a specific power to legislate as existing prior to April 1982 has been entirely removed by the simple advent of the *Charter*. It is one thing to supervise and on a proper occasion curtail the exercise of a power to legislate; it is quite another thing to say that an entire power to legislate has been removed from the Constitution by the introduction of this judicial power of supervision. The power to establish or add to a system of Roman Catholic separate schools found in s. 93(3) expressly contemplates that the province may legislate with respect to a religiously-based school system funded from the public treasury. Although the *Charter* is intended to constrain the exercise of legislative power conferred under the *Constitution Act, 1867* where the delineated rights of individual members of the community are adversely affected, it cannot be interpreted as rendering unconstitutional distinctions that are expressly permitted by the *Constitution Act, 1867*.

...

This conclusion, that Bill 30 finds its validity in the exercise of provincial power under s. 93 and that the exercise of this power cannot be abolished or truncated by the *Charter*, is sufficient to dispose of this appeal.

187 Here is, in part, what Mr. Justice Lamer, as he then was, wrote at page 1209:

... I would dismiss the appeal only on the basis of the opening words of s. 93 and s. 93(3) of the *Constitution Act, 1867*, for the reasons given by Wilson J. I also agree with Wilson J. as to the effect of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on s. 93 of the *Constitution Act, 1867*.

188 If the Supreme Court of Canada still stands by the above pronouncements, then a valid analogy to the

l'on trouve à l'art. 92, il devient évident que son objet est de conférer à la province la compétence pour légiférer d'une manière à première vue sélective et en opérant des distinctions dans le domaine de l'éducation, que certaines portions de la société considèrent ou non le résultat comme discriminatoire. En ce sens, l'art. 93 est l'équivalent provincial du par. 91(24) (les Indiens et les terres réservées aux Indiens) qui autorise le Parlement du Canada à légiférer au profit de la population indienne selon un mode préférentiel, discriminatoire ou distinctif, par rapport aux autres.

Le rôle de la *Charte* n'est pas conçu dans notre philosophie du droit comme opérant automatiquement l'abrogation de dispositions de la Constitution du Canada, laquelle inclut tous les documents énumérés à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une action fondée sur la *Loi constitutionnelle de 1867* est bien entendu assujettie au contrôle de la *Charte*. C'est là une chose fort différente que de dire qu'une compétence législative expresse, existant avant avril 1982, a été entièrement supprimée par la simple arrivée de la *Charte*. C'est une chose de contrôler et, lorsque cela s'impose, de restreindre l'exercice d'un pouvoir de légiférer; c'en est une toute autre que de dire qu'une compétence législative entière a été supprimée de la Constitution par l'introduction de ce pouvoir judiciaire de contrôle. Le pouvoir de créer un réseau d'écoles séparées catholiques ou de l'agrandir, qu'on trouve au par. 93(3), prévoit expressément que la province peut légiférer relativement à un système scolaire reposant sur la religion financé à même le trésor public. Certes, on a voulu que la *Charte* limite l'exercice des compétences législatives conférées par la *Loi constitutionnelle de 1867*, lorsqu'il est porté atteinte aux droits y énoncés des individus composant la société; mais elle ne saurait être interprétée comme rendant *ipso facto* inconstitutionnelles les distinctions expressément autorisées par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

...

Cette conclusion, que le projet de loi 30 est valide parce qu'il est fondé sur l'exercice de la compétence provinciale conférée par l'art. 93, exercice que la *Charte* ne saurait abolir ni supprimer, suffit pour trancher le pourvoi.

Voici, en partie, ce qu'a écrit le juge Lamer, (tel 187 était alors son titre), à la page 1209:

... je rejetterais le pourvoi en adoptant le raisonnement du juge Wilson sur la seule base de la disposition liminaire de l'art. 93 et du par. 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je partage aussi l'avis du juge Wilson quant à l'effet de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Si la Cour suprême du Canada s'en tient toujours 188 aux déclarations qui précèdent, il est donc évident

case at bar is obvious. One may substitute for Bill 30, the *Canadian Wheat Board Act*, and for section 93 in the *Ontario Separate Schools Reference*, the federal power under section 91, class 2. The appellants in that case complained of breach of their rights and freedoms guaranteed by paragraph 2(a) and subsection 15(1) of the Charter and the Supreme Court held that the impugned legislation, unlike the CWB Act, could not be justified as a reasonable limit under section 1.

189 Therefore, any infringement of those appellants' and these plaintiffs' rights and freedoms must, for the purposes of the jurisprudential analogy, be considered not to be directly or indirectly exonerated under section 1. Thus, this Court holds that the scope of Parliament's power "to make laws . . . in relation to all Matters . . . coming within [this class of subject] . . . that is to say—the Regulation of Trade and Commerce", under section 91, class 2, is not to be crippled by the plaintiffs' assertion of the certain Charter rights herein pleaded (and discussed) against the Board's single-desk monopoly granted by Parliament. The legitimate legislative choice of the single-desk marketing system, if abolished, would abort Parliament's exercise of its trade and commerce power and render nugatory Parliament's intent to regulate the saltfish, grain or any other trade. After all, the CWB Act is far, far from operating in a confiscatory manner, but even if it did, the Charter does not protect Canadians from the confiscation of their property. The common law has something to say about and against confiscation, but confiscation is not an issue in this case because the CWB pays producers for the grain which it takes to sell.

Conclusion

190 If nothing else, this case stands for three propositions. The first is that the *Canadian Wheat Board*

qu'il est possible de faire une analogie valable avec la présente affaire. On pourrait substituer au projet de loi 30 la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, et à l'article 93 dans le *Renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario*, le pouvoir fédéral prévu à l'article 91, catégorie 2. Dans cette dernière affaire, les appelants se plaignaient que l'on violait les droits et les libertés que leur garantissaient l'alinéa 2a) et le paragraphe 15(1) de la Charte; la Cour suprême a décrété que la loi contestée, contrairement à la Loi sur la CCB, ne pouvait constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier.

Par conséquent, toute atteinte aux droits et libertés 189 de ces appelants et des demandeurs en l'espèce doit, pour les besoins de l'analogie jurisprudentielle, être considérée comme n'étant pas justifiée directement ou indirectement en vertu de l'article premier. C'est donc dire que la présente Cour statue que l'étendue du pouvoir qu'a le Parlement «de faire des lois . . . relativement à toutes les matières . . . tombant dans [cette] catégorie de sujets . . . savoir—La réglementation du trafic et du commerce», aux termes de l'article 91, catégorie 2, ne doit pas être minée par la revendication que font les demandeurs de certains droits conférés par la Charte, invoqués (et analysés) en l'espèce, à l'encontre du monopole à comptoir unique accordé par le Parlement à la Commission. Le choix législatif légitime du système de commercialisation à comptoir unique, s'il était aboli, empêcherait le Parlement d'exercer son pouvoir en matière de trafic et de commerce, et rendrait inopérante l'intention du Parlement de réglementer le poisson d'eau de mer, le grain ou tout autre produit commercial. Après tout, la Loi sur la CCB est bien loin de fonctionner d'une manière confiscatoire, mais même si c'était le cas, la Charte ne protège pas les Canadiens contre la confiscation de leurs biens. La common law a quelque chose à dire au sujet de la confiscation, et contre cette dernière, mais il n'est pas question de confiscation en l'espèce, car la CCB paye aux producteurs le prix du grain qu'elle prend en vue de le vendre.

Conclusion

La présente affaire illustre à tout le moins trois 190 thèses. La première est que la *Loi sur la Commis-*

Act does not breach any of the rights the plaintiffs pleaded, and even if it did it constitutes a justifiable limit on those rights. The second is that the initial and still current interpretation of the Charter, (in this Court's view a correct one), is this: the Charter does not protect the individuals' economic or commercial aspirations. This is not to say that the Wheat Board is the best means of marketing western Canadian grain. Indeed, some of the evidence has shown that certain aspects of the Wheat Board's operations seem unfair (burdensome cost of buybacks, unfair storage and handling costs), counterproductive (the loss of local value added processing by virtue of the Act's operation) or even disingenuous (adding dockage at port terminals and then charging farmers for cleaning). (On the latter point, is the testimony of Mr. Cawkwell, transcript: Vol. VII, at pages 786-789.) The point however is that the Charter is not the proper instrument to fix what is quintessentially a political problem.

sion canadienne du blé ne porte atteinte à aucun des droits invoqués par les demandeurs, et même si c'était le cas, elle constitue une limite justifiable à ces droits. La deuxième est que l'interprétation première et encore courante de la Charte, (une interprétation qui est exacte, de l'avis de la Cour), est la suivante: la Charte ne protège pas les aspirations économiques ou commerciales des individus. Cela ne veut pas dire que la Commission canadienne du blé est le meilleur moyen de commercialiser le grain de l'Ouest canadien. En fait, une partie de la preuve a montré que certains aspects des activités de la Commission canadienne du blé paraissent injustes (coût écrasant des rachats, frais de stockage et de manutention inéquitables, contre-productifs (perte de la transformation sur place à valeur ajoutée, du fait de l'application de la Loi), voire déloyaux (ajouter des droits de quai aux terminaux portuaires et facturer ensuite aux agriculteurs les frais de nettoyage). (Pour cette dernière question, voir le témoignage de M. Cawkwell, notes sténographiques: vol. VII, aux pages 786 à 789.) Ce qui importe toutefois c'est que la Charte n'est pas l'instrument qui convient pour rectifier ce qui constitue essentiellement un problème politique.

191 Finally, third, without any consideration of section 1, the CWB Act and the Board's monopoly are valid in law, and despite the Charter, in terms of the judgment of the Supreme Court of Canada in the *Ontario Separate Schools Reference*, [1987] 1 S.C.R. 1148, in regard to Parliament's legislative jurisdiction under section 91, class 2 of the *Constitution Act, 1867*.

Enfin, troisièmement, abstraction faite de l'article 191 premier, la Loi sur la CCB et le monopole de la Commission sont valides en droit et, malgré la Charte, compte tenu du jugement qu'a rendu la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario*, [1987] 1 R.C.S. 1148, relativement à la compétence législative du Parlement en vertu de l'article 91, catégorie 2, de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

192 In Canada's free and democratic society, Parliament, with its undoubted power to make laws within the class of subject of trade and commerce, must remain free to fix what is quintessentially a political problem, by freeing or regulating the market, virtually as it and the government see fit. The CWB is an instrument of state regulation of the interprovincial and export market of grain produced in the designated area. Tomorrow, a differently constituted Parliament and government might decide in terms of economic policy to deregulate that mar-

Dans la société libre et démocratique du Canada, 192 le Parlement, qui jouit de l'indubitable pouvoir de faire des lois dans le domaine du trafic et du commerce, doit demeurer libre de régler ce qui constitue essentiellement un problème de nature politique, en libérant ou en réglementant le marché, pratiquement comme le Parlement et le gouvernement élu le jugent bon. La CCB est un instrument de réglementation, par l'État, du marché interprovincial et d'exportation du grain cultivé dans la région désignée. Demain, un Parlement et un gouvernement de forma-

ket, and again in the future Parliament, directed by the elected government of that day, might yet again decide to reregulate that market. Such decisions are for Parliament and not for the Court, so long as Parliament infringes no Charter rights, or if it does, so long as the infringement be demonstratively justified, or if a constitutional imperative exacts the unimpaired integrity of a head of legislative power.

tion différente pourraient décider, pour des raisons de politique économique, de déréglementer ce marché; plus tard, le Parlement, dirigé par le gouvernement élu qui est au pouvoir, pourrait, une fois de plus, décider de déréglementer le marché. De telles décisions relèvent du Parlement et non de la Cour, dans la mesure où le Parlement ne porte atteinte à aucun droit conféré par la Charte, ou si c'est le cas, dans la mesure où la justification de cette violation peut se démontrer, ou si un impératif de nature constitutionnelle exige l'intégrité absolue d'un champ de compétence législative.

193 For the foregoing reasons, this Court dismisses the plaintiffs' action with costs payable by them in the defendants' favour.

Pour les motifs qui précèdent, la Cour rejette 193 l'action des demandeurs, qui paieront les dépens en faveur des défenderesses.

A-491-95

A-491-95

ACTRA Fraternal Benefit Society (Appellant)**ACTRA Fraternal Benefit Society (appelante)**

v.

c.

Her Majesty the Queen (Respondent)**Sa Majesté la Reine (intimée)****INDEXED AS: ACTRA FRATERNAL BENEFIT SOCIETY v. CANADA (C.A.)****RÉPERTORIÉ: ACTRA FRATERNAL BENEFIT SOCIETY c. CANADA (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Robertson and McDonald JJ.A.—Toronto, March 18; Ottawa, April 30, 1997.

Cour d'appel, juges Strayer, Robertson et McDonald, J.C.A.—Toronto, 18 mars; Ottawa, 30 avril 1997.

Income tax — Exemptions — Fraternal benefit society life insurance fund — Where assets in life insurance fund exceed amount necessary for purposes of life insurance business, only investment income earned on necessary amounts should be treated as taxable income under Income Tax Act, s. 149 — Canadian and British Insurance Companies Act, s. 81(1) examined — Decision not to withdraw surplus monies out of fund not determinative of appeal — Inference all assets in fund necessary for life insurance operation rebuttable — Objective standard applicable.

Impôt sur le revenu — Exemptions — Caisse d'assurance-vie d'une société de secours mutuels — Lorsque l'actif de la caisse d'assurance-vie excède le montant nécessaire pour l'entreprise d'assurance-vie, seul le revenu de placement tiré des sommes nécessaires devrait être traité comme un revenu imposable aux fins de l'art. 149 de la Loi de l'impôt sur le revenu — L'art. 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques est examiné — La décision de ne pas retirer l'excédent de la caisse d'assurance-vie ne règle pas l'appel — L'inférence selon laquelle la totalité de l'actif de la caisse est nécessaire aux fins de l'entreprise d'assurance-vie est réfutable — Une norme objective est applicable.

Insurance — Fraternal benefit society life insurance fund — Income tax payable on investment income — Where assets in life insurance fund exceed amount necessary for purposes of life insurance business, tax payable on investment income earned on necessary amounts only — Canadian and British Insurance Companies Act, s. 81(1) examined — Decision not to withdraw surplus monies out of fund not determinative of appeal — Inference all assets in fund necessary for life insurance operation rebuttable.

Assurance — Caisse d'assurance-vie d'une société de secours mutuels — Impôt sur le revenu payable sur le revenu de placement — Lorsque l'actif de la caisse d'assurance-vie excède le montant nécessaire aux fins de l'entreprise d'assurance-vie, l'impôt est payable sur le revenu de placement tiré des sommes nécessaires seulement — L'art. 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques est examiné — La décision de ne pas retirer l'excédent de la caisse ne règle pas l'appel — L'inférence selon laquelle la totalité de l'actif de la caisse est nécessaire aux fins de l'entreprise d'assurance-vie est réfutable.

The appellant taxpayer was a fraternal benefit society incorporated under the *Canadian and British Insurance Companies Act* (Insurance Act) which carried on several activities on behalf of its members. One of these was the provision of life insurance benefits through a life fund. The taxpayer maintained two other funds for such things as accident and sickness insurance benefits, for alcohol and drug rehabilitation services and for scholarships for members and their families. Fraternal benefit societies were subject to federal income tax only on taxable income attributable to their life insurance business.

La contribuable appelante est une société de secours mutuels constituée en vertu de la *Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques* (la Loi sur les assurances) qui offre à ses membres divers types de prestations, notamment des prestations d'assurance-vie provenant d'une caisse d'assurance-vie. La contribuable tenait deux autres caisses pour le paiement de prestations d'assurance en cas d'accident et de maladie, et pour des services de réadaptation pour les alcooliques et les toxicomanes et l'octroi de bourses pour les membres et leur famille. Les sociétés de secours mutuels sont assujetties à l'impôt fédéral sur le revenu tiré de leurs opérations d'assurance-vie seulement.

In 1987, the taxpayer decided to adopt a new method for calculating investment income, the investment base

En 1987, la contribuable a décidé d'adopter une nouvelle méthode de calcul de son revenu de placement,

method. This new method had the effect of increasing the taxpayer's tax liability not only with respect to the 1988 and subsequent taxation years but also for the preceding years. It was determined, by an actuary, that the life fund had a surplus of approximately \$2.6 million (that amount was considered unnecessary to the operation of the life insurance business) and, with the approval of the Superintendent of Insurance, it was decided to transfer that amount out of the life fund. The taxpayer therefore contacted Revenue Canada, proposing to pay more taxes, including taxes for previous years, but to exclude the investment income earned from the surplus assets in the past. However, the Minister reassessed the taxpayer for the taxation years 1984 to 1987 on the basis that all of the investment income earned from the assets held in the life fund in each of those years was to be included in computing the taxpayer's income from its life insurance business.

On appeal from that assessment, the Tax Court Judge found in favor of the Minister. He concluded that for the purposes of the *Income Tax Act*, the assets necessary for the taxpayer to carry on its life insurance business were those which the taxpayer determined should be in the fund at any one time. Also, that as long as assets remained in the life fund they were affixed with a "statutory condition or charge" pursuant to subsection 81(1) of the Insurance Act. This was an appeal from that decision.

Held (McDonald J.A. *dissenting*), the appeal should be allowed.

Per Robertson J.A.: The principal issue raised herein was whether all of the investment income derived from assets contained within the life insurance fund was to be included when computing taxable income from the fraternal society's life insurance business. This depended on whether all of the assets in the life fund were "necessary" to the taxpayer's life insurance business.

Contrary to what the Tax Court found, subsection 81(1) of the Insurance Act could not be deemed to impose a charge on assets contained within the life fund. That provision did not have the legal effect of "locking in" all of the assets held in that fund. There was no restriction on the transfer of funds—no approval of the Superintendent of Insurance was needed. It was a matter of judgment within the jurisdiction of the fraternal society.

The argument that the decision not to withdraw surplus monies from the life fund was based on concern over the possibility of AIDS-related claims was not persuasive. The evidence revealed that the taxpayer's concern over

c'est-à-dire la méthode de base. L'adoption de cette méthode a eu pour effet immédiat d'augmenter l'obligation fiscale de la contribuable non seulement pour 1988 et les années d'imposition ultérieures, mais aussi pour les années antérieures. Un actuaire a déterminé qu'il y avait dans la caisse un excédent d'environ 2,6 millions \$ (cette somme n'était pas considérée comme étant nécessaire aux fins de l'entreprise d'assurance-vie) et, avec l'approbation du surintendant des assurances, il a été décidé de retirer cette somme de la caisse d'assurance-vie. La contribuable a donc communiqué avec Revenu Canada, proposant de payer des impôts additionnels, y compris pour les années antérieures, mais d'exclure les revenus de placement tirés de l'excédent passé. Toutefois, le ministre a établi une nouvelle cotisation pour les années d'imposition 1984 à 1987 au motif que la totalité du revenu de placement tiré de l'actif de la caisse d'assurance-vie pour chacune de ces années d'imposition devait être inclus dans le calcul du revenu que la contribuable tirait de ses opérations d'assurance-vie.

En appel de cette cotisation, le juge de la Cour de l'impôt a tranché en faveur du ministre. Il a conclu que, pour les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'actif nécessaire aux opérations d'assurance-vie de la contribuable est celui qui, d'après la contribuable, devrait se trouver dans la caisse à n'importe quel moment. En outre, tant et aussi longtemps que l'actif demeure dans la caisse, il est assujéti à une «condition ou une exigence [charge] légale» aux termes du paragraphe 81(1) de la Loi sur les assurances. Il s'agit d'un appel de cette décision.

Arrêt (le juge McDonald, J.C.A., étant *dissident*): l'appel doit être accueilli.

Le juge Robertson, J.C.A.: La question principale soulevée dans l'appel consiste à déterminer si la totalité du revenu de placement tiré de l'actif de la caisse d'assurance-vie doit être inclus dans le calcul du revenu imposable tiré d'une entreprise d'assurance-vie d'une société de secours mutuels. Pour y répondre, il faut savoir si l'actif de la caisse d'assurance-vie était «nécessaire» à l'entreprise d'assurance-vie de la contribuable.

Contrairement à la conclusion de la Cour de l'impôt, le paragraphe 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance ne peut être réputé imposer une «charge» sur l'actif conservé dans la caisse d'assurance-vie. Cette disposition n'a pas pour effet juridique de «bloquer» la totalité de l'actif détenu dans la caisse d'assurance-vie et n'impose pas de restriction au transfert des fonds—aucune approbation du surintendant des assurances n'était nécessaire. Il s'agit d'une question de jugement qui relève du pouvoir discrétionnaire de la société de secours mutuels.

L'argument selon lequel la décision de ne pas retirer l'excédent de la caisse d'assurance-vie se fondait sur l'inquiétude que posait l'augmentation possible des réclamations attribuables au SIDA n'est pas convaincant. La

the effect on its insurance business of the spread of AIDS did not surface until 1988 and not in the earlier taxation years. And even if that conclusion were wrong, the decision of the taxpayer not to withdraw monies from the life fund was not determinative of the issue as to whether all of the assets were necessary for purposes of carrying on the taxpayer's life insurance business.

The argument that all of the assets retained within the life fund were committed to and employed in carrying on the taxpayer's life insurance business and, therefore, were "risky" in that business could not stand. While the inference of "necessity" could be drawn from the taxpayer's leaving the monies in the fund and from the financial statements submitted to the Superintendent of Insurance, that inference could be, and was, displaced by the taxpayer adducing persuasive evidence to the contrary (the actuary's determination that \$2.6 million was unnecessary to the operation of the life insurance business).

The comments of Dickson C.J. in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32 that "the courts must deal with what the taxpayer actually did, and not what he might have done" have no application herein. The question was not whether the taxpayer could have withdrawn the surplus assets from the fund, but whether all of the assets therein were necessary for the life insurance component of the taxpayer's business.

McCutcheon Farms Ltd. v. M.N.R., [1991] 1 C.T.C. 50 (F.C.T.D.) and *Lutheran Life Insurance Society of Canada v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284 (F.C.T.D.) were authority for the proposition that the conduct of, or business judgment exercised by, a taxpayer is not determinative of what is necessary. This would be a subjective standard. *McCutcheon* reaffirmed the general understanding that the onus is on the taxpayer to establish, on an objective (financial, actuarial) basis, what is or is not necessary for purposes of carrying on a business (or, in this case, what proportion of the investment income related to the life insurance business).

The proper remedy herein was to remit the matter to the Minister on the understanding that the original assessments were valid.

Per McDonald J.A. (*dissenting*): The appeal should be dismissed and the Minister's assessment should stand.

The decision to keep additional assets in the life account was a business decision by the taxpayer which should not be questioned by this Court. Once the decision had been made, the taxpayer benefitted from its decreased

preuve révèle que les préoccupations de la contribuable concernant l'effet qu'aurait la propagation du SIDA sur ses opérations d'assurance-vie n'ont pas été exprimés avant 1988 et certainement pas dans les années d'imposition antérieures. Même si cette conclusion était erronée, la décision de la contribuable de ne pas retirer une partie de l'actif de la caisse d'assurance-vie ne règle pas définitivement la question de savoir si la totalité de l'actif était nécessaire pour les activités d'assurance-vie de la contribuable.

L'argument selon lequel la totalité de l'actif conservé dans la caisse d'assurance-vie a été engagé et employé aux fins des opérations d'assurance-vie de la contribuable et donc qu'il était «risqué» dans l'entreprise ne peut être maintenu. Bien qu'une inférence de «nécessité» puisse être tirée du fait que la contribuable a laissé l'excédent dans la caisse d'assurance-vie et des états financiers fournis au surintendant des assurances, cette inférence peut et a été réfutée par la contribuable qui a fourni des éléments de preuve convaincants à l'effet contraire (la décision de l'actuaire selon laquelle la somme de 2,6 millions \$ n'était pas nécessaire aux opérations d'assurance-vie).

Les observations du juge en chef Dickson dans *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32 selon laquelle «les tribunaux doivent tenir compte de ce que le contribuable a réellement fait et non pas de ce qu'il aurait pu faire» sont inapplicables en l'espèce. La question n'était pas de savoir si la contribuable aurait pu retirer l'excédent, mais plutôt de savoir si la totalité de l'actif de la caisse d'assurance-vie était nécessaire à la composante assurance-vie de l'entreprise de la contribuable.

Les décisions *McCutcheon Farms Ltd. c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 50 (C.F. 1^{re} inst.) et *Lutheran Life Insurance Society of Canada c. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284 (C.F. 1^{re} inst.) appuient la proposition selon laquelle la conduite d'un contribuable ou le jugement que celui-ci exerce dans le cadre de sa gestion ne règle pas la question de savoir quelle partie de l'actif est nécessaire. Il s'agirait là d'une norme subjective. La décision *McCutcheon* a réaffirmé le principe général selon lequel il incombe au contribuable d'établir, sur une base objective (financière ou actuarielle), ce qui est ou non nécessaire pour exploiter son entreprise (ou, en l'espèce, quelle proportion du revenu de placement se rapporte à l'entreprise d'assurance-vie).

Le redressement approprié en l'espèce consiste à renvoyer la question au ministre en lui précisant que les cotisations initiales étaient valides.

Le juge McDonald, J.C.A. (*dissident*): L'appel devrait être rejeté et la cotisation du ministre maintenue.

La décision de conserver l'excédent dans le compte d'assurance-vie était une décision de gestion prise par la contribuable que la Cour ne devrait pas remettre en cause. Une fois cette décision prise, la contribuable a profité du

risk position. The taxpayer could not now attempt to revisit the past and reassess its tax burden.

Even accepting that the existence of excess assets in the life fund raised a rebuttable presumption that the assets were risked or employed in the course of the business, the presumption has not been rebutted in this case. While actuarial evidence may be helpful, the taxpayer decided to maintain excess reserves "in the event of an unforeseen economic catastrophe". It cannot later attempt to remove these reserves from tax liability simply because the unforeseen catastrophe did not materialize.

The case of *Ensité Ltd. v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 509 was distinguishable. But even if the test, applied therein, of whether assets were "risked or employed" in a business were to be applied herein, that test must necessarily be more flexible when that business is a life insurance fund. The risk structure in the insurance business is necessarily different than most businesses. While actuaries are able to prepare risk estimates, unforeseen events can occur which may result in claims exceeding even generous reserves.

The Court must deal with what the taxpayer actually did, and not what it might have done (*Bronfman Trust*). Where the taxpayer has made an educated business decision to retain assets in a taxable fund, the Court should not look back with the benefit of hindsight to effectively remove assets from that fund with retroactive effect in order to put the taxpayer in a more advantageous tax position.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian and British Insurance Companies Act, R.S.C. 1970, c. I-15, ss. 81(1),(7), 95(2), 97.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 129(1), (4), 149(1)(k),(3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Lutheran Life Insurance Society of Canada v. Canada, [1991] 2 C.T.C. 284; (1991), 91 DTC 5553; 47 F.T.R. 25 (F.C.T.D.); *McCutcheon Farms Ltd. v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 50; (1991), 91 DTC 5047; 40 F.T.R. 180 (F.C.T.D.).

fait qu'elle avait diminué ses risques. Elle ne peut maintenant essayer de revenir sur le passé et de réévaluer son obligation fiscale.

Même en acceptant que l'existence d'un excédent dans la caisse d'assurance-vie soulève une présomption réfutable selon laquelle l'actif est risqué ou employé dans l'entreprise, cette présomption n'a pas été réfutée en l'espèce. Bien que la preuve actuarielle puisse être utile, la contribuable a décidé de conserver des réserves excédentaires «pour se prémunir contre une catastrophe économique imprévue». Elle ne peut ultérieurement essayer de soustraire ces réserves à sa responsabilité fiscale simplement parce que la catastrophe imprévue ne s'est pas matérialisée.

L'arrêt *Ensité Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 509, peut être distingué de l'espèce. Mais même si le critère visant à déterminer si les biens sont «risqués ou employés» dans une entreprise devait être appliqué à l'espèce, ce critère doit nécessairement être plus souple lorsque l'entreprise visée est une caisse d'assurance-vie. L'assurance est une entreprise qui présente obligatoirement des risques différents de ceux de la plupart des autres entreprises. Bien que les actuaires puissent donner des estimations sur le risque, des imprévus peuvent survenir et dépasser même les réserves les plus généreuses.

La Cour doit tenir compte de ce que la contribuable a réellement fait et non pas de ce qu'elle aurait pu faire (*Bronfman Trust*). Lorsque la contribuable prend une décision de gestion éclairée en vue de conserver des biens dans une caisse imposable, la Cour ne doit pas profiter de l'avantage qu'elle a d'examiner cette décision en rétrospective pour retirer rétroactivement les biens de cette caisse afin de mettre la contribuable dans une position fiscale plus avantageuse que celle dans laquelle elle se trouve.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 129(1),(4), 149(1)(k),(3).
Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques, S.R.C. 1970, ch. I-15, art. 81(1),(7), 95(2), 97.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Lutheran Life Insurance Society of Canada c. Canada, [1991] 2 C.T.C. 284; (1991), 91 DTC 5553; 47 F.T.R. 25 (C.F. 1^{re} inst.); *McCutcheon Farms Ltd. c. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 50; (1991), 91 DTC 5047; 40 F.T.R. 180 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINGUISHED:

Bronfman Trust v. The Queen, [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134.

REFERRED TO:

Ensite Ltd. v. R., [1986] 2 S.C.R. 509; (1986), 33 D.L.R. (4th) 491; [1986] 2 C.T.C. 459; 86 DTC 6521; 70 N.R. 189; *R. v. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 F.C. 609; [1983] CTC 231; (1983), 83 DTC 5180; 48 N.R. 103 (C.A.); *Matheson, J A v The Queen*, [1974] CTC 186; (1974), 74 DTC 6176 (F.C.T.D).

APPEAL from a Tax Court of Canada decision ([1995] 2 C.T.C. 2671; (1995), 96 DTC 1722 (T.C.C.)) confirming the Minister's assessment including all of the investment income derived from assets contained within a "life insurance fund" when computing taxable income from a fraternal society's life insurance business. Appeal allowed.

COUNSEL:

Joseph Groia and Mark I. Jadd for appellant.
Luther P. Chambers, Q.C. for respondent.

SOLICITORS:

Heenan Blaikie, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DISTINCTION FAITE AVEC:

Bronfman Trust c. La Reine, [1987] 1 R.C.S. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134.

DÉCISIONS CITÉES:

Ensite Ltd. c. R., [1986] 2 R.C.S. 509; (1986), 33 D.L.R. (4th) 491; [1986] 2 C.T.C. 459; 86 DTC 6521; 70 N.R. 189; *R. c. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 C.F. 609; [1983] CTC 231; (1983), 83 DTC 5180; 48 N.R. 103 (C.A.); *Matheson, J A c La Reine*, [1974] CTC 186; (1974), 74 DTC 6176 (C.F. 1^{re} inst.).

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt ([1995] 2 C.T.C. 2671; (1995), 96 DTC 1722 (C.C.I.)) confirmant la nouvelle cotisation du ministre qui avait décidé d'inclure la totalité du revenu de placement tiré de l'actif d'une «caisse d'assurance-vie» dans le calcul du revenu imposable de l'entreprise d'assurance-vie d'une société de secours mutuels. Appel accueilli.

AVOCATS:

Joseph Groia et Mark I. Jadd pour l'appelante.
Luther P. Chambers, c.r. pour l'intimée.

PROCUREURS:

Heenan Blaikie, Toronto, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimée.

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

1 ROBERTSON J.A.: The appellant taxpayer is a fraternal benefit society incorporated under the provisions of the *Canadian and British Insurance Companies Act*, R.S.C. 1970, c. I-15 as amended (hereinafter the *Insurance Act*). Pursuant to paragraph 149(1)(k) and subsection 149(3) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] such entities are subject only to federal income tax on taxable income attributable to their life insurance business. Income derived from other sources is exempt. The principal issue raised in this appeal is whether all of the investment income derived from assets contained

1 LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: La contribuable appelante est une société de secours mutuels constituée en vertu des dispositions de la *Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques*, S.R.C. 1970, ch. I-15, et ses modifications (ci-après la *Loi sur les compagnies d'assurance*). Aux termes de l'alinéa 149(1)(k) et du paragraphe 149(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63], ces sociétés sont assujetties uniquement à l'impôt fédéral sur le revenu tiré de leurs opérations d'assurance-vie. Le revenu tiré d'autres sources est exonéré d'impôt. La question principale soulevée

within a "life insurance fund" (hereinafter the life fund) is to be included when computing taxable income from a fraternal society's life insurance business. Before the Minister of National Revenue and the Tax Court, the taxpayer argued that in cases where the assets in the life fund exceed what is necessary for purposes of the life insurance business, only the investment income earned on the necessary amounts should be treated as taxable income. Both the Minister and the Tax Court Judge rejected this argument. In my respectful opinion, the appeal from the decision of the Tax Court must be allowed. As that decision is now reported it is unnecessary to offer an exhaustive analysis of the facts as did the learned Tax Court Judge: see [1995] 2 C.T.C. 2671.

2 A fraternal benefit society offers its members a variety of benefits. In the present case the taxpayer maintains three funds from which it is able to cover the costs of same for members of ACTRA, the Alliance of Canadian Cinema Television and Radio Artists. The above-noted life fund is directed at providing life insurance benefits to members. A second fund provides for accident and sickness insurance benefits. The third fund is labelled the fraternal fund. It provides for a multitude of benefits ranging from alcohol and drug rehabilitation services to scholarships for members and their families.

3 As a result of various collective agreements, the taxpayer receives a percentage of income earned by its members from their employers or, as they are referred to in the entertainment business, "engagers". These engagers are also required to remit additional amounts on account of non-members. The taxpayer negotiated for such additional payments in order to ensure that it would not be less expensive for engagers to hire non-members. Such payments are partially refundable to non-members with the taxpayer retaining the remainder. Non-members in fact receive very few benefits.

dans le présent appel consiste à déterminer si la totalité du revenu de placements tiré de l'actif de la «caisse d'assurance-vie» (ci-après la caisse d'assurance-vie) doit être inclus dans le calcul du revenu imposable tiré de l'entreprise d'assurance-vie d'une société de secours mutuels. Devant le ministre du Revenu national et la Cour de l'impôt, la contribuable a fait valoir que dans les cas où l'actif de la caisse d'assurance-vie est supérieur à ce qui est nécessaire pour l'entreprise d'assurance-vie, seul le revenu de placements tiré des sommes nécessaires à ce type d'opérations doit être considéré comme un revenu imposable. Le ministre et le juge de la Cour de l'impôt ont tous deux rejeté cet argument. En toute déférence, je pense que l'appel de la décision de la Cour de l'impôt doit être accueilli. Étant donné que cette décision est maintenant publiée, il est inutile d'analyser les faits de façon exhaustive comme l'a fait le juge de la Cour de l'impôt: voir [1995] 2 C.T.C. 2671.

2 Une société de secours mutuels offre à ses membres divers types de prestations. En l'espèce, la contribuable a établi trois caisses qui lui permettent de couvrir les frais de ces prestations pour les membres de l'ACTRA, qui est un acronyme de l'Alliance of Canadian Cinema Television and Radio Artists. Les prestations d'assurance-vie versées à ses membres proviennent de la caisse d'assurance-vie. Une deuxième caisse sert à payer les prestations d'assurance en cas d'accident et de maladie. La troisième caisse est la caisse de secours mutuels, qui offre une multitude d'avantages, allant de services de réadaptation pour les alcooliques et les toxicomanes à l'octroi de bourses pour les membres et leur famille.

3 Dans le cadre de diverses conventions collectives, la contribuable reçoit un pourcentage des honoraires de ses membres qui leur sont versés par leurs employeurs. Ceux-ci sont également tenus de remettre des sommes additionnelles pour le compte des non-membres. La contribuable a négocié le montant de ces sommes additionnelles de façon à s'assurer qu'il n'en coûte pas moins cher à un employeur d'engager des non-membres. Ces sommes sont remboursées en partie aux non-membres et la contribuable conserve le reste. Les non-membres reçoivent en fait très peu d'avantages.

4 Over time, some of the monies received on account of non-members found its way into the life fund. In addition to the amounts transferred to the life fund on account of non-member contributions, this so-called surplus generated significant investment income resulting in a "surplus" of approximately \$3.6 million in the life fund at the end of 1987.

5 For its 1980 to 1987 taxation years inclusive, the taxpayer computed its investment income from the life insurance business on the basis of a formula devised by the taxpayer's then auditor, Roger Gauvin. This formula was set out in a letter written by Mr. Gauvin and sent to officials with the Department of National Revenue in 1981. At no time did the Department take objection to the Gauvin formula even though it resulted in a nominal tax liability on the part of the taxpayer. At the same time as the taxpayer was submitting tax returns and calculating investment income with respect to its life fund on the basis of the Gauvin formula, the taxpayer was submitting financial statements to the Office of the Superintendent of Financial Institutions (hereinafter the Superintendent of Insurance). The latter financial statements reflected all of the investment income earned by the assets held in the life fund. For example, in 1985 the taxpayer reported investment income of \$335,000 to the Superintendent of Insurance. That amount reflected, in part, investment income earned from surplus amounts attributable to contributions from non-members deposited in the life fund. By comparison, in filing its 1985 tax return the taxpayer reported investment income of \$8,500 pursuant to the Gauvin formula. The Minister now seeks to add the difference between the two amounts of investment income to the taxpayer's liability for each of the taxation years in question.

6 In 1987 the taxpayer retained Coopers & Lybrand to act as the former's auditor. Acting on the auditor's behalf, A. E. John Thompson undertook a review of the taxpayer's accounting methods. Mr.

4 Au fil des ans, certaines des sommes payées pour le compte des non-membres ont été versées dans la caisse. Outre les sommes transférées dans la caisse d'assurance-vie au titre des cotisations des non-membres, ce présumé excédent a généré d'importants revenus de placements qui ont porté l'«excédent» de la caisse à environ 3,6 millions de dollars à la fin de 1987.

5 Pour les années d'imposition 1980 à 1987 inclusivement, la contribuable a calculé son revenu de placement tiré de ses opérations d'assurance-vie en s'appuyant sur une formule élaborée par son vérificateur de l'époque, Roger Gauvin. Cette formule a été expliquée dans une lettre que M. Gauvin a adressée aux responsables du ministère du Revenu national en 1981. Le Ministère ne s'est jamais opposé à la formule Gauvin, même si celle-ci réduisait presque à néant la responsabilité fiscale de la contribuable. En même temps qu'elle produisait ses déclarations de revenus et calculait son revenu de placements tiré de la caisse d'assurance-vie d'après la formule Gauvin, la contribuable faisait également parvenir ses états financiers au Bureau du surintendant des institutions financières (ci-après le surintendant des assurances). Les états financiers de la contribuable faisaient état de l'ensemble des revenus de placements tiré de l'actif détenu dans la caisse d'assurance-vie. Par exemple, en 1985, la contribuable a déclaré un revenu de placements de 335 000 \$ au surintendant des assurances. Ce montant comprenait, en partie, des revenus de placements provenant de l'excédent attribuable aux cotisations versées par les non-membres dans la caisse d'assurance-vie. Par comparaison, dans sa déclaration de revenus pour 1985, la contribuable avait déclaré des revenus de placements de 8 500 \$, toujours selon la formule Gauvin. Le ministre demande maintenant que la différence entre les deux montants de revenus de placements soit ajoutée à l'obligation fiscale de la contribuable pour chacune des années d'imposition en question.

6 En 1987, la contribuable a retenu les services de Coopers & Lybrand pour fins de vérification. Agissant pour le compte du vérificateur, A. E. John Thompson a entrepris un examen des méthodes

Thompson concluded that the Gauvin formula did not provide the truest picture of the appellant's life insurance business in that it underreported investment income. He also concluded that the investment income being reported to the Superintendent of Insurance was based on assets far in excess of what the life insurance operation required. Mr. Thompson proposed that the appellant adopt a new method for calculating investment income, the investment base method. Under this method the taxpayer's investment income, for example, for the 1985 taxation year increased from \$8,500 to \$74,000. The adoption of the Thompson formula had the immediate effect of increasing the taxpayer's tax liability not only with respect to the 1988 and subsequent taxation years but also for the preceding years.

comptables de la contribuable. M. Thompson a conclu que la formule Gauvin ne donnait pas l'image la plus fidèle des opérations d'assurance-vie de l'appelante étant donné qu'elle sous-estimait les revenus de placements. Il a également conclu que le revenu de placements déclaré au surintendant des assurances se fondait sur un actif de beaucoup supérieur à ce qu'exigeaient les opérations d'assurance-vie. M. Thompson a proposé à l'appelante d'adopter une nouvelle méthode de calcul de son revenu de placements, c'est-à-dire la méthode de base. En vertu de cette méthode, le revenu de placements de la contribuable pour l'année d'imposition 1985, par exemple, est passé de 8 500 \$ à 74 000 \$. L'adoption de la formule Thompson a eu pour effet immédiat d'augmenter l'obligation fiscale de la contribuable non seulement pour 1988 et les années d'imposition ultérieures, mais aussi pour les années antérieures.

7 In undertaking the review, Mr. Thompson retained the services of an actuary to determine the amount that was actually necessary to support the life insurance business and to recommend to the appellant the amount which could be prudently transferred out of the life insurance fund. Of the approximately \$3.6 million held in the life fund as of 1987, it was determined that approximately \$2.6 million was unnecessary to the operation of the life insurance business. Of the \$1 million remaining in the life fund, approximately \$350,000 represented a special allocation (the minimum surplus amount) to protect against the unknown risk of AIDS-related deaths. Before transferring the \$2.6 million out of the life fund, the taxpayer consulted with the Superintendent of Insurance who, on the basis of the actuarial evidence presented, voiced no objection to the proposed transfer.

Pour les fins de son examen, M. Thompson a retenu les services d'un actuaire afin de déterminer le montant réellement nécessaire aux opérations d'assurance-vie et recommander à l'appelante les sommes qui pourraient sans risque être retirées de la caisse d'assurance-vie. Sur les quelque 3,6 millions de dollars détenus dans la caisse en 1987, on a conclu qu'environ 2,6 millions de dollars n'étaient pas nécessaires aux fins de l'entreprise d'assurance-vie. Sur l'actif restant de 1 million de dollars, environ 350 000 \$ représentaient une affectation spéciale (l'excédent minimum) servant de protection contre le risque inconnu que présentait le SIDA. Avant de retirer les 2,6 millions de dollars de la caisse, la contribuable a consulté le surintendant des assurances qui, en s'appuyant sur la preuve actuarielle fournie, n'a formulé aucune objection concernant le transfert proposé.

8 The taxpayer accepted Mr. Thompson's proposed method of calculating investment income and on its own initiative raised the matter with officials at the Department of National Revenue in 1988. In acknowledging that it had underreported investment income for the 1985, 1986 and 1987 taxation years (and inferentially the 1984 taxation year), the taxpayer agreed that it would have to pay additional

La contribuable a accepté la méthode proposée par M. Thompson pour calculer son revenu de placements et, de sa propre initiative, s'est adressée aux responsables du ministère du Revenu national en 1988 pour la faire valider. En reconnaissant qu'elle avait déclaré pour les années d'imposition 1985, 1986 et 1987 (et par inférence pour 1984) des revenus de placements inférieurs aux revenus réels, la

taxes in the vicinity of \$80,000 based on the Thompson formula. A field auditor with the Department recommended accepting both the taxpayer's proposal to transfer the funds out of the life fund and the Thompson formula for calculating investment income. Initially, therefore, the Minister agreed that the assets found within the life fund during the period 1985 to 1987 did not accurately or reasonably represent those related to the life insurance business. However, the matter was referred to the Tax Avoidance and Audit Applications Division of the Department. Ultimately, it was decided that the taxpayer's proposal should be rejected. Accordingly, the Minister reassessed the taxpayer for the 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years on the basis that all of the investment income earned from the assets held in the life fund in each of those taxation years was to be included in computing the taxpayer's income from its life insurance business. In support of its position the Minister relied on a recent decision of the Federal Court Trial Division, a case which the field auditor felt could be distinguished easily: *Lutheran Life Insurance Society of Canada v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284.

contribuable a accepté de payer des impôts additionnels de l'ordre de 80 000 \$, en se fondant sur la formule Thompson. Un vérificateur local du Ministère a recommandé d'accepter la proposition de la contribuable à la fois pour le retrait des fonds de la caisse d'assurance-vie et la formule Thompson pour calculer le revenu de placements. Initialement, donc, le ministre a accepté que l'actif se trouvant dans la caisse d'assurance-vie au cours des années 1985 à 1987 ne représentait pas de façon exacte ou raisonnable l'actif lié aux opérations d'assurance-vie. Toutefois, la question a été transmise à la Division de l'évitement fiscal et des demandes de vérification du Ministère. Finalement, il a été décidé que la proposition de la contribuable devait être rejetée. Par conséquent, le ministre a établi une nouvelle cotisation pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987 de la contribuable au motif que la totalité du revenu de placements tiré de l'actif de la caisse d'assurance-vie pour chacune de ces années d'imposition devait être inclus dans le calcul du revenu que la contribuable tirait de ses opérations d'assurance-vie. À l'appui de sa position, le ministre s'est fondé sur une décision récente de la Section de première instance de la Cour fédérale, mais, d'après le vérificateur local, on peut facilement établir une distinction avec cette décision: *Lutheran Life Insurance Society of Canada c. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284.

9 The Tax Court Judge made two critical findings. First, he concluded that for purposes of the *Income Tax Act* the assets necessary for the taxpayer to carry on its life insurance business are those which the taxpayer determines should be in the fund at any one time. In other words, it is simply a business decision to be made by the taxpayer subject to any direction that might be made by the Superintendent of Insurance. Second, as long as assets remain in the life fund they are affixed with a "statutory condition or charge" pursuant to subsection 81(1) of the Insurance Act. In the opinion of the Tax Court Judge that subsection makes all of the assets in the life fund a constituent part of the taxpayer's life insurance business. Alternatively expressed, subsection 81(1) was held to have the effect of "lock[ing] the investment income producing assets in a fund like the life fund into a fundamental purpose of a life insurance

9 Le juge de la Cour de l'impôt a tiré deux conclusions essentielles. Premièrement, il a statué que, pour les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'actif nécessaire aux opérations d'assurance-vie de la contribuable est celui qui, d'après la contribuable, devrait se trouver dans la caisse à n'importe quel moment. Autrement dit, il s'agit simplement d'une décision de gestion qu'il incombe à la contribuable de prendre, sous réserve de toute directive que peut lui donner le surintendant des assurances. Deuxièmement, tant et aussi longtemps que l'actif demeure dans la caisse, il est assujéti à une «condition ou une exigence [*charge*] légale» aux termes du paragraphe 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance. De l'avis du juge de la Cour de l'impôt, l'effet de cette disposition est que l'actif de la caisse d'assurance-vie fait intégralement partie de l'entreprise d'assurance-vie de la contribuable. Autrement

business, the payment of claims” (reasons, at page 2686). Subsection 81(1) reads as follows:

81. (1) Subject to subsection (2), where any company, in the exercise of its powers, combines such business with other classes of insurance business, it shall maintain separate and distinct accounts, funds and securities in respect of its life insurance business, and such funds and securities shall be available only for the protection of the holders of its policies of life insurance, and shall not be liable for the payment of claims arising from the other class or classes of business that the company transacts.

dit, l'effet du paragraphe 81(1) est «de bloquer les actifs producteurs du revenu de placements dans une caisse comme la caisse d'assurance-vie, et ce, aux fins fondamentales de l'entreprise d'assurance-vie, à savoir le règlement des sinistres» (motifs, à la page 2686). Le paragraphe 81(1) est formulé dans les termes suivants:

81. (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsqu'une compagnie combine dans l'exercice de ses pouvoirs, ces opérations avec celles d'autres classes d'opérations d'assurance, elle doit tenir des comptes, des caisses et des garanties séparés et distincts à l'égard de ses opérations d'assurance-vie, et ces caisses et garanties doivent servir uniquement à la protection des porteurs de ses polices d'assurance-vie et ne garantir aucunement le paiement de réclamations provenant d'une autre classe ou d'autres classes d'opérations faites par la compagnie.

10 Having decided that all of the investment income derived from the assets of the life fund were to be treated as taxable income for the taxation years in question, the Tax Court Judge went on to conclude that it was unnecessary to deal with the jurisprudence outlining the tests to be applied when determining whether certain property or assets are used or held by a corporation in the course of carrying on a business. Specifically the taxpayer relied on the decision of the Supreme Court of Canada in *Ensite Ltd. v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 509 and the judgment of this Court in *R. v. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 F.C. 609 (C.A.).

10 Ayant décidé que la totalité du revenu de placements tiré de l'actif de la caisse d'assurance-vie devait être considérée comme un revenu imposable pour les années d'imposition en question, le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la jurisprudence énonçant les critères à appliquer pour déterminer s'il s'agit du revenu tiré d'un bien dont la corporation a eu la possession ou l'usage aux fins de l'exploitation de l'entreprise. Plus précisément, la contribuable s'est appuyée sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Ensite Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 509, et sur le jugement de la présente Cour dans *R. c. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 C.F. 609 (C.A.).

11 I pause here to note that the test outlined in the two cases noted above is expressed in terms of whether property is “employed and risked in the business”. In turn, for a property to be so employed and risked it is generally accepted that it must be integral to the continued operation of the business in question. For purposes of deciding this appeal, and for reasons which will be made evident, I shall continue to pursue the principal issue as stated at the outset in terms of whether all of the assets in the life fund were “necessary” to the taxpayer's life insurance business.

11 Je fais une digression ici pour faire observer que le critère énoncé dans les deux arrêts précités vise à déterminer si les biens «sont utilisés et risqués dans l'entreprise». En retour, pour que le bien soit utilisé et risqué, il est généralement accepté qu'il doit faire intégralement partie de l'opération continue de l'entreprise en question. Pour les fins du présent appel, et pour des raisons qui deviendront évidentes, je continuerai de traiter de la question principale comme elle a été énoncée au début des présents motifs, savoir si la totalité de l'actif de la caisse d'assurance-vie était «nécessaire» à l'entreprise d'assurance-vie de la contribuable.

12 In my respectful opinion, the learned Tax Court Judge erred in his findings. My analysis begins with

12 En toute déférence, je suis d'avis que le juge de la Cour de l'impôt a tiré des conclusions entachées

a consideration of the effect of subsection 81(1) of the Insurance Act.

d'erreurs. Je commencerai mon analyse en examinant l'effet du paragraphe 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance.

13 At the outset of the oral hearing, this Court expressed the view to counsel for the parties that regardless of what may be the true legal effect of subsection 81(1) of the Insurance Act it could not by any stretch of the imagination be deemed to impose a charge on assets contained within the life fund. Not even the most liberal of readings of that subsection could support such a position and I do not think that the Tax Court Judge intended to use the word "charge" as a term of art. In short, this is not a case where it is appropriate to introduce principles of real or personal property security law in order to resolve a tax issue. It is sufficient to speak of subsection 81(1) in terms of imposing a statutory condition or directive. The proper true question is whether that provision has the legal effect of "locking in" all of the assets held in the life fund as determined by the Tax Court Judge. The Minister recasts the question in terms of the allegation that a fraternal benefit society can only withdraw funds from a life fund with the approval of the Superintendent of Insurance and, therefore, until such time as permission is granted all of the assets must be deemed to be necessary to the life insurance business. In my opinion, subsection 81(1) cannot be construed in the manner advocated.

À l'ouverture de l'audience, la Cour a informé les 13
avocats des parties qu'à son avis, abstraction faite de ce que pouvait être le véritable effet juridique du paragraphe 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance, celui-ci ne pouvait en aucun cas être réputé imposer une charge sur l'actif conservé dans la caisse d'assurance-vie. Même l'interprétation la plus libérale de ce paragraphe ne peut appuyer une telle position et je ne crois pas que le juge de la Cour de l'impôt ait eu l'intention d'utiliser le terme anglais «charge» dans un sens technique. Bref, il ne s'agit pas d'un cas où il est approprié d'introduire des principes de droit associés aux garanties consenties sur des biens meubles et immeubles afin de trancher des questions d'ordre fiscal. Il suffira de dire que le paragraphe 81(1) impose une condition ou une directive légale. La véritable question est de savoir si cette disposition a pour effet juridique «de bloquer» la totalité de l'actif détenu dans la caisse d'assurance-vie comme l'a conclu le juge de la Cour de l'impôt. Le ministre a reformulé la question en alléguant qu'une société de secours mutuels ne peut retirer des fonds d'une caisse d'assurance-vie qu'avec l'approbation du surintendant des assurances et, par conséquent, tant que cette autorisation n'est pas accordée, la totalité des fonds doit être considérée comme étant nécessaire à l'entreprise d'assurance-vie. À mon avis, le paragraphe 81(1) ne peut être interprété de la façon proposée.

14 First, where a restriction on the transfer of funds is intended the Insurance Act clearly sets out the restriction. One need go no further than subsection 81(7) which restricts the transfer of segregated funds (e.g. RRSP monies) without the consent of the Superintendent. No similar provision exists for the transfer of unsegregated amounts in the life fund to other funds. Second, with respect to fraternal benefit societies the Superintendent merely requires a declaration from the society's actuary that the assets of each fund are sufficient to provide for the payment of all of the obligations of the fund without deductions or abatement. This is provided for in subsec-

Tout d'abord, lorsqu'une restriction au transfert de 14
fonds s'applique, la Loi sur les compagnies d'assurance énonce clairement cette restriction. Il suffit pour s'en convaincre de lire le paragraphe 81(7) qui restreint le transfert de fonds distincts (par exemple, les fonds provenant des REER) sans le consentement du surintendant. Aucune disposition semblable n'existe pour le transfert de sommes non distinctes conservées dans la caisse d'assurance-vie à d'autres caisses. Deuxièmement, pour ce qui a trait aux sociétés de secours mutuels, le surintendant exige simplement une déclaration de l'actuaire de la société attestant que l'actif de chaque caisse est suffi-

tion 95(2). Third, and furthermore, section 97 outlines the manner in which the Superintendent is to respond to a society which has unwisely transferred monies out of any one fund. Where it appears to the Superintendent that the assets in a fund are insufficient a special report is to be forwarded to the Minister who is entitled to request the society to make good the deficiency within a period not exceeding four years. A failure to comply results in forfeiture of status as a fraternal benefit society. This is a convenient place to reproduce subsections 81(7), 95(2) and section 97 of the Insurance Act:

81. . . .

(7) Where a separate and distinct fund with separate assets is maintained pursuant to subsection (6), the assets of the fund so maintained shall be available only to meet the liabilities arising under policies in respect of which the fund is maintained, except that

(a) amounts transferred to the separate and distinct fund from another fund of the company may, subject to the approval of the Superintendent, be withdrawn from the separate and distinct fund and transferred to such other fund as the directors may determine; and

(b) any assets remaining in the separate and distinct fund after the discharge of all of the company's liabilities in respect of the policies for which the fund is maintained, may be transferred to such other fund as the directors may determine.

[A subsequent amendment to this subsection appears to eliminate the requirement that amounts transferred be approved by the Superintendent.]

. . .

95. . . .

(2) Such report shall include a declaration by the actuary that in his opinion the assets of the society applicable to each fund, taken at the value accepted by the Superintendent, together with the premiums, dues and other contributions to be thereafter received from the members according to the scale in force at the date of the valuation, are sufficient to provide for the payment at maturity of all the obligations of the fund without deductions or abatement.

. . .

sant pour garantir le paiement de toutes les obligations de la caisse sans déduction ni réduction. C'est ce que prévoit le paragraphe 95(2). Troisièmement, l'article 97 énonce de plus la façon dont le surintendant doit répondre à une société qui a imprudemment retiré une partie de l'actif de la caisse. Lorsque le surintendant est d'avis que l'actif de la caisse est insuffisant, un rapport spécial doit être envoyé au ministre qui est en droit de demander à la société de combler le déficit dans une période ne dépassant pas quatre ans. Si la société ne se conforme pas à la demande dans ce délai, son certificat d'enregistrement peut lui être retiré. Il convient ici de reproduire les paragraphes 81(7) et 95(2) et l'article 97 de la Loi sur les compagnies d'assurance:

81. . . .

(7) Lorsqu'une caisse séparée et distincte, ayant un actif particulier, est maintenue en conformité du paragraphe (6), l'actif de la caisse ainsi maintenue ne doit être disponible que pour satisfaire aux engagements qui découlent des polices à l'égard desquelles la caisse est maintenue, sauf que

a) les montants transférés d'une autre caisse de la compagnie à la caisse séparée et distincte peuvent, sous réserve de l'approbation du surintendant, être retirés de la caisse séparée et distincte et transférés à telle autre caisse que déterminent les administrateurs; et

b) tout actif restant dans la caisse distincte et séparée, après l'acquittement de tous les engagements de la compagnie à l'égard des polices, pour lesquelles la caisse est maintenue, peut être transféré à telle autre caisse que déterminent les administrateurs.

[Une modification apportée ultérieurement à cette disposition semble supprimer l'obligation de faire approuver le transfert des sommes par le surintendant.]

. . .

95. . . .

(2) Ce rapport doit contenir une déclaration dudit actuaire portant que, à son avis, l'actif que la société peut affecter à chaque caisse, évalué selon une estimation agréée du surintendant, est suffisant, en y ajoutant les primes, sommes dues et autres contributions à recevoir ultérieurement des membres, selon les taux en vigueur à la date de ladite évaluation, pour garantir le paiement à échéance de tous les engagements de la caisse, sans déduction ni réduction.

. . .

97. (1) Where it appears to the Superintendent, from the annual statement filed with him or from any examination or valuation made in pursuance of this Act, that the assets of any fraternal benefit society registered under this Act, or of any benefit fund thereof, are insufficient to provide for the maturity of its policies without deduction or abatement or without increase of premiums or additional premiums, he shall make a special report to the Minister on the condition of the society and shall in such report state the amount of the deficiency in the society's assets, shown by the annual statement or by any examination or valuation made as aforesaid; but, before so reporting to the Minister, the Superintendent may make a special valuation of the liabilities of the society under the said policies.

(2) Where the Minister after consideration of the special report concurs in the opinion of the Superintendent, he shall request the society within such time, not exceeding four years, as he may prescribe, to make good the deficiency.

(3) Where the society does not within the time so prescribed comply with the request of the Minister, the certificate of registry of the society may be withdrawn.

15 Reading the provisions of the Insurance Act collectively it is apparent that a decision to transfer assets out of a fund at any one time is a matter of judgment within the discretion of the fraternal society. No prior approval by the Superintendent is required as submitted by the Minister. This conclusion is reinforced by the reasons of MacKay J. in *Lutheran Life, supra*, which outline the true purpose of subsection 81(1) (at page 296):

Subsection 81(1) directs that a society combining operations of a life insurance business and another insurance business shall maintain separate accounts for its life insurance business, and funds and securities held in those accounts are to be available only for the protection of life insurance policy holders and are not liable for claims arising from other insurance operations carried on by the Society.

16 In concluding that subsection 81(1) does not have the legal effect imputed by the Tax Court Judge and the Minister, it remains to be decided whether the fact that the taxpayer elected not to withdraw surplus monies out of the life fund until 1988 is deter-

97. (1) S'il apparaît au surintendant, d'après l'état annuel qui lui a été remis, ou d'après un examen ou une évaluation faite en conformité de la présente loi, que l'actif d'une société de secours mutuels enregistrée sous le régime de la présente loi, ou de l'une de ses caisses de prestations, ne suffit pas à assurer le paiement à échéance de ses polices, sans déduction ou réduction, ou sans une augmentation des primes ou sans surprimes, le surintendant doit adresser au Ministre un rapport spécial sur la situation de la société et indiquer dans ce rapport le montant qui manque à l'actif de la société et que révèle l'état annuel ou un examen ou une évaluation opéré comme il est susdit. Le surintendant peut, toutefois, avant de faire ainsi rapport au Ministre, procéder à une évaluation spéciale des engagements de la société aux termes desdites polices.

(2) Si, après avoir pris ledit rapport en considération, le Ministre partage l'opinion du surintendant, il doit demander que, dans le délai qu'il peut prescrire, soit quatre années au maximum, la société comble le déficit.

(3) Si la société ne se conforme pas à la requête du Ministre dans le délai prescrit, son certificat d'enregistrement peut être retiré.

15 Il ressort des dispositions de la Loi sur les compagnies d'assurance, dans leur ensemble, collectivement, que la décision de transférer des fonds en dehors d'une caisse à n'importe quel moment est une question de jugement qui relève du pouvoir discrétionnaire de la société de secours mutuels. Aucune approbation préalable n'est requise du surintendant, comme le prétend le ministre. Cette conclusion est renforcée par les motifs du juge MacKay dans la décision *Lutheran Life*, précitée, qui énonce le véritable objet du paragraphe 81(1) (à la page 296):

Le paragraphe 81(1), oblige une société qui combine des opérations d'assurance-vie et d'autres opérations d'assurance à tenir des comptes distincts pour ses opérations d'assurance-vie; les caisses et les garanties détenues dans ces comptes doivent servir uniquement à la protection des détenteurs des polices d'assurance-vie et ne garantir aucunement le paiement de réclamations provenant d'autres opérations d'assurance exploitées par la société.

16 Une fois qu'on a conclu que le paragraphe 81(1) n'a pas l'effet juridique que lui prêtent le juge de la Cour de l'impôt et le ministre, il reste à déterminer si le fait que la contribuable a choisi de ne pas retirer l'excédent de la caisse d'assurance-vie avant

minative of the outcome of this appeal. In my respectful opinion it is not.

1988 décide de l'issue du présent appel. En toute déférence, je ne crois pas que ce soit le cas.

17 As I understand it, the Minister's alternative submission before both the Tax Court and this Court is that all of the assets retained within the life fund were committed to and employed in carrying on the taxpayer's life insurance business and, therefore, were "risky" in that business. In the opinion of the Minister, this is so because the taxpayer permitted the assets to remain in the fund as a matter of business judgment. Specifically it is argued that the decision not to withdraw surplus monies from the life fund was based on concern over the possibility of AIDS-related claims. I shall turn to the AIDS issue first.

D'après mon interprétation, l'argument subsidiaire que le ministre a formulé tant devant la Cour de l'impôt que devant la présente Cour suppose que la totalité de l'actif conservé dans la caisse d'assurance-vie a été engagé et employé aux fins des opérations d'assurance-vie de la contribuable et donc qu'il était «risqué» dans l'entreprise. De l'avis du ministre, il en est ainsi parce que la contribuable a pris une décision de gestion, celle de conserver l'actif dans la caisse. Plus précisément, on fait valoir que la décision de ne pas retirer l'excédent de la caisse d'assurance-vie se fondait sur l'inquiétude que posait l'augmentation possible des réclamations attribuables au SIDA. J'aborderai tout d'abord la question du SIDA.

18 The taxpayer counters the above argument by maintaining that it did not turn its mind to the growing surplus in the life fund until 1988 when concerns were first expressed about the possibility of increased life insurance claims arising from the spread of AIDS. The taxpayer acknowledges that an additional \$350,000 was set aside in 1988 to cover this extraordinary contingency. With respect to the Minister's allegation that the AIDS concern was a factor with respect to all of the taxation years in question and not just in 1988, the taxpayer points out that in 1985 the threat of AIDS had not even been recognized or fully appreciated.

La contribuable conteste l'argument précité en faisant valoir qu'elle ne s'est pas préoccupée de l'accroissement graduel de l'excédent dans la caisse d'assurance-vie avant 1988, quand des préoccupations ont été exprimées pour la première fois au sujet d'une augmentation possible des réclamations d'assurance-vie découlant de la propagation du SIDA. La contribuable reconnaît qu'une somme additionnelle de 350 000 \$ a été affectée en 1988 pour prévoir cette éventualité extraordinaire. En réponse à l'allégation du ministre selon laquelle les préoccupations au sujet du SIDA ont été un facteur pertinent pendant toutes les années d'imposition en question et non simplement en 1988, la contribuable signale qu'en 1985 la menace que représentait le SIDA n'avait même pas encore été reconnue ni pleinement évaluée.

19 In my opinion, the evidence clearly supports the position of the taxpayer. Both the documentary evidence and transcript reveal that the taxpayer's concern over the effect on its insurance business of the spread of AIDS did not surface until 1988 and not in the earlier taxation years: see Appeal Book, Vol. III, at page 390 and Appeal Book, Vol. II of Appendix, at page 294. The sole passage referred to us by counsel for the Minister cannot be construed as a contrary admission: see Appeal Book, Vol. II,

À mon avis, la preuve appuie manifestement la position de la contribuable. La preuve documentaire et la transcription révèlent que les préoccupations de la contribuable concernant l'effet qu'aurait la propagation du SIDA sur ses opérations d'assurance-vie n'ont pas été exprimées avant 1988 et certainement pas dans les années d'imposition antérieures: voir le dossier d'appel, vol. III, à la page 390 et vol. II de l'annexe, à la page 294. Le seul passage qui nous a été cité par l'avocat du ministre ne peut être inter-

at pages 300-301.

prété comme un aveu contraire: voir le dossier d'appel, vol. II, aux pages 300 et 301.

20 Even if I were to come to a different conclusion on the AIDS issue, the question would remain whether the decision of the taxpayer not to withdraw monies from the life fund is determinative of the issue as to whether all of the assets were necessary for purposes of carrying on the taxpayer's life insurance business. In my opinion, the answer to that question must be framed in the negative.

Même si je devais en venir à une conclusion 20
différente au sujet du SIDA, la question demeure de savoir si la décision de la contribuable de ne pas retirer une partie de l'actif de la caisse d'assurance-vie règle définitivement la question de savoir si la totalité de l'actif était nécessaire pour les opérations d'assurance-vie de la contribuable. À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative.

21 I am prepared to accept that it would have been open to the Tax Court Judge to draw an inference from the fact that the taxpayer was content to leave all of the monies in the life fund until 1988. The inference would be that monies or assets left in the life fund are necessary for purposes of the taxpayer's life insurance business. I would also be prepared to accept that a similar inference could be drawn from the fact that the financial statements submitted to the Superintendent of Insurance declare all of the investment income as related to the life fund. However, this is not the stance adopted by the Minister who argues *simpliciter* that the business decision not to remove assets from the life fund is determinative of the principal issue raised on the appeal.

Je suis disposé à accepter qu'il aurait été loisible 21
au juge de la Cour de l'impôt de tirer une inférence du fait que la contribuable s'est contentée de laisser la totalité de l'actif dans la caisse d'assurance-vie jusqu'en 1988. Il aurait en effet pu en déduire que l'actif laissé dans la caisse était nécessaire aux fins des opérations d'assurance-vie de la contribuable. Je serais également disposé à accepter qu'une inférence semblable aurait pu être tirée du fait que les états financiers fournis au surintendant des assurances déclaraient que la totalité des revenus de placements étaient rattachés à la caisse d'assurance-vie. Toutefois, ce n'est pas la position qu'a adoptée le ministre qui fait tout simplement valoir que la décision de gestion de ne pas retirer une partie de l'actif de la caisse d'assurance-vie règle la question principale soulevée en appel.

22 In effect, the Minister's argument hinges on the understanding that the sole basis for determining whether monies are necessary, that is to say risked and employed in the life insurance business, is to look at what the taxpayer did and not what it might have done. Both the Tax Court Judge and the Minister rely on a passage from *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, at page 55, in which Dickson C.J. states that "the courts must deal with what the taxpayer actually did, and not what he might have done".

En fait, l'argument du ministre repose sur l'hypo- 22
thèse selon laquelle le seul fondement pour déterminer si les fonds sont nécessaires, c'est-à-dire risqués et employés dans les opérations d'assurance-vie, consiste à examiner ce que la contribuable a fait et non pas ce qu'elle aurait pu faire. Tant le juge de la Cour de l'impôt que le ministre se sont appuyés sur un passage de l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, à la page 55, dans lequel le juge en chef Dickson déclare que «les tribunaux doivent tenir compte de ce que le contribuable a réellement fait et non pas de ce qu'il aurait pu faire».

23 In my respectful opinion, the comments of Dickson C.J. in *Bronfman* are inapplicable to the present case for the reason that the former Chief Justice's remarks are cited out of context. In

En toute déférence, les observations formulées par 23
le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman* sont inapplicables en l'espèce pour la simple raison que ces observations sont citées hors contexte. Dans

Bronfman the taxpayer was seeking to deduct interest payments on a loan, the proceeds of which were used to make a capital allocation to a beneficiary under a trust. The trustees argued that had they sold off some of the trust's assets to make the allocation and then turned around and repurchased the assets with a bank loan, the trust would have been entitled to deduct the interest payments on the loan. Therefore, the trustees maintained that the trust should be entitled to deduct the interest payments even if the trustees did not go so far as to structure the transaction in a manner which would allow for the deduction of interest. It is to this context that Dickson C.J. directed his remarks.

24 In my opinion, the comments of the former Chief Justice have no application to cases such as the one under consideration. The question before this Court is not whether the taxpayer could have withdrawn the surplus assets so as to avoid investment income being attributed to the life insurance business. Clearly, the taxpayer could have done so. Rather the question is whether all of the assets in the life fund were necessary to the life insurance component of the taxpayer's business. The second question stands alone from the first.

25 I need go no further than two cases to find authority or support for the proposition that the conduct of, or business judgment exercised by, a taxpayer is not determinative of the issue of whether certain assets were necessary for purposes of carrying on a business. The first is a decision of Strayer J. (as he then was): *McCutcheon Farms Ltd. v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 50 (F.C.T.D.). The second is *Lutheran Life* referred to earlier in these reasons.

26 In *McCutcheon* the corporate taxpayer had received interest income with respect to substantial term deposits. The question to be decided was whether the interest income could be characterized as income from an active business. A positive response would have permitted the taxpayer to claim

l'arrêt *Bronfman*, le contribuable cherchait à déduire les paiements d'intérêt relatifs à un emprunt, dont le produit avait été utilisé pour faire des versements de capital à la bénéficiaire d'une fiducie. Les fiduciaires faisaient valoir que s'ils avaient vendu une partie de l'actif de la fiducie pour faire les versements et qu'ensuite ils avaient contracté un emprunt pour racheter l'actif ainsi liquidé, la fiducie aurait eu le droit de déduire l'intérêt payé sur l'emprunt. Par conséquent, les fiduciaires ont fait valoir que la fiducie devait avoir le droit de déduire l'intérêt même si l'opération n'avait pas été montée d'une façon permettant de déduire les intérêts. C'est dans ce contexte que s'appliquent les observations du juge en chef Dickson.

À mon avis, les observations de l'ancien juge en chef n'ont aucune application à des causes comme celle qui est à l'étude. La question dont est saisie la présente Cour n'est pas de savoir si la contribuable aurait pu retirer l'excédent de façon à éviter que le revenu de placements soit attribué aux opérations d'assurance-vie. Manifestement, la contribuable aurait pu agir de la sorte. La question est plutôt de savoir si la totalité de l'actif de la caisse d'assurance-vie est nécessaire à la composante assurance-vie de l'entreprise de la contribuable. Cette deuxième question est différente de la première.

Il suffira de citer deux décisions pour établir et appuyer la proposition selon laquelle la conduite d'un contribuable ou le jugement que celui-ci a exercé dans le cadre de sa gestion ne règle pas la question de savoir si une partie de l'actif était nécessaire aux fins de l'exploitation de l'entreprise. La première est une décision du juge Strayer (tel était alors son titre): *McCutcheon Farms Ltd. c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 50 (C.F. 1^{re} inst.). La deuxième est la décision *Lutheran Life* qui a déjà été mentionnée dans les présents motifs.

Dans la décision *McCutcheon*, la société contribuable avait touché un revenu d'intérêt provenant de dépôts à terme assez importants. La question à trancher était de savoir si le revenu d'intérêt pouvait être considéré comme un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement. Une réponse affirmative à cette

the “small business deduction” in respect thereof. Strayer J. concluded that since the taxpayer had never needed to redeem any of the term deposits in carrying on its business and had not provided sufficient evidence that even in times of emergency it would be required to do so the interest income could not be characterized as income from an active business.

27 In the present case, if I were to accept the Minister’s argument then I would also have to conclude that *McCutcheon* was wrongly decided on the basis that the corporate taxpayer’s decision to set aside certain funds in case of emergencies should have been determinative of the taxation issue. That is to say, one need go no further than the business decision taken by the taxpayer. In the end *McCutcheon* reaffirms the general understanding that the onus is on the taxpayer to establish what is or is not necessary for purposes of carrying on a business. On reflection it should be apparent that in effect the Minister is arguing for a subjective standard of “necessity” and not an objective one as established in *McCutcheon*. The objective standard was also applied by MacKay J. in *Lutheran Life*.

28 In *Lutheran Life* the taxpayer was a fraternal benefit society which extended life insurance, sickness and accident insurance, and certain fraternal benefits to its members. The society, however, only maintained one fund, a life fund. It argued that a portion of the assets that were credited to the life fund could be traced to contributions related to the fraternal operations of the society. Accordingly, the taxpayer argued that it was entitled to deduct from the investment income attributed to its life insurance business a portion of the investment income alleged to be attributable to the society’s fraternal assets. In its financial statements filed with the Superintendent of Insurance the taxpayer did not distinguish between investment income attributable to fraternal assets and investment income from the life insurance business. The distinction, however, was made in the income returns submitted to the Minister.

question aurait permis à la contribuable de réclamer la «déduction pour PME» applicable. Le juge Strayer a conclu que puisque la contribuable n’avait jamais eu besoin d’encaisser aucun des dépôts à terme pour mener à bien ses opérations et qu’elle n’avait pas fourni d’éléments de preuve suffisants pour démontrer que, même dans un cas d’urgence, elle serait obligée de le faire, le revenu d’intérêt ne pouvait être considéré comme un revenu tiré d’une entreprise exploitée activement.

27 En l’espèce, si j’acceptais l’argument du ministre, je devrais également conclure que l’affaire *McCutcheon* a été décidée de façon erronée au motif que la décision de la société contribuable de mettre de côté certains fonds en cas d’urgence aurait dû régler définitivement la question fiscale. Autrement dit, il n’est pas nécessaire de chercher plus loin que la décision de gestion prise par la contribuable. Au bout du compte, la décision *McCutcheon* réaffirme le principe général selon lequel il incombe au contribuable d’établir ce qui est ou non nécessaire pour exploiter son entreprise. À la réflexion, il est manifeste qu’en fait le ministre propose une norme suggestive de «nécessité» et non une norme objective comme celle qui a été établie dans *McCutcheon*. La norme objective a également été appliquée par le juge MacKay dans la décision *Lutheran Life*.

28 Dans la décision *Lutheran Life*, la contribuable était une société de secours mutuels qui offrait des prestations d’assurance-vie, d’assurance-accident et d’assurance-maladie, ainsi que certaines prestations de secours mutuels à ses membres. Toutefois, la société ne maintenait qu’une seule caisse, la caisse d’assurance-vie. Elle a fait valoir qu’une partie de l’actif de la caisse d’assurance-vie provenait de cotisations ayant trait aux opérations de secours mutuels de la société. Par conséquent, la contribuable soutenait qu’elle était en droit de déduire du revenu de placements rattaché à ses opérations d’assurance-vie une partie du revenu de placements qui, selon elle, était attribuable à l’actif de secours mutuels de la société. Dans ses états financiers déposés auprès du surintendant des assurances, la contribuable n’avait pas fait la distinction entre le revenu de placements produit par l’actif des secours mutuels

29 MacKay J. concluded that the Insurance Act did not impose an obligation on the taxpayer to establish a separate fund for fraternal activities. The failure to do so had the effect of placing the onus on the taxpayer to establish that the deduction from investment income of monies earned from assets for fraternal purposes other than insurance was not income from its life insurance business as reported. On the facts, MacKay J. concluded “that investment income attributable to fraternal activities other than insurance has not been proven for the purpose of exempting it from life insurance income subject to taxation” (at page 297).

30 In summary, neither subsection 81(1) of the Insurance Act nor the decision of the taxpayer not to withdraw assets out of the life fund is determinative of what assets are necessary for purposes of carrying on a life insurance business. The onus, however, rests on the taxpayer to establish what proportion of the investment income relates to the life insurance business. The fact that the taxpayer submitted financial documents to the Superintendent of Insurance allocating all of the investment income to the life fund and that the taxpayer declined to remove surplus assets from that fund are at best factors which support the inference that all of the assets held in the life fund were necessary for the life insurance operation. Such an inference, however, can be displaced by the taxpayer adducing persuasive evidence to the contrary.

31 At the hearing of the appeal a question was raised as to the appropriate remedy, as the Tax Court did not decide whether the taxpayer had met the onus of establishing that not all of the investment income was attributable to the life insurance business. Spe-

et le revenu de placements rattaché à ses opérations d'assurance-vie. Toutefois, la distinction avait été faite dans les déclarations de revenus produites auprès du ministre.

Le juge MacKay a conclu que la Loi sur les compagnies d'assurance n'imposait pas à la contribuable l'obligation d'établir une caisse distincte pour les activités de secours mutuels. L'omission de le faire avait cependant pour effet d'imposer à la contribuable le fardeau d'établir que la déduction d'une partie du revenu de placements généré par l'actif affecté aux activités de secours mutuels, autres que l'assurance, ne constituait pas un revenu tiré de ses opérations d'assurance-vie comme elle l'avait déclaré. D'après les faits, le juge MacKay a conclu «qu'on n'a pas établi qu'il y avait un revenu de placements attribuable aux activités de secours mutuels, autres que l'assurance, susceptible d'être défalqué du revenu d'assurance-vie assujetti à l'impôt» (à la page 297).

En résumé, ni le paragraphe 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance, ni la décision de la contribuable de ne pas retirer une partie de l'actif de la caisse d'assurance-vie ne règle la question de savoir quel actif est nécessaire aux fins des opérations d'assurance-vie. Toutefois, il incombe à la contribuable d'établir la proportion du revenu de placements qui se rattache à ses opérations d'assurance-vie. Le fait que la contribuable ait déposé des états financiers auprès du surintendant des assurances en attribuant la totalité du revenu de placements à la caisse d'assurance-vie et qu'elle ait refusé de retirer l'excédent de cette caisse sont, au mieux, des facteurs qui appuient l'inférence selon laquelle la totalité de l'actif détenu dans la caisse d'assurance-vie était nécessaire aux opérations d'assurance-vie. Toutefois, une telle inférence peut être réfutée si la contribuable produit des éléments de preuve convaincants à l'effet contraire.

À l'audition de l'appel, une question a été posée au sujet du redressement qui serait approprié, étant donné que le juge de la Cour de l'impôt n'a pas décidé si la contribuable s'était acquittée du fardeau d'établir que son revenu de placements n'était pas

cifically, the Tax Court Judge made no findings as to the validity of the Thompson formula and the allocations made by the taxpayer as outlined at pages 2680-2682 of the Tax Court Judge's decision. In my opinion, there is simply no need to remit the matter to the Tax Court Judge for further consideration. Let me explain.

32 From the outset and in the pleadings the Minister has taken the position that all of the investment income is taxable. Paragraph 14 of the Minister's reply to the taxpayer's notice of appeal makes this clear (Appeal Book, Vol. I, at page 14):

B. THE ISSUES TO BE DECIDED

14. The Respondent submits that the only issue to be decided is whether all of the income of the Appellant from the fund and securities which formed part of the Appellant's life insurance fund in the 1985, 1986 and 1987 taxation years was income of the Appellant from carrying on its life insurance business, within the meaning of subsections 138 (1) and (2) of the *Income Tax Act*.

33 In support of his position the Minister has invoked only two legal arguments. Had this Court accepted either one then the decision of the Tax Court Judge would have to stand. But nowhere can I find any allegation by the Minister that the Thompson formula was flawed or, more importantly, that the taxpayer failed to meet its onus of establishing what portion of the investment income was attributable to the taxpayer's insurance business. I agree with counsel for the taxpayer that the proper remedy is to remit the matter to the Minister on the understanding that the original assessments are valid. If the taxpayer remains intent on paying more tax for the 1985 to 1987 taxation years it may do so even though no legal obligation exists.

34 I would allow the appeal with costs here and below, set aside the judgment of the Tax Court of

totalement attribuable à ses opérations d'assurance-vie. Plus précisément, le juge de la Cour de l'impôt n'a tiré aucune conclusion quant à la validité de la formule Thompson et aux affectations faites par la contribuable comme il est indiqué aux pages 2680 à 2682 de la décision du juge de la Cour de l'impôt. À mon avis, il n'est tout simplement pas nécessaire de renvoyer l'affaire au juge de la Cour de l'impôt pour un examen plus approfondi. Je m'explique.

Dès le début et dans les plaidoiries, le ministre a adopté la position selon laquelle la totalité du revenu de placements était imposable. Le paragraphe 14 de la réponse du ministre à l'avis d'appel de la contribuable énonce clairement sa position (dossier d'appel, vol. I, à la page 14):

[TRADUCTION] B. LES QUESTIONS À TRANCHER

14. L'intimée fait valoir que la seule question à trancher consiste à déterminer si la totalité du revenu tiré de la caisse et des titres qui faisaient partie de la caisse d'assurance-vie de l'appelante dans les années d'imposition 1985, 1986 et 1987 constitue un revenu que l'appelante a tiré de l'exploitation de son entreprise d'assurance-vie, au sens des paragraphes 138 (1) et (2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

À l'appui de sa position, le ministre n'a invoqué que deux arguments juridiques. Si la Cour avait accepté l'un ou l'autre de ses arguments, la décision du juge de la Cour de l'impôt aurait dû être maintenue. Mais la Cour ne trouve nulle part d'allégation faite par le ministre voulant que la formule Thompson soit lacunaire ou, ce qui est plus important, que la contribuable ne s'est pas acquittée de son fardeau d'établir quelle partie du revenu de placements était attribuable à son entreprise d'assurance-vie. Je suis d'accord avec l'avocat de la contribuable pour dire que le redressement approprié consiste à renvoyer la question au ministre en lui précisant que les cotisations initiales étaient valides. Si la contribuable a toujours l'intention de payer un montant d'impôt supérieur pour les années d'imposition 1985 à 1987, elle peut le faire, mais elle n'est tenue à aucune obligation légale à cet égard.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens devant la présente Cour et devant la Cour de l'im-

Canada dated June 21, 1995, allow the appeal from the reassessments and remit the matter to the Minister for reconsideration in a manner consistent with these reasons.

STRAYER J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

35 MCDONALD J.A. (*dissenting*): I have had the advantage of reading my brother Robertson J.A.'s reasons for judgment, and with respect, I must disagree. I am of the view that the Minister's assessment for the taxation years 1984 through 1987 should stand.

36 I should note at the outset that I am in agreement with Robertson J.A.'s conclusion that subsection 81(1) of the *Canadian and British Insurance Companies Act* (hereinafter, the *Insurance Act*) does not affix a statutory charge on the assets held in the life fund. I also share my brother's view that this finding is not determinative of the issue before this Court.

37 The appellant is a fraternal benefit society which carries on several activities on behalf of its members. One of these activities is the provision of life insurance through a life fund. Under the *Income Tax Act* (the *Act*), the income of a fraternal benefit society is generally exempt from Part I taxation. One exception to this general exemption is found in subsection 149(3) of the *Act* which states that the exemption from Part I taxation does not apply to taxable income which is acquired in carrying on a life insurance business.

38 The facts of this case disclose that the appellant retained more assets in its life insurance fund than may have actually been needed. The issue in this case is whether income from the "surplus" assets

pôt, d'infirmer le jugement de la Cour de l'impôt du Canada en date du 21 juin 1995, d'accueillir l'appel interjeté contre des nouvelles cotisations et de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'elle soit réexaminée en tenant compte des présents motifs.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

* * *

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

LE JUGE MCDONALD, J.C.A. (*dissent*): J'ai eu 35 l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Robertson, J.C.A. et, en toute déférence, je ne peux souscrire à son raisonnement. Je suis d'avis que la cotisation établie par le ministre pour les années d'imposition 1984 à 1987 devrait être maintenue.

36 Je tiens à préciser dès maintenant que je souscris à la conclusion du juge Robertson selon laquelle le paragraphe 81(1) de la *Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques* (ci-après la *Loi sur les compagnies d'assurance*) n'impose pas d'exigence (*charge*) légale à l'actif détenu dans la caisse d'assurance-vie. Je suis également de son avis quand il dit que cette conclusion ne règle pas définitivement la question dont est saisie la Cour.

37 L'appelante est une société de secours mutuels qui exerce plusieurs activités au nom de ses membres. Dans le cadre de ces activités, elle verse des prestations d'assurance-vie qu'elle tire d'une caisse d'assurance-vie. En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la *Loi*), le revenu d'une société de secours mutuels est habituellement exonéré de l'impôt de la partie I. Il existe au paragraphe 149(3) de la *Loi* une exception à cette règle générale, savoir que l'exonération relative à l'impôt de la partie I ne s'applique pas au revenu imposable tiré d'une entreprise d'assurance-vie.

38 Les faits de la présente affaire révèlent que l'appelante a conservé dans la caisse d'assurance-vie un actif supérieur à ce qui était réellement nécessaire. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si

which the appellant identified with its life fund ought to have been included in computing the appellant's income from its life insurance business for the taxation years 1985, 1986, and 1987.

le revenu tiré de l'«excédent» conservé dans cette caisse aurait dû être inclus dans le calcul du revenu de l'appelante tiré de son entreprise d'assurance-vie pour les années d'imposition 1985, 1986 et 1987.

39 The evidence in this case discloses that the taxpayer carried on three types of activities: the provision of life insurance, the provision of sickness and accident insurance, and the provision of fraternal benefits. Under subsection 81(1) of the Insurance Act, the taxpayer was required to maintain separate and distinct accounts in respect of its life insurance business. This taxpayer chose to establish three funds: the life fund, the accident fund, and the fraternal fund. The taxpayer's board of directors decided in which funds assets were to be placed, and reported assets as belonging to a specific fund when the taxpayer filed its annual reports with the Superintendent of Insurance.

En l'espèce, la preuve révèle que la contribuable exerçait trois types d'activités: l'assurance-vie, l'assurance-maladie et l'assurance-accidents, et les activités de secours mutuels. En vertu du paragraphe 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance, la contribuable était tenue de tenir des comptes séparés et distincts concernant ses opérations d'assurance-vie. Elle a choisi d'établir trois caisses: la caisse d'assurance-vie, la caisse d'assurance-accidents et la caisse de secours mutuels. Le conseil d'administration de la contribuable décidait dans quelle caisse l'actif devait être versé et déclarait l'actif qui appartenait à une caisse particulière dans les rapports annuels de la contribuable produits auprès du surintendant des assurances.

39

40 The board of directors of the taxpayer decided that its objective was "to provide a strong financial base thus ensuring in the event of unforeseen catastrophic economic event(s) occurring within the performing arts industry, the Society [would] be able to withstand such economic shocks and be in a position to continue to provide for [its] members' needs" (letter dated October 5, 1988 from representative of the taxpayer to the Office of Superintendent of Financial Institutions, Appeal Book, at page 393). While this is a laudable objective, it is one which carries consequences: the taxpayer wilfully and knowingly maintained a surplus in the life fund in excess of what may have actually been required. In my view, the decision to keep these additional assets in the life account was a business decision by the taxpayer which should not be questioned by this Court. Once the decision had been made, the taxpayer benefitted from its decreased risk position. The taxpayer cannot now attempt to revisit the past and reassess its tax burden.

Le conseil d'administration de la contribuable a décidé que son objectif était [TRADUCTION] «d'établir une base financière solide pour s'assurer qu'en cas de catastrophe économique dans l'industrie des arts du spectacle, la société [serait] en mesure de surmonter ces chocs économiques et de continuer de répondre aux besoins de [ses] membres» (lettre en date du 5 octobre 1988 du représentant de la contribuable adressée au Bureau du surintendant des institutions financières, dossier d'appel, à la page 393). Il s'agit là d'un objectif louable, mais qui entraîne certaines conséquences: la contribuable a sciemment et intentionnellement conservé dans la caisse d'assurance-vie un excédent qui dépassait les besoins réels. À mon avis, la décision de conserver cet excédent dans le compte d'assurance-vie était une décision de gestion prise par la contribuable que la Cour ne devrait pas remettre en cause. Une fois cette décision prise, la contribuable a profité du fait qu'elle qu'elle avait diminué ses risques. La contribuable ne peut maintenant essayer de revenir sur le passé et de réévaluer son obligation fiscale.

40

41 My brother Robertson J.A. seems to suggest that the existence of excess assets in the life fund raises a rebuttable presumption that the assets are risked or

Mon confrère le juge Robertson, J.C.A., semble laisser entendre que l'existence d'un excédent dans la caisse d'assurance-vie soulève une présomption

41

employed in the course of the business. Accepting this proposition for the moment, I have not been persuaded that the taxpayer has rebutted that presumption in this case. The insurance business is fraught with risks and uncertainties. While actuarial evidence may be helpful, the taxpayer in this case decided to maintain excess reserves "in the event of an unforeseen economic catastrophe." I cannot see how the taxpayer can later attempt to remove these reserves from tax liability simply because the unforeseen catastrophe did not materialize.

réfutable selon laquelle l'actif est risqué ou employé dans l'entreprise. J'accepte cette proposition pour le moment, mais je ne suis pas convaincu que la contribuable a réfuté cette présomption en l'espèce. Une entreprise d'assurance comporte bien des risques et des incertitudes. Bien que la preuve actuarielle puisse être utile, en l'espèce, la contribuable a décidé de conserver des réserves excédentaires [TRANSDUCTION] «pour se prémunir contre une catastrophe économique imprévue». Je ne vois pas comment la contribuable peut ultérieurement essayer de soustraire ces réserves à sa responsabilité fiscale simplement parce que la catastrophe imprévue ne s'est pas matérialisée.

42 The evidence in this case discloses that the taxpayer's board of directors made conscious decisions about the allocation of assets into the life fund. There has been no suggestion that had these assets been needed in the event of some "unforeseen catastrophe" they would not have been used. How, then, can these assets not be subject to taxation? The taxpayer attempted to rely on the Federal Court Trial Division case of *Lutheran Life Insurance Society of Canada v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284 (hereinafter *Lutheran Life*) and the Supreme Court of Canada case of *Ensite Ltd. v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 509 (hereinafter *Ensite*). I have considered the application of these two cases to the case at bar, and must, with respect, come to a different conclusion than that of Robertson J.A.

En l'espèce, la preuve révèle que le conseil d'administration de la contribuable a pris des décisions conscientes au sujet de l'attribution de l'actif dans la caisse d'assurance-vie. La contribuable n'a pas laissé entendre que, si cet actif avait été nécessaire en cas de «catastrophe imprévue», il n'aurait pas été utilisé. Comment, alors, peut-on prétendre que cet actif n'est pas assujéti à l'impôt? La contribuable a essayé de s'appuyer sur la décision de la Section de première instance de la Cour fédérale *Lutheran Life Insurance Society of Canada c. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284 (ci-après *Lutheran Life*) et sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Ensite Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 509 (ci-près *Ensite*). J'ai examiné comment ces deux causes jurisprudentielles peuvent s'appliquer à l'espèce et je dois, en toute déférence, en venir à une conclusion différente de celle du juge Robertson, J.C.A. 42

43 The case of *Lutheran Life* is, at first blush, quite similar to the case at bar. However, I am of the view that it is easily distinguishable on its facts. In *Lutheran Life*, the taxpayer had only one fund from which it carried out all of its business including its life insurance business. As a result, it was necessary to look into the purposes to which the assets of the fund were put, as the assets could have been used for any one of a number of purposes, of which the life insurance business was but one. As noted by the Trial Judge in that case, there was no requirement for the society to establish a separate fund for activities other than insurance, so failure to establish a

À première vue, la situation énoncée dans *Lutheran Life* est très semblable à celle de l'espèce. Toutefois, je suis d'avis qu'on peut facilement établir une distinction d'avec celle-ci d'après les faits. Dans *Lutheran Life*, la contribuable ne tenait qu'une seule caisse à partir de laquelle elle gérait la totalité de ses opérations, y compris ses opérations d'assurance-vie. Par conséquent, il était nécessaire d'examiner les fins auxquelles l'actif de la caisse était utilisé, étant donné qu'il aurait pu être utilisé à plusieurs fins, notamment aux fins des opérations d'assurance-vie. Comme l'a noté le juge de première instance dans cette affaire, la société n'était nullement tenue d'éta- 43

separate fund could not be used as a consideration against the society.

44 In the case at bar, however, the taxpayer had established three separate funds: the life fund, the accident and disability fund, and the fraternal fund. Assets were deposited in each of the funds according to the decision of the taxpayer. There is no need to look beyond these allocation decisions into the individual funds as was required in *Lutheran Life*, as the taxpayer in this case had the opportunity to allocate its assets at the outset, or even to move assets from one fund to another at a later time. This division of assets by the taxpayer was a luxury not afforded to the Court in *Lutheran Life*, and in order to avoid unfair taxation of the taxpayer, the Trial Judge had to look within the fund to attempt to allocate assets after the fact. Here, there is no need for such speculation, as the assets were divided by the taxpayer according to its best judgment and after consultation with professionals in the accounting, actuarial, and legal fields.

45 It was further submitted by counsel for the taxpayer in this case that the Supreme Court of Canada decision in *Ensite* was determinative of the issue in this case. In *Ensite*, the Supreme Court of Canada considered whether interest earned by the taxpayer qualified as foreign investment income within the meaning of what was then subsection 129(4) of the Act for the purpose of the dividend refund under (then) subsection 129(1) of the Act. Wilson J. speaking for the Court, held that only assets which could be said to be “risked or employed” in the course of the taxpayer’s business could properly qualify for the dividend refund. Further, the “risk” contemplated had to be more than a remote risk. In the words of Wilson J. [at page 520]:

blir une caisse distincte pour les activités autres que l’assurance, de sorte que l’omission de le faire ne pouvait être utilisée contre la société.

Toutefois, en l’espèce, la contribuable a établi trois caisses distinctes: la caisse d’assurance-vie, la caisse d’assurance-accidents et d’assurance-invalidité, et la caisse de secours mutuels. Des fonds ont été déposés dans chacune de ces caisses conformément à la décision de la contribuable. Il n’est pas nécessaire d’aller au-delà de ces décisions d’attribution dans les caisses particulières, comme on a dû le faire dans *Lutheran Life*, étant donné qu’en l’espèce la contribuable a eu la possibilité de répartir les sommes dès le début, ou même de les réaffecter d’une caisse à un autre ultérieurement. Cette répartition de l’actif par la contribuable est un luxe qui n’existait pas dans *Lutheran Life*, et pour éviter que la contribuable soit injustement imposée, le juge de première instance a dû examiner attentivement la composition de l’actif de la caisse pour essayer de le répartir après le fait. En l’espèce, il n’y a pas lieu de se livrer à une telle spéculation, étant donné que l’actif a été réparti par la contribuable selon le jugement qu’elle a exercé au mieux de ses connaissances et après avoir consulté des professionnels dans les domaines de la comptabilité, de l’actuariat et du droit.

L’avocat de la contribuable fait aussi valoir que la décision de la Cour suprême du Canada dans *Ensite* règle définitivement la question en l’espèce. Dans *Ensite*, la Cour suprême du Canada a examiné si l’intérêt tiré par la contribuable de certains dépôts pouvait être qualifié de revenu de placements à l’étranger au sens du paragraphe 129(4) de la Loi en vue d’obtenir le remboursement au titre de dividendes aux termes du paragraphe 129(1) de la Loi alors en vigueur. Le juge Wilson, s’exprimant au nom de la Cour, a statué que seuls les biens dont on pouvait dire qu’ils sont «risqués ou employés» dans l’entreprise de la contribuable peuvent à bon droit être déclarés aux fins du remboursement au titre de dividendes. En outre, le «risque» envisagé doit être plus qu’un risque éloigné. Selon le raisonnement du juge Wilson [à la page 520]:

44

45

The threshold of the test is met when the withdrawal of the property would "have a decidedly destabilizing effect on the corporate operations themselves" The test is not whether the taxpayer was forced to use a particular property to do business; the test is whether the property was used to fulfil a requirement which had to be met in order to do business.

On satisfait aux exigences minimales du critère dès lors que le retrait du bien aurait «un effet nettement négatif sur les opérations de la compagnie» . . . Le critère applicable consiste non pas à déterminer si le contribuable s'est vu dans l'obligation d'employer un bien déterminé pour exploiter son entreprise, mais plutôt à se demander si ce bien a été utilisé pour satisfaire à une exigence qui devait être remplie pour qu'il puisse exploiter son entreprise.

46 It should be noted that in reaching this conclusion, Wilson J. undertook an analysis of the underlying purpose of the legislative scheme and concluded that its purpose was to draw a distinction between active business income and other sources of income. Certainly, it is not contentious that in order to properly be considered active business income, interest must come from an asset that is risked or employed in the course of the business.

Il convient de noter que, pour parvenir à cette conclusion, le juge Wilson s'est livrée à une analyse de l'objectif sous-jacent des dispositions législatives et a conclu que cet objectif était d'établir une distinction entre le revenu tiré d'une entreprise exploitée activement et d'autres sources de revenus. Certainement, on ne peut contester que pour être considéré à bon droit comme un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement, l'intérêt doit provenir d'un bien qui est risqué et employé dans l'entreprise.

47 In this case, however, the issue is not whether income in the fund is properly considered "active business income" for the purposes of the Act. Instead, this Court is being asked to consider whether the assets in the life fund and the income derived from them are properly taxable as being a part of the life fund. The Act provides that the income from a fraternal benefit society is not taxable except where the income is from carrying on a life insurance business. Interest earned from assets held in the life fund, especially where the taxpayer has made a conscious decision to maintain those assets in that fund, is *prima facie* income from a life insurance business. In my view, this is not the same situation addressed by the Court in *Ensite*. The proper question is not whether the assets were risked or employed in the course of the business of the life fund, but instead whether the assets are properly considered part of the life fund.

En l'espèce, toutefois, la question n'est pas de savoir si le revenu tiré de la caisse peut à juste titre être considéré comme un «revenu tiré d'une entreprise exploitée activement» pour les fins de la Loi. On demande plutôt à la Cour de déterminer si l'actif de la caisse d'assurance-vie et le revenu qui en provient sont imposables parce qu'ils font partie de la caisse d'assurance-vie. La Loi prévoit que le revenu d'une société de secours mutuels n'est pas imposable, sauf pour ce qui a trait au revenu tiré des opérations d'assurance-vie. Les intérêts produits par l'actif détenu dans la caisse d'assurance-vie, particulièrement lorsque la contribuable a consciemment décidé de conserver cet actif dans la caisse, constituent à première vue un revenu tiré d'une entreprise d'assurance-vie. À mon avis, il ne s'agit pas de la même situation que celle dont était saisie la Cour dans l'affaire *Ensite*. La question appropriée n'est pas de savoir si l'actif a été risqué ou employé dans le cadre des opérations de la caisse d'assurance-vie, mais plutôt de savoir si l'actif est à bon droit considéré comme une partie de la caisse d'assurance-vie.

48 The taxpayer in this case argued that the case is applicable because assets can only be considered "part of the life fund" when they are integrally risked in the life insurance business. Thus, the fact that assets are in the life fund and the taxpayer

En l'espèce, la contribuable fait valoir que cet arrêt s'applique parce que l'actif ne peut être considéré comme une «partie de la caisse d'assurance-vie» que lorsqu'il est intégralement risqué dans l'entreprise d'assurance-vie. Ainsi donc, le fait que

chose to put them in the life fund would not mean that the assets were actually part of the life fund. In effect, this proposed application of the *Ensité* test would allow the taxpayer to derive the benefit of extra security from having "surplus" assets in a taxable fund, and later escape taxation on those assets as long as actuarial evidence could establish that those assets were not integrally risked or employed. I do not accept this line of argument. I do not think it was the intention of the Court in *Ensité* to exempt portions of a life fund from taxation even where deliberate business decisions were made to keep specific assets in specific funds.

49 Even if I am in error and the reasoning in *Ensité* is applicable to this case, I am of the view that the test of whether assets are "risked or employed" in a business must necessarily be more flexible when that business is a life insurance fund. The insurance business necessarily has a different risk structure than most businesses. While actuaries may give risk estimates, unforeseen events may occur which may exceed even generous reserves. As I read the facts of this case, the taxpayer decided to maintain excess reserves in order to cover off some unforeseen contingency or contingencies. This was a reasonable position: as noted by the Tax Court Judge, at page 2684, the testimony in this case demonstrated that "there is nothing approaching mathematical certainty about what should be in a life fund".

50 By choosing to maintain higher reserves in the life fund, the taxpayer fulfilled its stated goal of minimizing its risk position. The taxpayer expected to benefit and indeed did benefit from this decreased risk position. Its decreased risk position was beneficial not only for its own piece of mind, but that of the Superintendent of Insurance as well. In the words of one witness, as reported by the Tax Court

l'actif se trouve dans la caisse d'assurance-vie et que la contribuable ait choisi de l'y conserver ne signifierait pas que l'actif fait réellement partie de cette caisse. En fait, cette application proposée du critère énoncé dans *Ensité* donnerait à la contribuable une sécurité additionnelle du fait de l'«excédent» qui serait conservé dans une caisse dont l'actif est imposable, tout en lui permettant de soustraire ultérieurement cet actif à l'impôt pourvu qu'une preuve actuarielle établisse que l'actif n'a pas été intégralement risqué et employé dans l'entreprise. Je ne peux accepter cet argument. Je ne pense pas que la Cour, dans l'arrêt *Ensité*, ait eu l'intention d'exonérer certaines parties d'une caisse d'assurance-vie de l'impôt sur le revenu même lorsque des décisions de gestion ont été délibérément prises pour maintenir un actif précis dans une caisse particulière.

Même si je fais erreur et que le raisonnement de l'arrêt *Ensité* s'applique à l'espèce, je suis d'avis que le critère applicable pour déterminer si les biens sont «risqués ou employés» dans une entreprise doit nécessairement être plus souple lorsque l'entreprise visée est une caisse d'assurance-vie. L'assurance est une entreprise qui présente obligatoirement des risques différents de ceux de la plupart des autres entreprises. Bien que les actuaires puissent donner des estimations sur le risque, des imprévus peuvent survenir, et dépasser même les réserves les plus généreuses. Selon l'interprétation que je donne aux faits de l'espèce, la contribuable a décidé de maintenir des réserves excédentaires afin de se prémunir contre certaines éventualités. C'est une position raisonnable: comme le note le juge de la Cour de l'impôt, à la page 2684, les témoignages en l'espèce démontrent qu'il «n'existe aucune certitude mathématique au sujet des sommes qui devraient se trouver dans la caisse d'assurance-vie».

En choisissant de maintenir des réserves supérieures aux besoins dans la caisse d'assurance-vie, la contribuable a réalisé son objectif qui consistait à minimiser son risque. La contribuable s'attendait à profiter et en fait elle a profité de la position qu'elle a adoptée. La réduction de son risque lui a apporté, à elle comme au surintendant des assurances, la tranquillité d'esprit. Comme le dit l'un des témoins,

Judge, at page 2684, “the greater the excess, the better people in the Superintendent’s office would sleep”.

que cite le juge de la Cour de l’impôt, à la page 2684, «plus l’excédent est important, plus cela rassurerait les fonctionnaires du Bureau du surintendant».

51 Any number of events may have occurred which would have drawn upon the “excess” reserves. I do not believe it is proper to now look back in time to find that because such reserves were in excess of what was actually needed or what the actuarial evidence suggests may have been needed, they are not properly considered part of the life fund. Estimates of adequate reserves were available to the taxpayer at the time the taxpayer decided how best to allocate assets among the funds, and the taxpayer made a conscious decision to keep additional assets in the taxable life fund instead of moving them or allocating them to another fund.

Bon nombre d’événements auraient pu se produire qui auraient nécessité l’utilisation des réserves «excédentaires». Je ne crois pas qu’il soit approprié de faire une analyse rétrospective pour conclure qu’en raison de ces réserves supérieures aux besoins réels ou à ceux déterminés par la preuve actuarielle, celles-ci ne sont pas à bon droit considérées comme faisant partie de la caisse d’assurance-vie. La contribuable disposait des estimations de réserves adéquates au moment où elle a décidé de la meilleure façon de répartir l’actif entre les caisses, et elle a consciemment décidé de conserver cet actif supplémentaire dans la caisse d’assurance-vie imposable au lieu de l’affecter à une autre caisse.

52 In addition, I do not find it persuasive that the taxpayer is now able to say that the “surplus” funds could have been removed earlier than the taxpayer actually chose to remove them. The fact that the taxpayer could have moved the assets out of the life fund in the past does not lead inescapably to the conclusion that these assets were not ever part of the life fund. If anything, it supports the position that leaving the assets in the life fund was a business decision from which the taxpayer expected to derive some benefit. On this point, the words of Dickson C.J. in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, at page 55 and cited by this Court on numerous occasions, are instructive:

En outre, je ne trouve pas convaincant l’argument de la contribuable qui prétend maintenant qu’elle aurait pu retirer l’excédent de la caisse plus tôt qu’elle ne l’a fait. Le fait qu’elle aurait pu agir ainsi ne mène pas inévitablement à la conclusion que cet actif n’a jamais fait partie de la caisse d’assurance-vie. En fait, cet argument appuie la position selon laquelle le fait de laisser l’actif dans la caisse d’assurance-vie était une décision de gestion dont la contribuable espérait tirer certains avantages. Sur ce point, le raisonnement du juge en chef Dickson dans l’arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, à la page 55, qui a été cité à de nombreuses reprises par la présente Cour, est instructif:

... the courts must deal with what the taxpayer actually did, and not what he might have done: *Matheson v. The Queen*, 74 D.T.C. 6176 (F.C.T.D.), per Mahoney J.

... les tribunaux doivent tenir compte de ce que le contribuable a réellement fait et non pas de ce qu’il aurait pu faire: *Matheson c. La Reine*, 74 D.T.C. 6176 (C.F.D.P.I.), le juge Mahoney.

53 While Robertson J.A. is correct when he points out that the facts of this case are different than those considered in *Bronfman* or indeed in *Matheson* [*Matheson, J A v The Queen*, [1974] CTC 186 (F.C.T.D.)], the general principle has been subsequently applied by this Court numerous times in many different fact situations. I believe that principle is applicable to this case; where the taxpayer has made an educated business decision to retain

Bien que le juge Robertson, J.C.A., ait raison quand il signale que les faits de la présente affaire sont différents de ceux dont la Cour était saisie dans *Bronfman* ou même dans *Matheson* [*Matheson, J A c La Reine*, [1974] CTC 186 (C.F. 1^{re} inst.)], le principe général a été appliqué ultérieurement par la Cour à de nombreuses reprises dans de nombreuses situations de faits différentes. Je crois que le principe s’applique en l’espèce; lorsque le contribuable

assets in a taxable fund, the Court should not look back with the benefit of hindsight to effectively remove assets from that fund with retroactive effect in order to put the taxpayer in a more advantageous tax position.

54 While I am sympathetic to the fact that the taxpayer may have shouldered a lesser tax burden had it not approached Revenue Canada, my sympathies do not change the facts of the case: this taxpayer chose to leave assets in the only fund administered by it which was subject to taxation. That is a decision which I cannot now question with the benefit of hindsight. The taxpayer cannot benefit from its decreased risk position at a time in the past and then seek to benefit again in the present by attempting to reduce its tax burden on the basis that the assets were not integrally “risked or employed” in the course of its life insurance business.

55 I am of the view that the decision of the Tax Court should be upheld.

prend une décision de gestion éclairée en vue de conserver des biens dans une caisse imposable, la Cour ne doit pas profiter de l’avantage qu’elle a d’examiner cette décision en rétrospective pour retirer rétroactivement les biens de cette caisse afin de mettre la contribuable dans une position fiscale plus avantageuse que celle dans laquelle elle se trouve.

Bien que je compatisse à la situation de la contribuable qui aurait pu supporter un fardeau fiscal moindre si elle n’avait pas elle-même communiqué avec Revenu Canada, cela ne change rien aux faits de la cause: la contribuable a choisi de laisser les biens dans la seule caisse gérée par elle qui était assujettie à l’impôt. Je ne peux maintenant, en rétrospective, remettre cette décision en question. La contribuable ne peut avoir bénéficié par le passé du fait qu’elle a réduit son risque et chercher maintenant à profiter d’un autre avantage en essayant de réduire son obligation fiscale au motif que l’actif n’a pas été intégralement «risqué ou employé» dans son entreprise d’assurance-vie.

Je suis d’avis de maintenir la décision de la Cour de l’impôt.

54

55

IMM-317-96

IMM-317-96

Fernando Arduengo Naredo and Nieves Del Carmen Salazar Arduengo (*Applicants*)

Fernando Arduengo Naredo et Nieves Del Carmen Salazar Arduengo (*requérants*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

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

INDEXED AS: ARDUENGO v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: ARDUENGO c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Trial Division, Cullen J.—Toronto, January 22; Ottawa, May 29, 1997.

Section de première instance, juge Cullen—Toronto, 22 janvier; Ottawa, 29 mai 1997.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Judicial review of Immigration Expulsion Officer's (IEO) decision to execute deportation orders by removal of applicants to Chile — Applicants unsuccessful Convention refugee claimants but in Canada for 20 years — While in Canada, implicating senior Chilean Police Force officials in human rights abuses — Fearing serious harm, death if returned to Chile — Execution of deportation orders stayed pending outcome of Immigration Act, s. 114(2) applications for landing on humanitarian, compassionate grounds.

Citoyenneté et immigration — Expulsion et renvoi — Contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'expulsion d'exécuter les mesures d'expulsion forçant les requérants à retourner au Chili — Ces derniers étaient des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au sens de la Convention qui résidaient au Canada depuis 20 ans — Durant leur séjour au Canada, ils avaient fait connaître des violations des droits de la personne commises par des officiers supérieurs de la police chilienne — Ils craignaient de subir un préjudice grave, et même d'être tués, s'ils retournaient au Chili — L'exécution des mesures d'expulsion a été suspendue jusqu'à ce qu'une décision soit rendue concernant les demandes d'établissement pour des motifs d'ordre humanitaire fondées sur l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Immigration Expulsion Officer making travel arrangements to remove applicants to Chile — Applicants unsuccessful refugee claimants but in Canada some 20 years — While in Canada, implicating senior Chilean Police Force officials in human rights abuses — Fearing serious harm, death if returned to Chile — Request for declaration Immigration Act, ss. 48, 52 unconstitutional not properly before Court as no notice of constitutional question — Removal provisions not violating principles of fundamental justice — Immigration Act, s. 114(2) application for landing on humanitarian, compassionate grounds according sufficient procedural safeguards to unsuccessful refugee claimants to satisfy principles of fundamental justice.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'agente d'expulsion avait pris des arrangements de voyage en vue du renvoi des requérants au Chili — Ces derniers étaient des demandeurs non reconnus du statut de réfugié qui résidaient au Canada depuis 20 ans — Durant leur séjour au Canada, ils avaient fait connaître des violations des droits de la personne commises par des officiers supérieurs de la police chilienne — Ils craignaient de subir un préjudice grave, et même d'être tués, s'ils retournaient au Chili — En l'absence d'un avis d'une question constitutionnelle, la Cour n'était pas à bon droit saisie de la demande de jugement déclaratoire sur la non-constitutionnalité des art. 48 et 52 de la Loi sur l'immigration — Les dispositions attaquées n'enfreignaient pas les principes de justice fondamentale — Une demande d'établissement pour des motifs d'ordre humanitaire fondée sur l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration accorde aux demandeurs non reconnus du statut de réfugié des garanties procédurales suffisantes pour satisfaire aux principes de justice fondamentale.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Immigration Expulsion Officer making travel arrangements to remove applicants to Chile — While in

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L'agente d'expulsion avait pris des arrangements de voyage en vue du renvoi des requé-

Canada, applicants exposing human rights abuses of senior Chilean Police Force officials — Fearing serious harm, death if returned to Chile — Request for declaration Immigration Act, ss. 48, 52 unconstitutional not properly before Court as no notice of constitutional question — While Charter, s. 12 engaged in removal process, not violated where risk assessment conducted under provisions of Act, Regulations — No assessment of current risk herein — Inadmissible evidence on both sides of issue — Removal of applicants stayed until decision made on Immigration Act, s. 114(2) applications for landing on humanitarian, compassionate grounds.

Practice — Affidavits — Judicial review of immigration expulsion officer's (IEO) decision to execute deportation orders by removal of applicants to Chile — Affidavits in application record as to: medical opinion regarding applicants' children; human rights conditions in Chile; translation of news articles, inadmissible — Facts contained therein not before IEO — Court bound to record before tribunal — Although difficult to characterize IEO's act as decision of tribunal, record of what was before IEO proper evidentiary basis on which to proceed.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Judicial review of immigration expulsion officer's decision to execute deportation orders by removal of applicants to Chile — IEO's decision administrative, not adjudicative — Not properly subject of review.

This was an application for judicial review of an immigration expulsion officer's (IEO) decision wherein it was determined that the applicants' deportation orders would be executed on February 13, 1996 by removal of the applicants to Chile. The applicants, citizens of Chile, were unsuccessful refugee claimants with a long history of residency in Canada. They had had approval in principle for landing, which was later revoked. They had also received approval for landing in Canada on humanitarian grounds, and subsequent Minister's permits, which had not been renewed after 1988. The applicants were ordered deported in 1989. Judicial review of the deportation orders was dismissed in 1990 and the appeal therefrom was dismissed, almost five years later, in 1995. Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was denied on January 11, 1996. The deportation order was stayed until

rants au Chili — Durant leur séjour au Canada, ils avaient fait connaître des violations des droits de la personne commises par des officiers supérieurs de la police chilienne — Ils craignaient de subir un préjudice grave, et même d'être tués, s'ils retournaient au Chili — En l'absence d'un avis d'une question constitutionnelle, la Cour n'était pas à bon droit saisie de la demande de jugement déclaratoire sur la non-constitutionnalité des art. 48 et 52 de la Loi sur l'immigration — Même si l'art. 12 de la Charte s'applique au processus de renvoi, il n'est pas enfreint lorsqu'une évaluation du risque a été effectuée en vertu des dispositions de la Loi et du Règlement — Il n'y a pas eu d'évaluation du risque actuel en l'espèce — Il y avait des éléments de preuve non admissibles fournis par les deux parties sur la question — Le renvoi des requérants a été suspendu jusqu'à ce qu'une décision soit rendue concernant les demandes d'établissement pour des motifs d'ordre humanitaire fondées sur l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration.

Pratique — Affidavits — Contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'expulsion d'exécuter les mesures d'expulsion forçant les requérants à retourner au Chili — Les affidavits contenus dans le dossier de la demande et concernant l'avis d'expert médical au sujet des enfants des requérants, la situation des droits de la personne au Chili et une traduction d'articles de journaux n'étaient pas admissibles — Des faits contenus dans les affidavits n'étaient pas connus de l'agente d'expulsion — La Cour est liée par le dossier déposé devant un office fédéral — Bien qu'il fût difficile de qualifier la mesure prise par l'agente d'expulsion de décision d'un tribunal, le dossier regroupant les éléments dont était saisie l'agente d'expulsion était le fondement approprié de la preuve.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'expulsion d'exécuter les mesures d'expulsion forçant les requérants à retourner au Chili — La décision de l'agente était simplement administrative — Elle n'était pas susceptible de contrôle judiciaire.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'expulsion, dans laquelle il a été statué que les mesures d'expulsion prises contre les requérants, les forçant à retourner au Chili, devaient être exécutées le 13 février 1996. Les requérants, qui sont citoyens chiliens, étaient des demandeurs non reconnus du statut de réfugié résidant depuis longtemps au Canada. Ils avaient reçu l'approbation de principe qu'ils pourraient obtenir le droit d'établissement au Canada, approbation qui avait été révoquée par la suite. Ils avaient également obtenu le droit d'établissement au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire et ensuite des permis ministériels, qui n'avaient pas été renouvelés après 1988. Des mesures d'expulsion ont été prises contre les requérants en 1989. Une demande de contrôle judiciaire des mesures d'expulsion a été rejetée en 1990, et l'appel a été rejeté, presque cinq ans plus tard,

final determination of this application for judicial review. The applicants were afraid to return to Chile because of their activities in Canada in exposing the human rights abuses by senior officials of the Chilean Police Force. They feared serious risk of harm, including a risk to their lives, from their former colleagues, and from friends of officials who had been so implicated.

The issues were: (1) whether affidavits contained in the applicants' application record should be struck; (2) whether Charter, sections 7 or 12 are engaged when an IEO makes travel arrangements to remove a person to a particular country pursuant to a deportation order; and (3) whether there is an appropriate and just remedy available pursuant to *Federal Court Act*, section 44.

Held, the execution of the deportation orders should be stayed pending the outcome of applications for landing pursuant to *Immigration Act*, subsection 114(2).

(1) The affidavits, dealing with: medical opinion on applicants' children; human rights conditions in Chile and a translation of new articles, were inadmissible. The facts contained therein were not before the IEO when she booked applicants' flights to Chile. Generally, the Court is bound to the record filed before a federal board, commission or other tribunal. But an interview with an IEO was not even analogous to the type of hearing in respect of which the Court is strictly bound to the record on judicial review. The IEO's administrative act of booking travel arrangements was in no way comparable to the expert, adjudicative function of the IRB. The interview with the IEO merely served an administrative function, in which the applicants were informed of the removal process, and in which travel arrangements were made. There was no adjudicative function. Although it was difficult to characterize the IEO's act as the decision of a tribunal, the proper evidentiary basis on which to proceed was the record of what was before the tribunal, i.e. the IEO.

(2) The request for a declaration as to the unconstitutionality of *Immigration Act*, sections 48 and 52 because removal would infringe the applicants' right under Charter, section 12 to be free from cruel and unusual treat-

ment in 1995. L'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada a été refusée le 11 janvier 1996. L'ordonnance d'expulsion a fait l'objet d'une suspension jusqu'à ce que la présente demande de contrôle judiciaire soit définitivement réglée. Les requérants craignaient de retourner au Chili, parce que, depuis qu'ils sont au Canada, ils ont contribué à faire connaître les violations des droits de la personne commises par des officiers supérieurs de la police chilienne. Ils craignaient de subir un préjudice grave, et même que leur vie soit en danger, s'ils tombaient aux mains de leurs anciens collègues et des amis des officiers qui avaient ainsi été impliqués.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) les affidavits contenus dans le dossier de la demande des requérants devaient-ils être radiés; 2) les articles 7 et 12 de la Charte trouvent-ils application quand un agent d'expulsion s'occupe des préparatifs de voyage pour qu'une personne retourne dans un pays donné aux termes d'une mesure d'expulsion; et 3) une réparation juste et appropriée en l'espèce peut-elle être obtenue sous le régime de l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Jugement: l'exécution des mesures d'expulsion est suspendue jusqu'à ce qu'une décision soit rendue concernant les demandes d'établissement fondées sur le paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*.

1) Les affidavits concernant l'avis d'expert médical au sujet des enfants des requérants, la situation des droits de la personne au Chili et une traduction d'articles de journaux n'étaient pas admissibles. Les faits contenus dans les affidavits n'étaient pas connus de l'agente d'expulsion quand elle a réservé les billets d'avion des requérants à destination du Chili. En général, la Cour est liée par le dossier déposé devant un office fédéral. On ne peut même pas faire d'analogie entre le type d'entrevue qui a eu lieu avec un agent d'expulsion et le type d'audience à l'égard de laquelle, dans une procédure de contrôle judiciaire, la Cour est strictement liée par le dossier dont le tribunal était saisi. La mesure administrative prise par l'agente d'expulsion pour réserver les billets d'avion en l'espèce n'était nullement comparable à la fonction d'expert et d'arbitre de la CISR. L'entrevue avec l'agente d'expulsion constituait simplement une fonction administrative, au cours de laquelle les requérants ont été informés de la procédure d'expulsion, et au cours de laquelle les arrangements de voyage ont été pris. Il ne s'agissait pas d'une fonction de décision. Bien qu'il fût difficile de qualifier la mesure prise par l'agente d'expulsion de décision d'un tribunal, le fondement approprié de la preuve était le dossier regroupant les éléments dont était saisi le tribunal, c'est-à-dire l'agente d'expulsion.

2) En l'absence d'un avis d'une question constitutionnelle, la Cour ne pouvait valablement être saisie de la demande de jugement déclaratoire sur la non-constitutionnalité des articles 48 et 52 de la *Loi sur l'im-*

ment, was not properly before the Court as there had been no notice of a constitutional question.

While section 12 is engaged in the removal process, it is not violated in fact situations where a risk assessment has been conducted under the provisions of the Act or Regulations. There had, however, been no risk assessment in this case. New facts had arisen since 1994 which went to the issue of risk, and the applicants had not sought to have their refugee claims redetermined. Thus there was an issue of current risk, and a great deal of inadmissible evidence on both sides of the issue. It was not for the Court to determine country conditions necessary for such a risk assessment.

The impugned provisions did not violate the principles of fundamental justice. Further, the procedural safeguards accorded to unsuccessful refugee claimants through a subsection 114(2) application satisfy the principles of fundamental justice enshrined in section 7. But nothing in the Act or Regulations prohibits the deportation of an unsuccessful refugee claimant prior to the making of a decision on either of those types of applications.

A subsection 114(2) application for admission to Canada on humanitarian or compassionate grounds is the vehicle for the consideration of the applicants' concerns regarding events that may have occurred that have changed their situation into one in which there is risk. The existence of this vehicle makes the process that the applicants have gone through comply with the principles of fundamental justice. If the applicants decline to use what is available to them, there is no denial of fundamental justice.

(3) The Court had jurisdiction to issue an order restraining the Minister from deporting the applicants pending the outcome of subsection 114(2) applications for landing on humanitarian or compassionate grounds, according to *Federal Court Act*, sections 18, 50 and 18.2.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 12, 24(1).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.

migration au motif que ce renvoi constituerait une violation du droit des requérants qui est garanti par l'article 12 de la Charte, savoir le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

Même si l'article 12 s'applique aux procédures d'expulsion, il n'est pas enfreint dans des situations où une évaluation du risque a été effectuée en vertu des dispositions de la Loi ou du Règlement. Toutefois, il n'y avait pas eu d'évaluation du risque en l'espèce. De nouveaux faits s'étaient produits depuis 1994, relativement à la question du risque, mais les requérants n'avaient pas demandé que leurs revendications du statut de réfugié soient réexaminées. Il y avait donc une question de risque actuel, et beaucoup d'éléments de preuve non admissibles fournis par les deux parties sur cette question. Ce n'était pas à la Cour qu'il incombait de déterminer la situation qui existe dans un pays, afin que cette évaluation du risque soit faite.

Les dispositions attaquées n'enfreignaient pas les principes de justice fondamentale. En outre, les garanties procédurales accordées aux demandeurs non reconnus du statut de réfugié par voie d'une demande fondée sur le paragraphe 114(2) sont suffisantes pour satisfaire aux principes de justice fondamentale enchâssés à l'article 7 de la Charte. Mais, il n'y a rien dans la Loi ou le Règlement qui empêche l'expulsion d'un demandeur non reconnu du statut de réfugié avant qu'une décision soit prise sur l'un ou l'autre des types de demandes.

Une demande d'admission au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire fondée sur le paragraphe 114(2) est le moyen d'examiner les préoccupations des requérants concernant les événements qui peuvent avoir entraîné un changement de situation du fait de l'ajout d'un élément de risque. L'existence de ce moyen fait en sorte que la procédure qu'ont suivie les requérants respecte les principes de justice fondamentale. Si les requérants refusent d'utiliser les outils qui sont à leur disposition, il ne peut y avoir déni de justice fondamentale.

3) En vertu des articles 18, 50 et 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour avait compétence pour rendre une ordonnance interdisant au ministre d'expulser les requérants tant que l'issue des demandes de droit d'établissement pour des motifs d'ordre humanitaire fondées sur le paragraphe 114(2) ne serait pas connue.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 12, 24(1).
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.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.2 (as enacted *idem*), 44, 50.

Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, Rule 17.

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1700.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 32.1(6)(c) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 12; S.C. 1992, c. 49, s. 23), 37 (as am. *idem*, s. 26), 48, 52 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 7; S.C. 1992, c. 49, s. 42), 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 18.2 (édicte, *idem*), 44, 50.

Loi sur l'Immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 32.1(6)c) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 12; L.C. 1992, ch. 49, art. 23), 37 (mod., *idem*, art. 26), 48, 52 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 7; L.C. 1992, ch. 49, art. 42), 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73); 114(2) (mod., *idem*, art. 102).

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

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1700.

Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, Règle 17.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1993] 2 F.C. 3; (1992), 99 D.L.R. (4th) 264; 18 Imm. L.R. (2d) 81; 151 N.R. 28 (C.A.); *Sinnappu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 791; (1997), 126 F.T.R. 29 (T.D.); *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; [1993] 7 W.W.R. 641; 56 W.A.C. 1; 82 B.C.L.R. (2d) 273; 34 B.C.A.C. 1; 85 C.C.C. (3d) 15; 24 C.R. (4th) 281; 158 N.R. 1.

DISTINGUISHED:

Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1993] 1 F.C. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 129 N.R. 81.

CONSIDERED:

Rahi v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] F.C.J. No. 212 (C.A.) (QL); *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 471 (T.D.) (QL); *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1505 (T.D.) (QL); *Asafov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 713 (T.D.) (QL); *Orelie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 592;

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Barrera c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 2 C.F. 3; (1992), 99 D.L.R. (4th) 264; 18 Imm. L.R. (2d) 81; 151 N.R. 28 (C.A.); *Sinnappu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 791; (1997), 126 F.T.R. 29 (1^{re} inst.); *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; [1993] 7 W.W.R. 641; 56 W.A.C. 1; 82 B.C.L.R. (2d) 273; 34 B.C.A.C. 1; 85 C.C.C. (3d) 15; 24 C.R. (4th) 281; 158 N.R. 1.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 1 C.F. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 129 N.R. 81.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Rahi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1990] F.C.J. n° 212 (C.A.) (QL); *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 471 (1^{re} inst.) (QL); *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] F.C.J. n° 1505 (1^{re} inst.) (QL); *Asafov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] F.C.J. n° 713 (1^{re} inst.) (QL); *Orelie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*,

(1991), 15 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 50 (C.A.); *Rizzo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 125 F.T.R. 269 (F.C.T.D.); *Gittens (In re)*, [1983] 1 F.C. 152; (1982), 137 D.L.R. (3d) 687; 68 C.C.C. (2d) 438; 1 C.R.R. 346 (T.D.).

REFERRED TO:

Naredo and Minister of Employment and Immigration, Re (1981), 130 D.L.R. (3d) 752; 40 N.R. 436 (F.C.A.); *Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161; 11 Imm. L.R. (2d) 92 (F.C.T.D.); *Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1995), 184 N.R. 352 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1996] 1 S.C.R. viii; *Lemiecha et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 72 F.T.R. 49; 24 Imm. L.R. (2d) 95 (F.C.T.D.); *Franz v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 80 F.T.R. 79 (F.C.T.D.); *Shchelkanov v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 76 F.T.R. 151 (F.C.T.D.).

APPLICATION for judicial review of an immigration expulsion officer's decision wherein it was determined to execute deportation orders by removal of the applicants to Chile. Execution of the deportation orders was stayed pending the outcome of applications for landing pursuant to *Immigration Act*, subsection 114(2).

COUNSEL:

Barbara L. Jackman for applicants.
Cheryl D. E. Mitchell for respondent.

SOLICITORS:

Jackman & Associates, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

1 CULLEN J.: This is an application for judicial review, pursuant to section 82.1 of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s.

[1992] 1 C.F. 592; (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 50 (C.A.); *Rizzo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 125 F.T.R. 269 (C.F. 1^{re} inst.); *Gittens (In re)*, [1983] 1 C.F. 152; (1982), 137 D.L.R. (3d) 687; 68 C.C.C. (2d) 438; 1 C.R.R. 346 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Naredo et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, Re (1981), 130 D.L.R. (3d) 752; 40 N.R. 436 (C.A.F.); *Naredo et Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161; 11 Imm. L.R. (2d) 92 (C.F. 1^{re} inst.); *Naredo et Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), 184 N.R. 352 (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée [1996] 1 R.C.S. viii; *Lemiecha et al. c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 72 F.T.R. 49; 24 Imm. L.R. (2d) 95 (C.F. 1^{re} inst.); *Franz c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 80 F.T.R. 79 (C.F. 1^{re} inst.); *Shchelkanov c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 76 F.T.R. 151 (C.F. 1^{re} inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'expulsion d'exécuter les mesures d'expulsion prises contre les requérants les forçant à retourner au Chili. L'exécution des mesures d'expulsion a été suspendue jusqu'à ce qu'une décision soit rendue concernant les demandes d'établissement fondées sur le paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*.

AVOCATS:

Barbara L. Jackman pour les requérants.
Cheryl D. E. Mitchell pour l'intimé.

PROCUREURS:

Jackman & Associates, Toronto, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

1 LE JUGE CULLEN: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire, fondée sur l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (édité par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992,

73)], of the decision of an immigration expulsion officer (hereinafter, the IEO), Ms. P. Davidson, communicated to the applicants on January 22, 1996, wherein the IEO determined that the applicants' deportation orders were to be executed on February 13, 1996 by removal of the applicants to Chile, their country of nationality.

2 The applicants seek the following relief by way of this application:

(1) that this Court set aside the decision of the IEO;

(2) that this Court declare that sections 48 and 52 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 7; S.C. 1992, c. 49, s. 42] of the *Immigration Act*, which provide the statutory foundation for the applicants' removal to Chile, are of no force and 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]] in that such removal would constitute an infringement of the applicants' right under section 12 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] to be free from cruel and unusual treatment given the present conditions in Chile; and

(3) that this Court enjoin the respondent pursuant to subsection 24(1) of the Charter against removing the applicants to Chile until such time as they no longer face a risk of cruel and unusual treatment in Chile.

THE FACTS

3 The applicants are citizens of Chile. They came to Canada on February 28, 1978, and have remained here since. They have two children, aged 18 and 16, who were born in Canada and are Canadian citizens.

4 The applicants claimed Convention refugee status upon their arrival in Canada. Their refugee claims

ch. 49, art. 73)], de la décision d'une agente d'expulsion (l'agente), M^{me} P. Davidson, qui a été communiquée aux requérants le 22 janvier 1996, et dans laquelle elle a statué que les mesures d'expulsion prises contre les requérants, les forçant à retourner au Chili, pays dont ils ont la nationalité, devaient être exécutées le 13 février 1996.

Les requérants demandent les redressements suivants dans cette demande de contrôle judiciaire:

1) que la Cour annule la décision de l'agente d'expulsion;

2) que la Cour déclare que les articles 48 et 52 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 7; L.C. 1992, ch. 49, art. 42] de la *Loi sur l'immigration*, qui constituent le fondement législatif du renvoi des requérants au Chili, sont inopérants 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^o 44]], au motif que ce renvoi constituerait une violation du droit des requérants qui est garanti par l'article 12 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^o 44]], savoir le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités, compte tenu de la situation qui existe actuellement au Chili; et

3) que la Cour enjoigne à l'intimé, aux termes du paragraphe 24(1) de la Charte, de ne pas renvoyer les requérants au Chili tant et aussi longtemps qu'ils risquent d'y être exposés à des traitements cruels et inusités.

LES FAITS

Les requérants sont citoyens chiliens. Ils sont arrivés au Canada le 28 février 1978, et y sont demeurés depuis. Ils ont deux enfants, de 18 et 16 ans, qui sont nés au Canada et qui sont citoyens canadiens.

Les requérants ont revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention dès leur arrivée au Canada.

were refused under the pre-1978 immigration policies, and then re-examined under the 1978 legislation. Their refugee claims were again refused on July 17, 1979. Their claims were redetermined by the Immigration Appeal Board, and again refused. The Federal Court of Appeal then returned their claims to the Immigration Appeal Board for reconsideration [*Naredo and Minister of Employment and Immigration, Re* (1981), 130 D.L.R. (3d) 752].

5 On June 22, 1982, the applicants withdrew their refugee claims from the Immigration Appeal Board as they had received approval in principle for landing in Canada under the pre-Chilean visa programme. The approval in principle for landing was revoked approximately one year later, and this decision was reviewed by the Minister of Immigration (hereinafter, the Minister). Over a year later, the Minister confirmed the revocation. On June 25, 1984, the Immigration Appeal Board allowed the claims to be reinstated for redetermination. The redetermination applications were refused in April 1985. The applicants then sought judicial review in the Federal Court of Appeal.

6 The applicants received approval for landing in Canada on humanitarian grounds in April 1986, and were issued Minister's permits. The applicants withdrew their judicial review applications in September 1986, on the understanding that this was necessary to have their landing applications processed. On November 13, 1986, the processing of the applicants' applications for landing was put on hold.

7 In December 1988, the Minister notified the applicants that their Minister's permits, which had been renewed from time to time since 1986, would no longer be renewed, and that the applicants had to leave Canada by February 28, 1989. The applicants were ordered deported on March 28, 1989. The applicants sought judicial review of the deportation

Ces revendications ont été refusées en vertu des politiques d'immigration antérieures à 1978, et elles ont ensuite été réexaminées en vertu des mesures législatives adoptées en 1978. Les revendications ont de nouveau été refusées le 17 juillet 1979. Puis elles ont été réexaminées par la Commission d'appel de l'immigration, et encore une fois refusées. La Cour d'appel fédérale a ensuite renvoyé les revendications à la Commission d'appel de l'immigration pour réexamen [*Naredo et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, Re* (1981), 130 D.L.R. (3d) 752].

5 Le 22 juin 1982, les requérants ont retiré leurs revendications du statut de réfugié devant la Commission d'appel de l'immigration, après avoir reçu l'approbation de principe qu'ils pourraient obtenir le droit d'établissement au Canada en vertu du programme de visa en faveur des Chiliens. L'approbation de principe relative au droit d'établissement a été révoquée environ un an plus tard, et cette décision a été réexaminée par le ministre de l'Immigration (ci-après le ministre). Plus d'un an après, le ministre a confirmé la révocation. Le 25 juin 1984, la Commission d'appel de l'immigration a autorisé le rétablissement des revendications afin que celles-ci soient réexaminées. Les demandes de réexamen ont abouti à un nouveau refus en avril 1985. Les requérants ont ensuite présenté une demande de contrôle judiciaire devant la Cour d'appel fédérale.

6 Les requérants ont obtenu le droit d'établissement au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire en avril 1986, et des permis ministériels leur ont été délivrés. Ils ont retiré leur demande de contrôle judiciaire en septembre 1986, parce qu'on leur avait dit que cela était nécessaire pour que leur demande d'établissement soit traitée. Le 13 novembre 1986, le traitement des demandes d'établissement des requérants a été suspendu.

7 En décembre 1988, le ministre a avisé les requérants que leurs permis ministériels, renouvelés périodiquement depuis 1986, ne le seraient plus, et qu'ils devraient quitter le Canada au plus tard le 28 février 1989. Des mesures d'expulsion ont été prises contre les requérants le 28 mars 1989. Les requérants en ont demandé le contrôle judiciaire. La de-

orders. The application for judicial review was dismissed by this Court in July of 1990 [*Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161 (F.C.T.D.)].

mande de contrôle judiciaire a été rejetée par cette Cour en juillet 1990 [*Naredo et Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.)].

8 This decision was appealed to the Federal Court of Appeal [(1995), 184 N.R. 352], and the appeal was not heard until almost five years later. The appeal was dismissed on June 6, 1995, thereby upholding the legality of the deportation orders. Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed on January 11, 1996 [[1996] 1 S.C.R. viii].

8 Cette décision a fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel fédérale [(1995), 184 N.R. 352], mais l'appel n'a été entendu que près de cinq ans plus tard. L'appel a été rejeté le 6 juin 1995, confirmant donc la légalité des mesures d'expulsion. L'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada a été refusée le 11 janvier 1996 [[1996] 1 R.C.S. viii].

9 The applicants' deportation order, which was to have been executed on February 13, 1996, was stayed by an order of this Court until such time as the final determination of this application for judicial review.

9 L'ordonnance d'expulsion prise contre les requérants, qui devait être exécutée le 13 février 1996, a fait l'objet d'une suspension en vertu d'une ordonnance de la Cour jusqu'à ce que la présente demande de contrôle judiciaire soit définitivement réglée.

10 The applicants state that they are afraid to return to Chile, now, primarily because of their activities in Canada to aid in exposing the human rights abuses of the Chilean Police Force, DICAR (Dirección de Inteligencia de Carabineros). Before coming to Canada, the applicants were members of the security branch of DICAR. The female applicant resigned from her position in General Pinochet's repressive military junta. The cross-examination of the female applicant's affidavit, dated August 22, 1996, indicates that the male applicant was expelled from DICAR in 1977, for destroying records. In 1993 and 1994, the applicants met, in Canada, with officers of a special court unit of the Chilean police, and Chilean Interpol, to assist them with investigations of human rights abuses which occurred in Chile while the applicants were members of the DICAR. The applicants allege that they provided sworn declarations implicating senior officials of the Chilean police in human rights abuses, with the understanding that these declarations would be used in the prosecution of those officials. The applicants allege that their co-operation with the court unit has recently been publicized both in Canada and in Chile; the respondent denies this.

10 Les requérants déclarent qu'ils craignent de retourner au Chili, à l'heure actuelle, principalement parce que, depuis qu'ils sont au Canada, ils ont contribué à faire connaître les violations des droits de la personne commises par la police chilienne, la DICAR (Dirección de Inteligencia de Carabineros). Avant d'arriver au Canada, les requérants étaient membres de la direction de la sécurité de la DICAR. La requérante a démissionné du poste qu'elle occupait dans la junta militaire répressive du général Pinochet. Le contre-interrogatoire sur l'affidavit de la requérante, en date du 22 août 1996, révèle que le requérant a été expulsé de la DICAR en 1977, pour avoir détruit des dossiers. En 1993 et 1994, les requérants ont rencontré au Canada des agents d'une unité judiciaire spéciale de la police chilienne et de la section Interpol du Chili, pour les aider à mener des enquêtes sur les abus des droits de la personne commis au Chili pendant que les requérants étaient membres de la DICAR. Les requérants allèguent qu'ils ont signé sous serment des déclarations impliquant des officiers supérieurs de la police chilienne dans des cas de violations des droits de la personne, en sachant que ces déclarations seraient utilisées dans les poursuites intentées contre ces officiers. Les requérants allèguent que leur collaboration avec

l'unité judiciaire a récemment été rendue publique au Canada et au Chili; l'intimé nie ce fait.

11 The applicants submit that they are viewed as traitors by the Chilean police. They believe that if they return to Chile to testify against superior officers, they will be killed. There is evidence that, although the government has changed in Chile, General Pinochet is still the head of the armed forces, and his officers continue to serve in the military and the police. Amnesty International reports indicate that the Chilean police force is the primary agency responsible for many of the instances of torture occurring in Chile today. The applicants fear a serious risk of harm, including a risk to their lives, from their former colleagues and the friends of the officers.

Les requérants prétendent que la police chilienne les considère comme des traîtres. Ils croient que s'ils retournent au Chili pour témoigner contre des officiers supérieurs, ils seront assassinés. D'après leurs dépositions, bien que le gouvernement ait changé au Chili, le général Pinochet est toujours chef des forces armées, et ses officiers continuent de faire partie de l'armée et de la police. Des rapports d'Amnistie Internationale indiquent que la police chilienne est la principale responsable de bon nombre des cas de tortures signalés au Chili aujourd'hui. Les requérants craignent de subir un préjudice grave, et même que leur vie soit menacée, s'ils tombent aux mains de leurs anciens collègues et des amis des officiers. 11

12 The Chilean court police have indicated that they would like the applicants to return to Chile to testify in person, and have promised the applicants police protection while they are testifying. The applicants are prepared to testify. However, as the police protection would continue for only a short time, the applicants fear for their safety should they have to remain in Chile for any extended period of time. The applicants submit that the RCMP had done an investigation on the applicants in 1986, and had concluded that, at that time, the applicants' lives would be in danger in Chile. The respondent submits that there is no evidence to that effect.

La police judiciaire chilienne a indiqué qu'elle aimerait que les requérants retournent au Chili pour témoigner en personne, et elle a promis de les protéger pendant qu'ils témoignent. Les requérants sont disposés à témoigner. Toutefois, comme la protection de la police ne leur sera assurée que pendant un court laps de temps, ils craignent pour leur sécurité s'ils doivent demeurer au Chili au-delà de cette période. Les requérants soutiennent que la GRC a effectué une enquête à leur sujet en 1986 et qu'elle a conclu, à cette époque, que la vie des requérants serait en danger au Chili. L'intimé prétend qu'il n'y a pas de preuve à cet effet. 12

13 The respondent submits some unsavoury details about the applicants' activities while members of the DICAR. While it is true that the applicants were found not to be Convention refugees on several occasions, it should be borne in mind that neither were the applicants found to be war criminals. The applicants' deportation orders were not issued due to any criminality, but because their Minister's permits had expired, leaving them with no status in Canada.

L'intimé a fourni certains détails déplaisants au sujet des activités des requérants pendant qu'ils étaient membres de la DICAR. Et bien qu'il soit vrai que le statut de réfugiés au sens de la Convention leur a été refusé à plusieurs reprises, il faut se rappeler qu'aucun des requérants n'a été reconnu comme criminel de guerre. Les mesures d'expulsion dont ils font l'objet n'ont pas été prises à cause d'une activité criminelle quelconque, mais parce que leurs permis ministériels ont expiré, les laissant sans aucun statut au Canada. 13

14 I heard this matter in Toronto on January 22, 1997, and reserved my decision. On March 25, 1997, I issued directions to both counsel for sub-

J'ai entendu la présente affaire à Toronto le 22 janvier 1997 et j'ai réservé ma décision. Le 25 mars 1997, j'ai donné des directives aux deux 14

missions on section 44 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] and whether it would be in the interests of justice to suspend the execution of the deportation orders, pending the outcome of an application for landing pursuant to subsection 114(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102] of the *Immigration Act*. This initiative coming from the Court was a result of reading section 44 and an appreciation that neither party had had an opportunity to comment on the possible application of that section to the case at bar.

- 15 Since the issuance of the deportation orders in 1989, the applicants have never submitted, to the knowledge of this Court, an application under subsection 114(2) of the *Immigration Act* to remain in Canada on humanitarian or compassionate grounds.

THE ISSUES

- 16 On an application for judicial review of this nature, the issue is always whether there was a reviewable error in terms of section 18.1 of the *Federal Court Act* [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5]. Did the IEO exceed her jurisdiction? Did she act perversely? Capriciously? Unreasonably? Err in law? To determine this issue, it is necessary to look at the following issues:

1. Are either the section 12 Charter right to be free from cruel and unusual treatment, or the section 7 Charter rights to life, liberty, and security of the person, engaged when an IEO makes travel arrangements to remove a person to a particular country pursuant to a deportation order?
2. Is there an appropriate and just remedy available in this case, pursuant to section 44 of the *Federal Court Act*?
3. Should the affidavit of Martha Lee, sworn February 21, 1996, the affidavit of Dr. Felix Yaroshevsky,

avocats pour qu'ils présentent des observations fondées sur l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] et pour déterminer s'il serait dans l'intérêt de la justice de suspendre l'exécution des mesures d'expulsion, en attendant l'issue d'une demande de droit d'établissement fondée sur le paragraphe 114(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102] de la *Loi sur l'immigration*. J'ai pris cette initiative après avoir lu l'article 44 et avoir conclu qu'aucune des parties n'avait eu la possibilité de faire des observations sur l'application possible de cet article au cas en l'espèce.

- 15 Depuis la délivrance des ordonnances d'expulsion en 1989, les requérants n'ont jamais présenté, à la connaissance de la Cour, de demande en vertu du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* afin d'être autorisés à demeurer au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire.

LES QUESTIONS EN LITIGE

- 16 Dans une demande de contrôle judiciaire de cette nature, la question est toujours de savoir si une erreur susceptible de révision a été commise aux termes de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'agente d'expulsion a-t-elle outrepassé sa compétence? A-t-elle agi de façon abusive? Arbitraire? Déraisonnable? A-t-elle commis une erreur de droit? Pour se prononcer sur ce point, il faut examiner les questions suivantes:

1. L'article 12 de la Charte, qui assure une protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités, ou l'article 7 de la Charte, qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, trouvent-ils application quand un agent d'expulsion s'occupe des préparatifs de voyage pour qu'une personne retourne dans un pays donné aux termes d'une mesure d'expulsion?
2. Existe-t-il une réparation juste et appropriée en l'espèce, conformément à l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*?
3. L'affidavit de Martha Lee, en date du 21 février 1996, l'affidavit du Dr Félix Yaroshevsky,

sworn January 26, 1996, and the affidavit of Tamara Toledo, sworn August 3, 1996, said affidavits contained in the applicants' application record, be struck?

en date du 26 janvier 1996, et l'affidavit de Tamara Toledo, en date du 3 août 1996, contenus dans le dossier de la demande des requérants, doivent-ils être radiés?

DISCUSSION

ANALYSE

17 I will deal with the last issue first. Dr. Yaroshevsky's affidavit is in respect of his expert medical opinion regarding the applicants' children. Ms. Lee's affidavit is in respect of her documentary research regarding human rights conditions in Chile, and conditions relating particularly to the prosecution of officials of the Chilean government involved in human rights violations in Chile during the military regime of General Pinochet. Ms. Toledo's affidavit contains a translation of news articles.

Je traiterai tout d'abord de la dernière question. 17 L'affidavit du D^r Yaroshevsky contient son avis d'expert médical au sujet des enfants des requérants. L'affidavit de M^{me} Lee concerne ses recherches documentaires au sujet de la situation des droits de la personne au Chili, et particulièrement de la situation ayant trait aux poursuites intentées contre les officiers du gouvernement chilien qui auraient violé les droits de la personne au Chili sous le régime militaire du général Pinochet. L'affidavit de M^{me} Toledo renferme une traduction de certains articles de journaux.

18 The respondent submits that the said affidavits are not properly before this Court in challenging an action taken by the IEO, because the facts contained in the affidavits were not submitted to the IEO when she booked the applicants' flights to Chile on January 22, 1996. The respondent submits that, on a judicial review, this Court is bound by the record that was before the tribunal at the time of the decision. Therefore, the only proper evidence before this Court is the Rule 17 *Federal Court Immigration Rules, 1993* [SOR/93-22] tribunal record. Therefore, the applicants are not entitled to rely upon the facts in the documentary evidence submitted by way of these affidavits.

L'intimé fait valoir que la Cour ne devrait pas être 18 saisie de ces affidavits dans une instance contestant une mesure prise par l'agente d'expulsion, parce que les faits contenus dans les affidavits n'étaient pas connus de l'agente d'expulsion quand elle a réservé les billets d'avion des requérants à destination du Chili le 22 janvier 1996. L'intimé soutient que, dans une procédure de contrôle judiciaire, la Cour est liée par le dossier dont était saisi le tribunal au moment de la décision. Par conséquent, la seule preuve appropriée dont est saisie la Cour est le dossier du tribunal établi conformément à la Règle 17 des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration* [DORS/93-22]. Les requérants ne peuvent donc s'appuyer sur les faits exposés dans la preuve documentaire déposée au moyen de ces affidavits.

19 The applicants submit that the said affidavits are properly before the Court because this is an application for declaratory relief.

Les requérants soutiennent que ces affidavits ont 19 été soumis à la Cour de façon appropriée parce qu'il s'agit d'une demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire.

Analysis

Analyse

20 First of all, I will deal with the matter of Dr. Yaroshevsky's affidavit concerning the applicants' children. As the applicants' children are not parties

Tout d'abord, je traiterai de l'affidavit du D^r 20 Yaroshevsky concernant les enfants des requérants. Étant donné que ces enfants n'ont pas été constitués

to the action via a Rule 1700 [of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] litigation guardian, the psychiatric opinion in respect of them is inadmissible. The children's concerns more properly would be raised within the framework of a subsection 114(2) humanitarian and compassionate application.

21 Regarding the remaining affidavits at issue, the case law is clear that the Court is bound to the record filed before a federal board, commission, or other tribunal.¹ In *Rahi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] F.C.J. No. 212 (C.A.) (QL), MacGuigan J.A. dismissed an application for an extension of time to file a supplementary affidavit. *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 471 (T.D.) (QL), is a similar case. In *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1505 (T.D.) (QL), Reed J. refused to consider new evidence that was not before the Immigration and Refugee Board (hereinafter, the IRB). Most significantly, Reed J. stated at paragraph 2:

With respect to the new evidence, I do not think it is open to me to consider it, nor do I think it is open to me to refer the application back for a rehearing so that the Board can consider it. The appropriate avenue is for it to be considered in the back-end humanitarian and compassionate review process. That is the safety valve for dealing with evidence of the type in issue.

In *Asafov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 713 (T.D.) (QL), Nadon J. comments that the application to introduce into the record new evidence which was not before the Immigration and Refugee Board when it rendered its decision would have the effect of transforming the judicial review process into that of an appeal.

22 What I find problematic in this case is exactly which or which part of what decision is, or should be, the subject of review before this Court. It has already been decided, in case law, that the constitu-

parties par la nomination d'un tuteur à l'instance, aux termes de la Règle 1700 [des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], l'avis psychiatrique qui les concerne n'est pas admissible. Les préoccupations au sujet des enfants seront examinées de façon plus appropriée dans le cadre d'une demande fondée sur le paragraphe 114(2) de la Loi, faisant intervenir des motifs d'ordre humanitaire.

Concernant les deux autres affidavits contestés, la 21 jurisprudence indique clairement que la Cour est liée par le dossier déposé devant un office fédéral¹. Dans l'arrêt *Rahi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] F.C.J. n° 212 (C.A.) (QL), le juge MacGuigan, J.C.A. a rejeté une demande de prorogation de délai en vue du dépôt d'un affidavit supplémentaire. La décision *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 471 (1^{re} inst.) (QL), est une affaire semblable. Dans la décision *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1505 (1^{re} inst.) (QL), le juge Reed a refusé d'examiner de nouveaux éléments de preuve dont n'avait pas été saisie la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR). Au paragraphe 2 de cette décision, le juge Reed tient les propos pertinents suivants:

En ce qui concerne les preuves nouvelles, je ne pense pas être en droit de les examiner, ou de renvoyer la demande pour nouvelle audition afin que la Commission puisse les prendre en considération. Elles ne pourront être examinées que dans le cadre d'un recours non juridique fondé sur des raisons d'ordre humanitaire, lequel constitue la soupape de sûreté lorsqu'il y a des preuves de ce genre.

Dans la décision *Asafov c. Canada (Ministre de 21 l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] F.C.J. n° 713 (1^{re} inst.) (QL), le juge Nadon fait observer que la demande visant à verser au dossier de nouveaux éléments de preuve dont n'était pas saisie la CISR quand elle a rendu sa décision aurait pour effet de convertir la procédure de contrôle judiciaire en une procédure d'appel.

Ce qui pose problème en l'espèce, c'est de savoir 22 exactement quelle ou quelle partie de quelle décision fait ou devrait faire l'objet du contrôle par la Cour. La jurisprudence a déjà décidé que la constitutionna-

tionality of the issuance of a deportation order cannot be attacked, and that there is a possibility that the constitutionality of the execution of a deportation order may be attacked. However, who decides to execute the deportation order? Surely, it is not the IEO, who merely makes the travel arrangements for the execution of the said order. If it were really the IEO's decision that should be attacked, then, there is no question that the above affidavits are inadmissible before this Court. I believe that the IEO's decision (if it can even be called a "decision") is not really the decision that should be under review here. However, this is the way the issue has been framed by counsel, and I will adjudicate upon it.

23 The applicants are challenging the IEO's decision in response to the *Nguyen* [*Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.)] and *Barrera* [*Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 3 (C.A.)] decisions (discussed later), which indicate that the issue of risk faced in a country of deportation coupled with the application of sections 7 and 12 of the Charter cannot be raised until the point that a decision to remove a person to a particular country is actually made; that is, until the removal arrangements are made. This strategy is the entrance way that technically allows for the constitutional challenge. However, I do not believe that the IEO's decision is the proper one to be challenged in this regard, because it is merely an administrative decision.

24 I do not believe that this type of interview with an IEO is even analogous to the type of hearing in which this Court is strictly bound to the record on judicial review. The IEO's administrative act of booking travel arrangements in the present case is in no way comparable to the expert, adjudicative function of the IRB. The interview with the IEO merely served an administrative function, in which the applicants were informed of the removal process, and in which travel arrangements were made. This,

lité de la délivrance d'une mesure d'expulsion ne peut être attaquée, mais qu'il existe une possibilité que la constitutionnalité de l'exécution d'une telle mesure puisse l'être. Toutefois, qui décide d'exécuter l'ordonnance d'expulsion? De toute évidence, ce n'est pas l'agent d'expulsion, qui s'est tout simplement occupé des préparatifs de voyage nécessaires à l'exécution de ladite ordonnance. Si c'est véritablement la décision de l'agent d'expulsion qu'il faut contester, alors il ne fait aucun doute que les affidavits précités ne sont pas admissibles devant la Cour. Je crois que la décision de l'agente d'expulsion (si on peut même la qualifier de «décision») n'est pas véritablement la décision qui est soumise à notre examen en l'espèce. Toutefois, c'est la façon dont la question a été formulée par l'avocat, et je me prononcerai sur cette question.

23 Les requérants contestent la décision de l'agente d'expulsion dans le sillage des arrêts *Nguyen* [*Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.)] et *Barrera* [*Barrera c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 3 (C.A.)] (analysés plus loin), qui font ressortir que la question du risque qui existe dans le pays vers où les requérants sont expulsés, combinée à l'application des articles 7 et 12 de la Charte, ne peut être soulevée tant qu'une décision de renvoyer une personne vers un pays particulier n'a pas été réellement prise; c'est-à-dire tant que les préparatifs de voyage n'ont pas été faits. Cette stratégie ouvre techniquement la voie à une contestation constitutionnelle. Toutefois, je ne crois pas que ce soit la décision de l'agente d'expulsion qui doit être contestée à cet égard, étant donné qu'il s'agit simplement d'une décision administrative.

24 Je ne crois pas que le type d'entrevue qui a lieu avec un agent d'expulsion soit même semblable au type d'audience à l'égard de laquelle, dans une procédure de contrôle judiciaire, la Cour est strictement liée par le dossier dont le tribunal était saisi. La mesure administrative prise par l'agente d'expulsion pour réserver les billets d'avion en l'espèce n'est nullement comparable à la fonction d'expert et d'arbitre de la CISR. L'entrevue avec l'agente d'expulsion constitue simplement une fonction adminis-

clearly, is not an adjudicative decision.

25 The relief requested by the applicants is declaratory relief. This declaratory relief is in respect of the decision of the “tribunal” IEO. Although I have trouble characterizing the IEO’s act as the decision of a tribunal, the proper evidentiary basis to proceed on is, nevertheless, the record of what was before the tribunal i.e., the IEO. If this Court were to hear additional evidence that was not before the IEO, that would have the effect of transforming the judicial review process into that of an appeal. Therefore, not only are the above affidavits submitted on behalf of the applicants inadmissible, but so too, is the affidavit of Janice Rodgers concerning country conditions in Chile, submitted on behalf of the respondent, inadmissible.

26 Having disposed of preliminary evidentiary matters, I can now move on to the more substantive issues of this case. This requires, first, a brief examination of the legislative scheme governing the applicants’ circumstances in Canada.

Legislative scheme: who has the right to enter and remain in Canada?

27 In the recent decision *Sinnappu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 791 (T.D.) (hereinafter *Sinnappu*), McGillis J. succinctly outlined the legislation that is applicable in a case such as the one before this Court. There is no need to recapitulate McGillis J.’s summary, save for a few points for the sake of clarity.

28 Paragraph 32.1(6)(c) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 12; S.C. 1992, c. 49, s. 23] of the Act provides that any conditional removal order, which may have been issued to permit the refugee

trative, au cours de laquelle les requérants ont été informés de la procédure d’expulsion, et au cours de laquelle les arrangements de voyage ont été pris. Manifestement, il ne s’agit pas d’une fonction de décision.

25 Les requérants demandent un jugement déclaratoire, ayant trait à la décision du «tribunal» que constitue l’agente d’expulsion. Bien que j’aie de la difficulté à qualifier la mesure prise par l’agente d’expulsion de décision d’un tribunal, le fondement approprié de la preuve est néanmoins le dossier regroupant les éléments dont était saisi le tribunal, c’est-à-dire l’agente d’expulsion. Si la Cour devait entendre de nouveaux éléments de preuve dont n’était pas saisie l’agente d’expulsion, cela aurait pour effet de convertir la procédure de contrôle judiciaire en une procédure d’appel. Par conséquent, non seulement les affidavits précités déposés au nom des requérants sont-ils inadmissibles, mais il en est de même de l’affidavit de Janice Rodgers, concernant la situation qui existe au Chili, qui a été déposé au nom de l’intimé.

26 Ayant réglé les questions préliminaires concernant la preuve, je peux maintenant aborder les questions de fond soulevées en l’espèce. Il faut tout d’abord examiner brièvement le régime législatif régissant la situation des requérants au Canada.

Le régime législatif: qui a le droit d’entrer et de demeurer au Canada?

27 Dans la décision récente *Sinnappu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1997] 2 C.F. 791 (1^{re} inst.) (ci-après *Sinnappu*), le juge McGillis a énoncé succinctement les dispositions législatives applicables dans une affaire semblable à celle dont est saisie la Cour. Il n’est pas nécessaire de récapituler les propos du juge McGillis, à l’exception de quelques points qui apporteront des précisions utiles.

28 L’alinéa 32.1(6)c [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 12; L.C. 1992, ch. 49, art. 23] de la Loi dispose qu’une mesure de renvoi conditionnel, qui peut avoir été prise pour permettre au demandeur

claimant to remain in Canada pending the determination of the claim, becomes effective when the claimant “is determined by the Refugee Division not to be a Convention refugee and has been so notified.” It is at that point that the unsuccessful refugee claimant no longer has a right to remain in Canada, and is subject to deportation under the terms of the removal order. However, section 37 [as am. *idem*, s. 26] gives the Minister discretionary power to authorize a person to come into or remain in Canada who would not, under other provisions of the Act, normally be allowed to do so. The applicants received “Minister’s permits” pursuant to this section.

29 As McGillis J. outlined, in addition to a PDRCC class application,² an unsuccessful refugee claimant may make an application for permanent residence under the humanitarian or compassionate grounds in subsection 114(2) of the Act. An application for humanitarian or compassionate relief from the requirement to apply for permanent residence from abroad may be made at any time and may be supported by any documentation or written submissions, which may be submitted at any time prior to the making of the decision.

30 A subsection 114(2) application is most relevant to the present case. Guidelines issued by the Department of Immigration (known as “IE 9”) to immigration officers indicate that humanitarian or compassionate grounds exist when “unusual, undeserved or disproportionate hardship would be caused to the person seeking consideration” upon departure from Canada.³ The guidelines provide examples of situations which may justify humanitarian or compassionate relief, including the existence of severe sanctions or inhumane treatment in a person’s country of origin. In that regard, section 9.07, subsection (4) of the guidelines state as follows:

4) Severe Sanctions or Inhumane Treatment in Country of Origin

du statut de réfugié de demeurer au Canada en attendant la décision relative à sa revendication, ne se réalise que si «la section du statut lui a refusé [au demandeur] le statut de réfugié au sens de la Convention et lui a dûment notifié le refus». Ce n’est qu’à partir de ce moment que le demandeur à qui on a refusé le statut de réfugié n’a plus le droit de demeurer au Canada et peut être expulsé aux termes de la mesure de renvoi. Toutefois, l’article 37 [mod., *idem*, art. 26] confère au ministre le pouvoir discrétionnaire d’autoriser une personne à entrer ou à demeurer au Canada alors que cette personne est inadmissible aux termes d’autres dispositions de la Loi. Les requérants ont obtenu des «permis ministériels» aux termes de cet article.

29 Comme le juge McGillis le dit, en plus de faire valoir son appartenance à la CDNRSRC², un demandeur non reconnu du statut de réfugié peut présenter une demande de résidence permanente pour des motifs d’ordre humanitaire en s’appuyant sur le paragraphe 114(2) de la Loi. Une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire afin d’être exempté de l’obligation de présenter une demande de résidence permanente à l’étranger peut être présentée à n’importe quel moment et être appuyée par tous documents ou observations écrites, qui peuvent être fournis à n’importe quel moment avant que la décision soit prise.

30 La demande fondée sur l’article 114(2) de la Loi est plus que pertinente en l’espèce. Les lignes directrices émises par le ministère de l’Immigration (le «IE 9») à l’intention des agents d’immigration indiquent qu’il existe des considérations humanitaires lorsque «des difficultés inhabituelles, injustes ou indues seraient causées à la personne sollicitant l’examen de son cas» au moment de quitter le Canada³. Ces lignes directrices donnent des exemples de situations pouvant justifier un redressement fondé sur des considérations humanitaires, notamment l’existence de sanctions sévères ou de mauvais traitements dans le pays d’origine d’une personne. À cet égard, le paragraphe 4 de l’article 9.07 des lignes directrices est rédigé dans les termes suivants:

4) Sanctions sévères ou mauvais traitements dans le pays d’origine

a) Positive consideration may be warranted where there exists a special situation in the person's home country, and undue hardship would likely result from removal. Such persons might face severe government sanctions on returning home because of things they have said or done while in Canada, e.g. while in Canada, a visitor has made public condemnatory comments on the policies of his/her government or has publicly embarrassed a repressive government. Examples include members of official delegations, athletic teams or cultural groups who may have spoken out against their government or whose attempt to remain in Canada could in itself result in official sanctions upon return home.

b) Others may warrant consideration because of their personal circumstances in relation to current laws and practices in their country of origin. Such persons could reasonably expect unduly harsh treatment in their country should they be removed. In these cases there should be strong reasons to believe that the person will face a life threatening situation in his or her homeland as a direct result of the political or social situation in that country. Such situations are more likely to occur in countries with repressive governments or those experiencing civil strife or at war.

c) Persons described above will, in most cases, have indicated an intention to claim refugee status and a review of their situation will occur in the context of the refugee claim procedures. . . .

d) Officers will consider the facts of the case and recommend what they believe is reasonable in the particular situation. The onus is on applicants to satisfy the officer that a) a particular situation exists in their country and that, b) their personal circumstances in relation to that situation make them worthy of positive discretion.

a) Un examen favorable peut être justifié dans les cas où, du fait de leur situation particulière dans leur pays d'origine, des personnes pourraient faire face à des difficultés excessives si elles étaient renvoyées. Ces personnes pourraient être frappées de sanctions par le gouvernement à leur retour du fait de choses qu'elles auront pu dire ou faire pendant leur séjour au Canada, p. ex., un visiteur qui, pendant son séjour au Canada, a condamné publiquement les politiques de son gouvernement ou critiqué ouvertement les mesures répressives de celui-ci. Citons à titre d'exemple les cas de membres de délégations officielles, d'équipes sportives ou de groupes culturels qui pourront s'être prononcés contre leur gouvernement ou avoir déployé, en vue de rester au Canada, des efforts susceptibles de les exposer à des sanctions officielles à leur retour dans leur pays d'origine.

b) D'autres personnes pourront faire étudier leur demande du fait de leur situation personnelle au regard des lois et pratiques en vigueur dans leur pays d'origine. Il s'agit de personnes qui ont des motifs raisonnables de craindre de faire l'objet de mauvais traitements si elles étaient renvoyées dans leur pays d'origine. Il devrait y avoir dans ces cas de bonnes raisons de croire que la vie de la personne serait menacée dans son pays d'origine en conséquence directe de la situation politique ou sociale qui règne dans ce pays. De telles situations sont plus susceptibles de se produire dans les pays dirigés par des gouvernements répressifs ou agités par des troubles civils ou une guerre.

c) Les personnes susmentionnées, auront dans la plupart des cas, manifesté leur intention de revendiquer le statut de réfugié, et leur cas sera examiné suivant les règles relatives aux revendications du statut de réfugié . . .

d) L'agent doit tenir compte des faits relatifs au cas et recommander la mesure qu'il estime raisonnable compte tenu de la situation particulière du demandeur. C'est au demandeur qu'il appartient de prouver a) l'agent a) qu'il existe une situation particulière dans son pays et b) que sa situation personnelle eu égard à la situation qui règne dans son pays justifie que celui-ci examine favorablement son cas grâce aux pouvoirs discrétionnaires qui lui ont été conférés.

31 In the event that a person makes a subsection 114(2) application based on a risk of severe sanctions or inhumane treatment, the immigration officer reviewing the file may consider, as a factor to be assessed, a negative decision in a refugee claim.

Advenant qu'une personne présente une demande fondée sur le paragraphe 114(2) parce qu'elle risque d'encourir des sanctions sévères ou de subir de mauvais traitements, l'agent d'immigration qui examine le dossier peut prendre en considération, parmi les facteurs qu'il doit évaluer, une décision défavorable concernant une revendication du statut de réfugié. 31

32 Under normal circumstances, the filing of a subsection 114(2) application does not delay the

Dans des circonstances normales, le dépôt d'une demande fondée sur le paragraphe 114(2) ne retarde 32

removal process, due to the lack of discipline in the application process.⁴

pas la procédure de renvoi, compte tenu du laxisme constaté dans le processus d'application⁴.

33 A person may challenge a negative decision from a subsection 114(2) application in the Federal Court.

33 Une décision défavorable relativement à une demande fondée sur le paragraphe 114(2) peut être contestée devant la Cour fédérale.

34 Pursuant to section 48 of the Act, a removal order shall be executed as soon as reasonably practicable. Removal officers, who arrange for the execution of the removal order, merely make the necessary arrangements for the removal of the person. They do not assess country conditions to determine whether the person may be at risk in the country to which he/she is to be removed.

34 Aux termes de l'article 48 de la Loi, une mesure de renvoi est exécutée dès que les circonstances le permettent. Les agents chargés du renvoi voient tout simplement aux préparatifs nécessaires à l'expulsion de la personne visée. Ils n'évaluent pas la situation du pays en vue de déterminer si la vie de cette personne sera menacée dans le pays vers où elle est expulsée.

Issue 1: Section 12 of the Charter and deportation orders

Question 1: L'article 12 de la Charte et les mesures d'expulsion

35 The applicants are not challenging the validity of the deportation order. Rather, they come to this Court submitting that, even though the deportation order is valid, removal under the order to Chile would put them at risk of cruel and unusual treatment.

35 Les requérants ne contestent pas la validité de l'ordonnance d'expulsion. Ils font plutôt valoir devant la Cour que, même si l'ordonnance est valide, leur renvoi au Chili leur fait courir des risques de traitements cruels et inusités.

36 Does section 12 of the Charter have application in this case?

36 L'article 12 de la Charte trouve-t-il application en l'espèce?

37 Deportation, *per se*, is not a punishment.⁵ In *Gittens (In re)*⁶ (hereinafter *Gittens*) at page 161, Mahoney J., speaking for this Court, stated:

37 L'expulsion, en soi, n'est pas une peine⁵. Dans la décision *Gittens (In re)*⁶ (ci-après *Gittens*), le juge Mahoney, s'exprimant au nom de la Cour, déclare ceci à la page 161:

Execution of any deportation order must invariably, to some degree, disrupt the deportee's life and change his prospects. The disruption may be extreme, involving separation from family and friends and expulsion, alone and friendless, to an entirely unfamiliar social, economic and political milieu. It may also merely entail a return to the totally unfamiliar. The incidents of deportation, whatever their degree, do not render it cruel and unusual treatment of an adult.

L'exécution de toute ordonnance d'expulsion bouleverse inévitablement, dans une certaine mesure, les habitudes de vie de la personne visée et change ses projets d'avenir. Ce bouleversement peut être important, obligeant l'intéressé à se séparer de sa famille et de ses amis pour être expulsé seul et abandonné dans un milieu social, économique et politique qui lui est tout à fait inconnu. Il peut aussi n'occasionner que le simple retour à quelque chose qu'il connaît très bien. Peu importe les conséquences de l'expulsion, celles-ci ne sauraient constituer un traitement cruel et inusité à l'égard d'une personne d'âge adulte.

As the norm, execution of a deportation order is not, in the abstract, cruel and unusual treatment.

En qualité de norme, l'exécution d'une ordonnance d'expulsion ne peut, dans l'abstrait, constituer un traitement cruel et inusité.

Therefore, we already know that section 12 of the Charter is not breached by deportation *per se*.

38 However, we are not dealing here with deportation in the abstract.

39 The subsequent decisions in *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.) (hereinafter *Nguyen*) and *Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 3 (C.A.) (hereinafter *Barrera*) distinguish between the execution of a deportation order and the fact of a deportation order itself. In *Barrera*, MacGuigan J.A., writing for the Court, observed that measuring the effect of the deportation for gross disproportionality may be “a balancing requirement”. However, MacGuigan J.A. did not decide the question of the constitutional standard applicable to “cruel and unusual treatment.” In the same vein, the *obiter* of Marceau J.A. in *Nguyen* [at pages 708-709] concerning the execution of a deportation order is as follows:

We have been dealing here: first, with the issuance of a deportation order, not its actual execution to a precise country It would be my opinion, however, that the Minister would act in direct violation of the Charter if he purported to execute a deportation order by forcing the individual concerned back to a country where, on the evidence, torture and possibly death will be inflicted. It would be, it seems to me, a participation in a cruel and unusual treatment within the meaning of section 12 of the Charter, or, at the very least, an outrage to public standards of decency, in violation of the principles of fundamental justice under section 7 of the Charter. There are means to enjoin the Minister not to commit an act in violation of the Charter.

According to this *obiter*, the execution of a deportation order in the individual circumstances of the person to be deported may result in cruel and unusual treatment. However, the situation of the applicant in *Nguyen*, which gave rise to this *obiter*, is different from the case at bar in one significant respect. The applicant, in *Nguyen* had been denied access to the refugee determination system, while the applicants here have had several hearings. Also,

Par conséquent, nous savons déjà que l'article 12 de la Charte n'est pas enfreint par l'expulsion elle-même.

Toutefois, nous ne traitons pas ici de l'expulsion 38 dans l'abstrait.

Les décisions subséquentes dans *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.) (ci-après *Nguyen*) et *Barrera c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 3 (C.A.) (ci-après *Barrera*) établissent une distinction entre l'exécution d'une mesure d'expulsion et la mesure d'expulsion elle-même. Dans l'arrêt *Barrera*, le juge MacGuigan, J.C.A., s'exprimant au nom de la Cour, fait observer que le critère employé pour déterminer si la mesure d'expulsion est exagérément disproportionnée peut être «une exigence d'équilibre». Toutefois, le juge MacGuigan ne s'est pas prononcé sur la norme constitutionnelle applicable au «traitement cruel et inusité». Dans le même ordre d'idées, le juge Marceau, J.C.A., exprime dans l'affaire *Nguyen* [aux pages 708 et 709] une opinion incidente concernant l'exécution d'une mesure d'expulsion:

Nous avons traité en l'espèce: tout d'abord, de la délivrance d'une mesure d'expulsion, et non de sa mise à exécution vers un pays précis . . . Je serais toutefois d'avis que le ministre violerait carrément la Charte s'il prétendait exécuter une mesure d'expulsion en forçant l'intéressé à retourner dans un pays où, selon la preuve, il sera torturé et peut-être mis à mort. Il me semble que ce serait participer à un traitement cruel et inusité au sens de l'article 12 de la Charte ou, à tout le moins, commettre un outrage aux normes publiques de la décence, en violation des principes de justice fondamentale visés à l'article 7 de la Charte. Il existe des moyens d'enjoindre au ministre de ne pas agir en violation de la Charte.

Selon cette opinion incidente, l'exécution d'une mesure d'expulsion dans la situation particulière de la personne visée peut entraîner un traitement cruel et inusité. Toutefois, la situation du requérant dans *Nguyen*, qui a donné lieu à cette opinion incidente, est différente de celle des requérants en l'espèce sous au moins un aspect important. On avait refusé au requérant *Nguyen* l'accès au système de détermination du statut de réfugié, alors qu'en l'espèce les

in *Nguyen*, Marceau J.A., required actual evidence that “torture and possibly death will be inflicted” if Mr. Nguyen was returned to his country of nationality. In the present case, no such evidence relating to current country conditions is properly before this Court.

requérants ont déjà obtenu plusieurs audiences. En outre, dans *Nguyen*, le juge Marceau, J.C.A., exigeait de véritables éléments de preuve attestant que le requérant «[serait] torturé et peut-être mis à mort» si M. Nguyen retournait dans son pays de citoyenneté. En l’espèce, la Cour n’est saisie d’aucun élément de preuve de ce genre ayant trait à la situation du pays.

40 In support of the position that deportation to a particular country engages section 12, the applicants cite the *obiter* of Mahoney J.A. in the Federal Court of Appeal decision of *Orelien v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 592, at page 608. Here, Mahoney J.A. commented that, “It would be a grave, and I hope justiciable, matter indeed if Canada were to execute deportation orders in circumstances which breached obligations under international law, and put the life, liberty or security of persons in peril.” However, these comments were not determinative of an issue in that particular appeal.

À l’appui de la position selon laquelle l’expulsion vers un pays précis entraîne l’application de l’article 12, les requérants citent l’opinion incidente du juge Mahoney de la Cour d’appel fédérale dans *Orelien c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 C.F. 592, à la page 608. Dans cet arrêt, le juge Mahoney a fait l’observation suivante: «Ce serait évidemment une question sérieuse et, j’ose l’espérer, qui relèverait des tribunaux, si le Canada devait exécuter des mesures d’expulsion dans des circonstances incompatibles avec ses obligations découlant du droit international et qui mettent en danger la vie, la liberté ou la sécurité d’autrui». Toutefois, ces observations n’ont pas été déterminantes pour l’une des questions soulevées dans cet appel particulier.

41 I believe that the most relevant discussion applicable to the facts of this case is that forwarded by McGillis J. in *Sinnappu* regarding the importance of a risk assessment before deportation. McGillis J. found that, although the applicants would be deported to a state engaged in ongoing, civil war, Charter rights had not been violated because there had been a risk assessment through the PDRCC class process. What I draw from the *Sinnappu* decision is that while section 12 of the Charter is engaged in the removal process, it is not violated in fact scenarios where a risk assessment has been conducted under the provisions of the Act or Regulations [*Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172*].

Je pense que l’analyse la plus pertinente applicable aux faits de l’espèce est celle faite par le juge McGillis dans la décision *Sinnappu*, concernant l’importance de l’évaluation du risque avant l’expulsion. Le juge McGillis a statué que, même si les requérants devaient être expulsés vers un pays engagé dans une guerre civile, les droits garantis par la Charte ne seraient pas enfreints parce qu’il y avait eu une évaluation du risque dans le cadre de la procédure relative à la CDNRSRC. Ce que je retiens de la décision *Sinnappu*, c’est que même si l’article 12 de la Charte s’applique aux procédures d’expulsion, il n’est pas enfreint dans des situations où une évaluation du risque a été effectuée en vertu des dispositions de la Loi ou du Règlement [*Règlement sur l’immigration de 1978, DORS/78-172*].

42 McGillis J. went on to conclude at page 832 that, given the legislative safeguards and protection afforded to an unsuccessful refugee claimant, deportation would offend neither the “standards of decency” test in *Chiarelli* nor the “gross disproport-

Le juge McGillis conclut à la page 832 que, compte tenu des protections de nature législative qui sont accordées à un demandeur non reconnu du statut de réfugié, l’expulsion ne porterait atteinte ni au critère fondé sur la «dignité humaine» énoncé

tionality” test suggested in *Barrera*. In this respect concerning the present applicants’ section 12 rights, I agree, and apply McGillis J.’s reasoning. However, this does not get us around the issue of a risk assessment, which is absent in this particular case.

43 There is an issue of current risk, and a lot of inadmissible evidence on both sides of this issue. However, is it even the place of this Court to determine country conditions, necessary for such a risk assessment? I think not.

44 At pages 832-833 of *Sinnappu*, McGillis J. found that, as the issue of risk had not been properly evaluated, it was possible that the applicants’ section 12 rights may be engaged through deportation to Sri Lanka. McGillis J. enjoined the Minister not to remove the applicants before a decision is made on their pending subsection 114(2) applications. I believe that the same result would be the just result in the unusual circumstances of the case at bar.

Issue 2: Section 7 and deportation orders

45 In my section 7 analysis of the issues, I again will draw heavily from McGillis J.’s section 7 analysis in *Sinnappu*. Although McGillis J.’s decision in that case was in respect of the appeal of a PDRCC class decision, the analysis concerning the Charter rights of unsuccessful refugee claimants applies equally here.

46 Section 7 of the Charter provides as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

47 In *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, Sopinka J. outlined, at

dans l’arrêt *Chiarelli* ni au critère de la «mesure exagérément disproportionnée» énoncé dans *Barrera*. À cet égard, pour ce qui concerne les droits des requérants en vertu de l’article 12, j’accepte et applique le raisonnement du juge McGillis. Toutefois, cela ne règle pas la question de l’évaluation du risque, qui n’a pas été faite en l’espèce.

En l’espèce, il y a une question de risque actuel, et beaucoup d’éléments de preuve non admissibles fournis par les deux parties sur cette question. Toutefois, est-ce à la Cour qu’il incombe de déterminer la situation qui existe dans un pays, afin que cette évaluation du risque soit faite? Je ne le pense pas.

Aux pages 832 et 833 de la décision *Sinnappu*, le juge McGillis a statué que, comme la question du risque n’avait pas été correctement évaluée, il était possible que l’expulsion des requérants vers le Sri Lanka violent leurs droits garantis par l’article 12. Le juge McGillis a enjoint au ministre de ne pas renvoyer les requérants avant qu’une décision soit prise concernant les demandes fondées sur le paragraphe 114(2). Je crois que le même résultat serait équitable dans les circonstances inhabituelles de l’espèce.

Question 2: L’article 7 et les mesures d’expulsion

45 Dans mon analyse des questions soulevées en l’espèce relativement à l’article 7, je m’inspirerai encore fortement de l’analyse du même article effectuée par le juge McGillis dans la décision *Sinnappu*. Bien que la décision du juge McGillis dans cette affaire ait porté sur l’appel de la décision relative à la CDNRSRC, l’analyse concernant les droits garantis par la Charte aux demandeurs non reconnus du statut de réfugié s’applique également ici.

46 L’article 7 de la Charte est formulé dans les termes suivants:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

47 Dans l’arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, le juge

page 584, the following approach to assess an alleged violation of the section 7 Charter rights of an individual to life, liberty and security of the person:

Section 7 involves two stages of analysis. The first is as to the values at stake with respect to the individual. The second is concerned with possible limitations of those values when considered in conformity with fundamental justice.

48 There is no unqualified right for non-citizens to enter or remain in Canada.⁷ In *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779 (hereinafter *Kindler*), the Supreme Court held that the extradition of an individual, even if the individual were to face the death penalty, did not infringe either sections 7 or 12 of the Charter. La Forest J., for the majority, held that the Government had the right and duty to keep out and to expel aliens from this country if it considered it advisable to do so. However, the *Kindler* case is distinguishable from the case at bar because it was recognized that the appellant, in *Kindler*, had gone through due process in relation to the imposition of the death penalty. The applicants at bar are not claiming that they will face trial and the possible imposition of the death penalty after a full and fair trial. They claim that they face the risk of extra-judicial killing by former colleagues from the police.

49 The threshold question to be determined in the first stage of the section 7 analysis is whether the IEO's arrangements for the execution of the deportation order to a particular country engages section 7 life, liberty or security of the person interests. If the answer in the first stage is in the positive, the second stage of the section 7 analysis requires an examination of whether the execution of the deportation order would constitute a deprivation of their right to life, liberty or security of the person, that is not in accordance with fundamental justice. However, at this point, I must stop the analysis and refer back to my determination in the previous section concerning the necessity of a risk assessment in this case. I cannot completely answer this issue until

Sopinka expose, à la page 584, le raisonnement à suivre pour évaluer une violation alléguée du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, garanti par l'article 7 de la Charte:

L'article 7 comporte deux éléments d'analyse. Le premier se rapporte aux valeurs en jeu en ce qui concerne l'individu. Le second se rapporte aux restrictions éventuelles de ces valeurs sous l'angle de leur conformité avec les principes de justice fondamentale.

48 Les non-citoyens n'ont pas le droit absolu d'entrer ou de demeurer au Canada⁷. Dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779 (ci-après *Kindler*), la Cour suprême a statué que l'extradition d'une personne, même si celle-ci risquait la peine de mort, ne contrevenait ni à l'article 7 ni à l'article 12 de la Charte. Au nom de la majorité, le juge La Forest a statué que le gouvernement avait le droit et le devoir d'empêcher des étrangers d'entrer au Canada et de les en expulser s'il jugeait que cela était souhaitable. Toutefois, l'affaire *Kindler* peut être distinguée du cas en l'espèce parce que dans cette affaire, il avait été reconnu que l'appelant avait eu droit à un procès équitable qui avait abouti à l'imposition de la peine de mort. En l'espèce, les requérants ne prétendent pas qu'ils seront jugés et qu'on leur imposera peut-être la peine de mort à l'issue d'un procès équitable et complet. Ils soutiennent qu'ils courent le risque d'être exécutés par d'anciens collègues de la police, sans jugement régulier.

49 La question préliminaire à laquelle il faut répondre dans le premier élément d'analyse de l'article 7 est de savoir si les préparatifs faits par l'agente d'expulsion pour l'exécution de l'ordonnance d'expulsion vers un pays précis porte atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne garanti par l'article 7. Si la réponse est positive, il faudra en second lieu déterminer si l'exécution de l'ordonnance priverait les requérants du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne en violation des principes de justice fondamentale. Toutefois, je dois faire ici une pause dans mon analyse et revenir à ma conclusion dans la section antérieure concernant la nécessité d'une évaluation du risque en l'espèce. Je ne peux répondre complète-

there is a decision on a subsection 114(2) application.

ment à cette question tant qu'une décision n'aura pas été rendue relativement à une demande fondée sur le paragraphe 114(2).

50 It was entirely open to Parliament to enact the removal provisions in the Act as they now stand. There are adequate safeguards. The applicants have availed themselves of many. Under the current legislation regarding removal, the applicants have had at least fifteen opportunities to have their case heard. In the circumstances, I cannot accept the proposition that the impugned provisions violate the principles of fundamental justice.

50 Le législateur était tout à fait en droit d'adopter les dispositions législatives actuelles concernant l'expulsion. Des protections adéquates ont été prévues. Les requérants se sont prévalus de bon nombre d'entre elles. En vertu des dispositions en vigueur concernant les renvois, les requérants ont eu la possibilité de faire entendre leur cause à au moins quinze reprises. Dans les circonstances, je ne peux accepter la proposition voulant que les dispositions attaquées enfreignent les principes de justice fondamentale.

51 Further, I believe that the procedural safeguards accorded to unsuccessful refugee claimants such as the applicants through a subsection 114(2) application are enough to satisfy the principles of fundamental justice enshrined in section 7 of the Charter.⁸ But, nothing in the Act or the Regulations prohibits the deportation of an unsuccessful refugee claimant prior to the making of a decision on either of those types of applications.

51 En outre, je crois que les garanties procédurales accordées aux demandeurs non reconnus du statut de réfugié, comme les requérants, par voie d'une demande fondée sur le paragraphe 114(2) sont suffisantes pour satisfaire aux principes de justice fondamentale enchâssés à l'article 7 de la Charte⁸. Mais, il n'y a rien dans la Loi ou le Règlement qui empêche l'expulsion d'un demandeur non reconnu du statut de réfugié avant qu'une décision soit prise sur l'un ou l'autre des types de demandes.

52 The applicants at bar are the subjects of a deportation order because their legal status in Canada has expired. In terms of the process of implementing the deportation order, the applicants come before this Court after a long litigation history and numerous applications to various tribunals. The legality of the removal decisions made against the applicants have all been upheld. The applicants have had the opportunity to be heard on numerous occasions. Contrary to the fact situation in *Chiarelli*, the applicants have had aggravating or mitigation circumstances reviewed through a succession of ministers. I fail to see at which point the applicants were denied fundamental justice.

52 En l'espèce, les requérants font l'objet d'une mesure d'expulsion parce que leur statut légal au Canada a expiré. Du point de vue de l'application de la mesure d'expulsion, les requérants se présentent devant la Cour après de nombreuses contestations et plusieurs demandes présentées devant divers tribunaux. La légalité des décisions de renvoi prises contre les requérants a toujours été maintenue. Les requérants ont eu la possibilité d'être entendus à de nombreuses occasions. Contrairement à la situation de fait dans *Chiarelli*, les requérants ont fait réexaminer les circonstances aggravantes ou atténuantes par plusieurs ministres. Je ne vois pas à quelle étape on aurait pu manquer aux principes de justice fondamentale dans le cas des requérants.

53 Where, exactly, in the decision-making process is the breach of fundamental justice (if there is one) located? Where have the applicants been denied fundamental justice? The applicants submit that the

53 Où exactement peut-on constater dans le processus décisionnel qu'il y a eu violation des principes de justice fondamentale (si tant est qu'il y en a eu une)? De quelle façon a-t-on manqué à la justice

constitutional breach has occurred because there is no statutory or administrative process whereby the human rights of the person may be balanced against state interests in respect of the execution of a removal order to a particular country. The alternative argument is that the principles of fundamental justice may only be complied with by a consideration by this Court of the circumstances of the applicants balanced against state interests in the context of consideration for declaratory relief.

- 54 A vehicle exists for the consideration of the applicant's concerns regarding events that may have occurred that have changed their situation into one in which there is risk. The vehicle is a subsection 114(2) application for admission to Canada on humanitarian or compassionate grounds. The existence of this vehicle makes the process that the applicants have gone through comply with the principles of fundamental justice. This Court cannot force the applicants to make use of this vehicle. If the applicants decline to use what is available to them, there is no denial of fundamental justice.

The Federal Court Act: Remedies available

- 55 According to *Gittens (In Re)*, [1983] 1 F.C. 152 (T.D.), this Court has jurisdiction under section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] to issue an injunction restraining a minister or a federal board from executing their statutory duties in a manner that is illegal or *ultra vires*. Section 50 of the *Federal Court Act* allows this Court, in its discretion, to stay proceedings in any cause or matter where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed. Any stay ordered under this section may subsequently be lifted in the discretion of this Court. Section 18.2 [as enacted *idem*, s. 5] allows this Court, on an application for judicial review, to make such interim orders as it considers appropriate pending the final disposition of the application. According to the above sections, I believe that this Court has jurisdiction to issue an order restraining the Minister from deporting the applicants pending the outcome of subsection 114(2) applications for landing on humanitarian or compas-

fondamentale à l'égard des requérants? Les requérants font valoir qu'il y a eu violation de la Constitution parce qu'il n'y a pas de procédure d'origine administrative ou législative en vertu de laquelle les droits de la personne peuvent être évalués au regard des intérêts de l'État concernant l'exécution d'une mesure de renvoi vers un pays donné. L'argument subsidiaire allègue que les principes de justice fondamentale ne peuvent être respectés que si la Cour examine la situation des requérants au regard des intérêts de l'État dans le contexte d'une demande de jugement déclaratoire.

- Il existe un moyen d'examiner les préoccupations des requérants concernant les événements qui peuvent avoir entraîné un changement de situation du fait de l'ajout d'un élément de risque. Il s'agit d'une demande d'admission au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire fondée sur le paragraphe 114(2). L'existence de ce moyen fait en sorte que la procédure qu'ont suivie les requérants respecte les principes de justice fondamentale. La Cour ne peut obliger les requérants à s'en prévaloir. Si les requérants refusent d'utiliser les outils qui sont à leur disposition, il ne peut y avoir déni de justice fondamentale.

La Loi sur la Cour fédérale: redressements possibles

- 55 Selon la décision *Gittens (In re)*, [1983] 1 C.F. 152 (1^{re} inst.), la Cour a compétence en vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] pour rendre une injonction interdisant au ministre ou à un office fédéral d'exécuter leurs fonctions légales d'une manière qui soit illégale ou *ultra vires*. L'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire lorsque, pour quelque raison que ce soit, l'intérêt de la justice l'exige. Toute suspension ordonnée en vertu de cet article peut ultérieurement être annulée à la discrétion de la Cour. L'article 18.2 [édicte, *idem*, art. 5] confère à la Cour le pouvoir, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, de prendre les mesures provisoires qu'elle estime indiquées avant de rendre sa décision définitive. En vertu de ces articles, je crois que la Cour a compétence pour rendre une ordonnance interdisant au ministre d'expulser les requérants tant que l'issue des demandes de droit d'établissement

sionate grounds. The facts peculiar to this case, and the implication in *Sinnappu* that a risk assessment should be done before deporting failed refugee claimants in order to determine whether deportation may violate their Charter rights, cry out for such an outcome.

CONCLUSION

56 By way of judicial review, the applicants, who are unsuccessful refugee claimants with a long history of residency in Canada, have challenged the constitutional validity of removal orders requiring their deportation to Chile.

57 A technical problem with this case is the decision being challenged, that being a decision primarily administrative in nature. However, there are numerous substantive grounds upon which I can resolve this case, thus overcoming this shortcoming.

58 The applicants state that they are afraid to return to Chile because they face a risk of extra-judicial killing or torture. However, they have already had their claims to refugee status rejected. New facts seem to have arisen since 1994 which go to the issue of risk, but the applicants have not sought to have their refugee claim redetermined. As counsel for the applicants has stated, it would be pointless for the applicants to try to re-open their refugee claims (yet again) over twenty years after their claims were made, to try to establish that they still fit within the definition of a Convention refugee. I certainly agree that the issues have gone beyond that in relation to the position the applicants are in now. Considering the length of time that has elapsed since the original claims to refugee status, a re-opening of their refugee claims may not be the most appropriate route to dispose of this case, anyway.

pour des motifs d'ordre humanitaire fondées sur le paragraphe 114(2) ne sera pas connue. Les faits particuliers de l'espèce, et la conclusion implicite qui se dégage de *Sinnappu* selon laquelle une évaluation du risque doit être effectuée avant d'expulser des demandeurs non reconnus du statut de réfugié afin de décider si l'expulsion viole les droits garantis par la Charte, exigent que la Cour en arrive à un tel résultat.

CONCLUSION

56 Dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, les requérants, qui sont des demandeurs non reconnus du statut de réfugié et qui résident depuis longtemps au Canada, ont contesté la validité constitutionnelle des mesures de renvoi exigeant leur expulsion vers le Chili.

57 Cette affaire pose un problème technique, c'est-à-dire que la décision attaquée est une décision principalement de nature administrative. Toutefois, il y a de nombreux motifs de fond à partir desquels je peux résoudre cette affaire, en contournant cette lacune.

58 Les requérants disent qu'ils craignent de retourner au Chili parce qu'ils pourraient être torturés ou être mis à mort sans avoir été régulièrement jugés. Toutefois, leurs revendications du statut de réfugié ont déjà été refusées. De nouveaux faits semblent s'être produits depuis 1994, relativement à la question du risque, mais les requérants n'ont pas demandé que leurs revendications du statut de réfugié soient réexaminées. Comme l'avocat des requérants l'a indiqué, il serait inutile que les requérants essaient de rétablir (encore une fois) leurs revendications du statut de réfugié vingt ans après la présentation de ces revendications, afin d'essayer d'établir qu'ils répondent toujours à la définition de réfugié au sens de la Convention. Je suis certainement d'accord pour dire que les questions ont dépassé ce stade pour ce qui concerne la situation actuelle des requérants. Considérant le temps qui s'est écoulé depuis les revendications initiales du statut de réfugié, leur réouverture n'est peut-être pas la meilleure façon de régler cette affaire.

- 59 The applicants have pointed out a potential deficiency in the removal process. This deficiency is constitutionally relevant if the applicants can establish, on the facts, that they face a risk of harm if deported to Chile, such harm as would be an affront to Canadian standards of decency. The Federal Court of Appeal decision in *Nguyen* opens a door to such a conclusion, and the Federal Court, Trial Division's decision in *Sinnappu* further paves the way. However, such a conclusion is not obligatory.
- 60 The applicants ask for a finding as to the unconstitutionality of sections 48 and 52 of the Act. In the absence of notice of a constitutional question, this request is not properly before this Court.
- 61 In any event, there is no room for a Charter determination by this Court in the way that the applicants have presented their case. There is, however, authority for the discretionary remedy of an order prohibiting the deportation of the applicants pending the outcome of a subsection 114(2) application in which the applicants' Charter rights, amongst other factors, will be determined. Counsel for the applicants submits that the evidence shows that, in the applicants' 19 years of residence in Canada, they have become well established and have led exemplary lives, and are raising their children well. These are factors that are relevant to a subsection 114(2) application for admission to Canada on humanitarian or compassionate grounds, but not to this application for judicial review. There is a process available to the applicants in which their concerns would be most properly addressed.
- 62 It must be remembered that this couple has been in Canada for almost 20 years, and has never been in trouble with the law here. The suggestion here is that the applicants have helped the police forces both here and in Chile. They have been able to secure Minister's permits in Canada, and have twice
- Les requérants ont signalé une lacune potentielle dans la procédure de renvoi. Cette lacune est pertinente sur le plan constitutionnel si les requérants peuvent établir, d'après les faits, qu'ils courent le risque de subir un préjudice s'ils sont expulsés vers le Chili, un préjudice qui irait à l'encontre des normes canadiennes de dignité humaine. La décision de la Cour d'appel fédérale dans *Nguyen* ouvre la porte à une telle conclusion, et la décision de la Section de première instance de la Cour fédérale dans *Sinnappu* la confirme. Toutefois, une telle conclusion n'est pas obligatoire.
- Les requérants demandent à la Cour de statuer sur la non-constitutionnalité des articles 48 et 52 de la Loi. En l'absence d'un avis d'une question constitutionnelle, la Cour n'est pas à bon droit saisie de cette question.
- De toute façon, la Cour ne peut rendre une décision fondée sur la Charte compte tenu de la façon dont les requérants ont présenté leur cause. Toutefois, elle a le pouvoir d'accorder un redressement discrétionnaire sous la forme d'une ordonnance interdisant l'expulsion des requérants en attendant l'issue d'une demande fondée sur l'article 114(2) dans laquelle les droits des requérants garantis par la Charte, entre autres facteurs, seront déterminés. L'avocat des requérants fait valoir que la preuve démontre qu'en 19 années de résidence au Canada, les requérants se sont bien établis et ont mené des vies exemplaires, et qu'ils ont bien élevé leurs enfants. Ce sont des facteurs pertinents à analyser dans le cadre d'une demande d'admission au Canada fondée sur l'article 114(2) pour des motifs d'ordre humanitaire, mais pas dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire. Les requérants peuvent se prévaloir de cette procédure pour que leurs préoccupations soient examinées de façon plus appropriée.
- Il faut se souvenir que le couple se trouve au Canada depuis près de 20 ans, et qu'il n'a jamais eu maille à partir avec la loi. Il semble que les requérants aient aidé les forces policières au Canada et au Chili. Ils ont réussi à obtenir des permis ministériels au Canada et ont par deux fois fait approuver en

been approved in principle for landing in Canada. These are indications leaning in favour of them. In addition, the extent of the extraordinary waiting period of time for a decision of the Federal Court of Appeal must be taken into account.

principe leur droit d'établissement au Canada. Ce sont autant d'éléments qui penchent en leur faveur. En outre, il faut tenir compte du délai extraordinairement long qui s'est écoulé avant qu'une décision de la Cour d'appel fédérale soit rendue.

63 The real issue here is whether this couple should be permitted to stay in Canada on humanitarian or compassionate grounds, pursuant to subsection 114(2) of the Act. Justice can only be served by staying the pending deportation orders, to permit a subsection 114(2) application. Failing to make this application within 45 days, this stay shall be removed.

La véritable question en l'espèce est de savoir si le couple devrait être autorisé à demeurer au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire, en conformité avec le paragraphe 114(2) de la Loi. L'intérêt de la justice exige que les mesures d'expulsion soient suspendues, afin de permettre le dépôt d'une demande fondée sur le paragraphe 114(2). Si cette demande n'est pas présentée dans un délai de 45 jours, la suspension sera levée. 63

64 If the applicants make subsection 114(2) applications within 45 days of this order—and I would strongly encourage them to do so—then, the stay of the deportation orders shall continue until the processing of the applications is complete. I would suggest, in the event that such an application is made, that the applicants file all of their background data, including the IEO's decision. When there is a decision on the subsection 114(2) applications, this Court can render its final decision regarding the Charter issue in the current section 18 application for judicial review. If the applicants are already landed as immigrants at that point in time, then the issues in this case will be moot. On the other hand, if it is determined that there are insufficient humanitarian or compassionate grounds for landing the applicants, having given due regard to the question of risk, then this stay will be dissolved and the applicants will be deported from Canada because there will be no question as to the breach of any Charter rights.

Si les requérants déposent leurs demandes fondées sur le paragraphe 114(2) dans les 45 jours suivant la présente ordonnance—et je les encourage fortement à le faire—alors, la suspension des mesures d'expulsion sera maintenue jusqu'à la fin du traitement des demandes. Je suggérerais aux requérants, au cas où ils présenteraient une telle demande, de déposer toutes les données pertinentes, y compris la décision de l'agente d'expulsion. Une fois que la décision aura été rendue concernant les demandes fondées sur le paragraphe 114(2), la Cour pourra rendre sa décision définitive concernant la question fondée sur la Charte dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18. Si les requérants ont déjà obtenu le droit d'établissement à cette étape, alors l'affaire n'aura plus de raison d'être. Par ailleurs, s'il est déterminé qu'il n'y a pas suffisamment de motifs d'ordre humanitaire pour accorder le droit d'établissement aux requérants, après que le risque aura été dûment évalué, alors la suspension sera annulée et les requérants seront expulsés du Canada parce qu'ils ne pourront plus invoquer qu'il y a eu une violation des droits garantis par la Charte. 64

65 The applicants, who have no right to remain in Canada, have an obligation to pursue actively and aggressively all legislative avenues available to them in an attempt to obtain status in this country.

Les requérants, qui n'ont aucun droit de demeurer au Canada, ont l'obligation de poursuivre activement et énergiquement tous les moyens légaux qui sont à leur disposition afin d'obtenir un statut légal dans ce pays. 65

66 An order will go that the execution of the deportation orders against the applicants be stayed for 45

Une ordonnance sera rendue indiquant que l'exécution des mesures d'expulsion prises contre les 66

days to allow the applicants to submit subsection 114(2) applications. If no such applications are submitted in 45 days, then this stay is removed. If the applications are submitted in the time frame indicated, then this stay will continue until a decision has been reached on those applications, at which point this Court will render its final decision in this matter, should it be required.

¹ The following cases also support this proposition: *Lemiecha et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 72 F.T.R. 49 (F.C.T.D.), per Gibson J.; *Franz v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 80 F.T.R. 79 (F.C.T.D.), per Simpson J.

² McGillis J. found, in *Sinnappu*, that although the applicants were to be deported to a country experiencing civil strife, their Charter rights were not violated as there had already been a risk assessment under the post-determination refugee claimants in Canada (PDRCC) class. However, the PDRCC class is of no assistance to the applicants at bar, because it came into being in 1989, many years after the applicants' refugee claims had been refused.

³ IE 9, section 9.07, subsection 2.

⁴ See *Shchelkanov v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 76 F.T.R. 151 (F.C.T.D.). However, in the recent decision of *Rizzo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 125 F.T.R. 269 (F.C.T.D.), Muldoon J. issued a stay of deportation in a case where a s. 114(2) application was involved. Muldoon J. chastised the Department of Immigration for failing to communicate, in a timely manner, a negative decision in a humanitarian or compassionate application to the applicant. The s. 114(2) application had been with the Department for almost five years.

⁵ *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at pp. 735-736.

⁶ [1983] 1 F.C. 152 (T.D.).

⁷ *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711.

⁸ McGillis J., at p. 822 of *Sinnappu* likewise found that the legislative scheme prescribed in the Act and Regulations for risk assessment does not violate the principles of fundamental justice.

requérants est suspendue pendant 45 jours afin de leur permettre de présenter des demandes fondées sur le paragraphe 114(2). Si ces demandes ne sont pas déposées dans ce délai, la suspension sera levée. Si elles le sont, la suspension sera maintenue jusqu'à ce qu'une décision soit rendue relativement à ces demandes, après quoi, la Cour rendra sa décision définitive dans cette affaire, si besoin est.

¹ Les causes suivantes appuient également cette proposition: *Lemiecha et al. c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 72 F.T.R. 49 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Gibson; *Franz c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 80 F.T.R. 79 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Simpson.

² Le juge McGillis a conclu, dans la décision *Sinnappu*, que même si les requérants devaient être expulsés vers un pays où sévissait une guerre civile, leurs droits garantis par la Charte n'étaient pas enfreints étant donné qu'il y avait déjà eu une évaluation du risque à leur égard puisqu'ils faisaient partie de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (CDNRSRC). Toutefois, l'existence de cette catégorie de DNRSRC n'est d'aucune utilité pour les requérants en l'espèce, étant donné que cette catégorie n'a été créée qu'en 1989, soit de nombreuses années après que les revendications des requérants eurent été refusées.

³ IE 9, article 9.07, paragraphe 2.

⁴ Voir *Shchelkanov c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 76 F.T.R. 151 (C.F. 1^{re} inst.). Toutefois, dans la décision récente *Rizzo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 125 F.T.R. 269 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Muldoon a accordé un sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion dans une affaire où une demande fondée sur l'art. 114(2) avait été présentée. Le juge Muldoon a blâmé le ministère de l'Immigration pour ne pas avoir communiqué rapidement une décision défavorable concernant une demande d'examen pour des motifs d'ordre humanitaire présentée par le requérant. Le Ministère était saisi de la demande fondée sur l'art. 114(2) de la Loi depuis près de cinq ans.

⁵ *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, aux p. 735 et 736.

⁶ [1983] 1 C.F. 152 (1^{re} inst.).

⁷ *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711.

⁸ À la p. 822 de *Sinnappu*, le juge McGillis a statué que le régime législatif prescrit dans la Loi et le Règlement pour l'évaluation du risque ne viole pas les principes de justice fondamentale.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.

A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of Governor in Council decision terminating applicant's appointment as member of Veterans Appeal Board on ground applicant's conduct during 1993 P.E.I. provincial election incompatible with requirement of good behaviour—Appointment during good behaviour—RCMP investigation into whether applicant and others involved in irregularities in P.E.I. election concluded no evidence of offences and no criminal or other charges laid—In May 1994, applicant received letter from Privy Council Office expressing concern regarding suitability to remain member of VAB—Allegations applicant had assisted and encouraged individuals to vote in election when knew ineligible to do so—Letter enclosed copy of private investigators' report for Department of Justice—Letter advised applicant meeting had been scheduled to hear comments with respect to whether alleged conduct consistent with good behaviour—Meeting held June 9, 1994—Written submissions made—In September 1994, report to Privy Council completed—Applicant provided with copy and invited to make submissions thereon—Applicant expressed concern regarding manner investigation conducted, particularly completion of investigation report, as well as finding of final report—Applicant submitted: (1) denied procedural fairness in view of manner in which investigation conducted and of fact final report relied on statements from witnesses not given opportunity to confront or cross-examine; (2) Governor in Council erred by improperly delegating decision-making authority to its subordinates, in particular by basing its decision on Bloodworth-Whalen report and on recommendation of Minister of Veterans Affairs; (3) Governor in Council erred by applying wrong standard of good behaviour—Application dismissed—No breach of procedural fairness—(1) Applicant given opportunity to respond on both reports, and did, at June 9 meeting—Applicant not entitled to cross-examine witnesses interviewed as investigation not adjudicative process to which procedures normally associated with criminal proceeding, such as cross-examination, should apply—(2) Governor in Council did not improperly delegate decision-making authority to subordi-

ADMINISTRATIVE LAW—Continued

nates—Procedural propriety of such reliance on staff as source of advice recognized by S.C.C. in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735—(3) Decision applicant's conduct not consistent with good behaviour involved no reviewable error—Veterans Appeal Board Act, s. 4(4) empowering Governor in Council in its discretion to remove member of VAB at any time for cause—No evidence Governor in Council improperly exercised discretion herein—In order to determine whether holder of public office meeting standard of good behaviour necessary to remain in office, Governor in Council must examine conduct to assess whether consistent with measure of integrity Governor in Council deems necessary to maintain public confidence in federal institutions and federal appointment process—Argument Cabinet improperly applied judicial standard of good behaviour to applicant's conduct not sustainable—No standard or definition of "good behaviour" or "cause" provided in Act itself—In determining whether "cause" exists, Governor in Council entitled to assess whether conduct of applicant consistent with terms of appointment to office, including whether conduct could undermine public confidence in federal institution with which had been appointed to serve—As appointed to public office involving quasi-judicial functions, applicant had been placed in position of public trust and confidence—Not for Court to limit scope of discretion vested by Parliament in Governor in Council—Open to Governor in Council herein to consider off-duty activities of applicant, other than those directly involving work, and public perception of those, in determining whether conduct consistent with good behaviour required of position—As stated in *Canada (Attorney General) v. Cormier* (1995), 102 F.T.R. 291 (F.C.T.D.), as holder of public office, applicant has responsibility to act in manner consistent with terms of his appointment; his behaviour, either in professional or personal life, has consequences on how public perceives him—Veterans Appeal Board Act, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 20, s. 4(4).

WEDGE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2812-94, MacKay J., order dated 23/6/97, 13 pp.)

ADMINISTRATIVE LAW—Continued

Canadian Human Rights Commission applying to be added as intervenor—Desiring to participate as full party with opportunity to file evidence, examine witnesses, make submissions—Ordinarily when tribunal's decision being impugned, not party to impugning proceedings—But where tribunal having expertise which may cast some light on subject issue, tribunal may be allowed to intervene: *Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374*, [1990] 2 F.C. 586 (C.A.)—*Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684 holding role of administrative tribunal whose decision at issue before Court limited to explaining record before tribunal and to making representations with respect to jurisdiction (not including tribunal's failure to adhere to rules of natural justice)—Commission's decision sought to be reviewed impugned primarily for reasons of jurisdiction including allegation legislation purportedly giving jurisdiction *ultra vires*—Commission granted status to intervene for limited purpose of defending jurisdiction to have made impugned decision, but not to make representations as to jurisdiction of Parliament to pass legislation or to defend itself against allegation of anticipated bias or wrongful exercise of discretion—Application for intervention made at very late date in proceedings—Applicant's record overdue, intervention delaying matters further—Timetable running into provisions of R. 1614 allocating setting of time exclusively to judge—If intervenor wishing to proceed with intervention, must apply within two weeks to judge for directions on procedure, and submission and service of documents and such other matters as may appear to judge to be relevant—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1614 (as am. by SOR/92-43, s. 19).

ZÜNDEL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2765-96, Giles A.S.P., order dated 13/6/97, 3 pp.)

Practice—Attorney General (AG) representative sought to intervene before Court in application under Federal Court Act, s. 18.2 for stay of execution of arbitration award rendered under Canada Labour Code and stay of arbitration proceedings—AG seeking to support dismissal of motion—Both stay of execution and stay of proceedings dismissed—AG arguing may intervene in any application for judicial review without further formality and, in particular, without need to apply for intervenor status under R. 1611—Act, s. 18.1(1) addresses AG's role solely as applicant in order to ensure public interest defended where no other party seeks to appear as applicant—Even as applicant, AG not exempted under Act from rules applicable to all judicial review applicants—R. 1611(1) prescribes single system of participation for non-applicants or non-respondents—R. 1611(1) fully applicable to AG, who must submit to it in order to address Court in any application for judicial review in which not already recognized party or intervenor—Nothing exempts him from seeking leave to intervene under R. 1611—Application of *Syndicat des journalistes de Radio-Canada (CSN)*

ADMINISTRATIVE LAW—Continued

v. Superintendent of Financial Institutions et al. (1996), 123 F.T.R. 4 (F.C.T.D.): AG cannot insert self as *mis-en-cause* in application for judicial review, and any participation by AG, as by any other person, must be as applicant, respondent or recognized intervenor—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 18.2 (as enacted *idem*)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1611 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

AUTOCAR CONNAISSEUR INC. V. LALANCETTE (T-456-97, Morneau P., order dated 5/6/97, 7 pp.)

Certiorari

Appeal from Motions Judge's denial of application for judicial review of decision of Director of Bureau of Drug Surveillance to issue notices to Ontario pharmacists, licensed dealers ordering them not to supply any narcotic medications pursuant to appellant's orders—Appellant pharmacy manager of Meditrust from March 25 to November 1 or 3, 1994—Subsequent inventory count revealing shortages of several drugs—Drug Control Unit investigation revealing further shortages and failure by appellant to enter narcotics shipments in Narcotic/Controlled Drug (N/CD) register as required by Narcotic Control Regulations—Appellant advised by letter in April 1995 of shortages—Appellant replying, but not denying existence of shortages—In August 1995 Director advising appellant considering invoking Minister's authority to give notice to pharmacists not to sell narcotic drugs on appellant's order—Director's decision issued in January 1996—Motions Judge finding decision attracting general duty of fairness given impact of decision on appellant—Also finding clear breach of procedural fairness due to non-disclosure of documents, but refusing to quash decision, refer matter back to decision-maker for redetermination as outcome "inevitable" notwithstanding error committed—Rejecting contention Director predetermining issue prior to giving notice to appellant of determination had violated Regulations—Appeal dismissed—No breach of procedural fairness—Appellant claiming Medis papers (purchase records, monthly sales reports), attached to director's decision should have been disclosed to her—Those papers relating directly to appellant's responsibility as pharmacy manager to record every entry upon receipt—Alerted to existence, full content of documents in April 1995—That papers only sent to her at time of decision in January 1996 not breach of procedural fairness—Appellant never disputing pills missing—Number of missing pills not *per se* vital element since appellant admitting theft occurring while holding position of manager pharmacist—Procedure followed or not followed as pharmacy manager vital—From first notice in April 1995 appellant knew with specificity that issue relating to responsibilities and manner in which complied with them—Letter indicating Medis documents revealing failure to enter three shipments in designated N/CD register—Never explained whether had complied, or

ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

even attempted to comply with duties—Never required to prove who stole narcotics, how stolen, but to address procedure compelled to follow—Knew case against her at first moment of hearing—Second set of documents appellant alleging should have been disclosed written before April 1995 notice—Relating to meeting with police regarding missing narcotics at time appellant having signing authority, significance of street value of narcotics—As evidence regarding missing narcotics brought to appellant's attention in April 1995, no breach of natural justice—Third set of documents concerning activities unrelated to period appellant having signing authority with Meditrust—No evidence relying on such information in any way—No duty to disclose such documents because to see irrelevant information not amounting to breach of natural justice—Nothing can shield decision-maker from information in public domain—Decision-maker's failure to disclose awareness of event not breach of natural justice—Remaining undisclosed documents simply submissions of draft letters, requests for comments—Nothing contained therein in nature of evidence or representations heard by director or received from one side behind back of other—No papers contained *ex parte* evidence—No breach of natural justice in non-disclosure—Statement Bureau determining had violated Regulations simply indicating matter would be proceeding to further administrative stage, not predetermination.

ELGUINDI V. CANADA (MINISTER OF HEALTH)
(A-973-96, Desjardins J.A., judgment dated 19/6/97,
22 pp.)

BARRISTERS AND SOLICITORS

Motion under R. 300.1 to have Court declare Martineau Walker law firm disqualified from representing defendant because of conflict herein—Action for unfair competition and infringement of trade-mark—Motion allowed—Plaintiff establishing, for purposes of its motion, sufficient connection between negotiator relationship of solicitors for defendant when acting for licensee in order to secure licence contract for it, and those same solicitors' current mandate in challenge to licence contract in question—Accordingly, by applying *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, un rebutted presumption here when licence contract negotiated, defendant's current solicitors acquired confidential information concerning contract and this information could be used improperly in future—Reasonably well-informed member of public would be disturbed to see further toleration of counsel supporting licence contract at one time, then subsequently challenging it—Court's intervention necessary in interest of appearance of fairness in eyes of public: *APV Pavailler Inc. v. Bonischot*, [1992] R.D.J. 542 (Que. C.A.)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 300.1 (as enacted by SOR/90-846, s. 3).

LASSONDE (A.) INC. V. BÉLANGER (T-1156-96,
Morneau P., order dated 18/6/97, 3 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL***Immigration Inquiry Process*

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Appeal Division's decision allowing respondent's appeal under Immigration Act, s. 70, quashing deportation order—Respondent receiving immigration visa in July 1991, immigrating to Canada in December as "never married dependant" of father—January 1989 marriage disclosed to neither Canadian authorities nor family—In July 1992 respondent filing undertaking of assistance for husband listing him as fiancé—In October 1992 returning to Philippines where again marrying husband before application processed as fiancé—S. 70 permitting permanent resident against whom removal order made to appeal to Appeal Division on either question of law or fact or on ground that having regard to all circumstances, person should not be removed from Canada—Minister submitting Appeal Division committing reviewable error when assumed jurisdiction as visa void *ab initio* having been issued on respondent's misrepresentations—Respondent contending validity of immigrant visa could not be questioned since now permanent resident—Application allowed—Misrepresentation *ab initio* compounded by marrying husband second time without disclosing information to immigration authorities—Foundation on which issuance of visa rested never existed: respondent not dependent daughter at time of application for visa as already married—Appeal Division having no jurisdiction to entertain appeal—Questions certified: Does IAD have jurisdiction under s. 70(1) to entertain appeal of person landed in reliance on fraudulent misrepresentation made by that person?—Has person landed based on fraudulent misrepresentation been given lawful permission to establish self within Canada so as to be "permanent resident" who can appeal under s. 70(1)?—Does IAD have jurisdiction under s. 70(1) to entertain appeal, whether or not report on person made under s. 27(1)(e) or s. 27(2)(g)?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(e) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16), (2)(g) (as am. *idem*), 70(1) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)
V. YU (IMM-1264-96, Dubé J., order dated 6/6/97,
7 pp.)

Inadmissible Persons

Application for judicial review of Minister's delegate's determination applicant had breached terms and conditions imposed by Immigration Appeal Division (IAD) and constituted danger to public in Canada, making applicant deportable forthwith from Canada to Portugal—Application allowed, permanent resident status to be determined again—Power of Minister to deport person on grounds of danger to public very draconian—Well established danger opinion

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

purely administrative decision, imposing only minimum of fairness rules in process—In effect, discretion exercised with little if any third party scrutiny—Applicant came to Canada with family at age 5, lived in Canada all his life, parents and siblings here in Canada, married Canadian citizen, has Canadian-born child and knows little Portuguese—In October 1995, parole twice revoked but twice reinstated when, in one case, charge withdrawn, and in other case, acquitted—These circumstances apparently not taken into account in Minister's delegate's decision—Minister's delegate's brief stating applicant could not be trusted to abide by terms and conditions of parole as had violated conditions of parole as well as conditions imposed by IAD—While ministerial discretion well protected from judicial review, fundamental to proper exercise thereof that conclusions, opinions or inferences expressed be made on basis of true and substantial facts.

FRANCES V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2527-96, Joyal J., order dated 4/7/97, 4 pp.)

Removal of Permanent Residents

Judicial review of respondent's delegate's decision applicant constituting danger to public in Canada pursuant to Immigration Act, s. 70(5)—Applicant immigrating from India in 1982—Criminal record consisting of convictions for minor property offence, failure to appear, as party to sexual assault under Criminal Code, s. 272(1)(d) for which sentenced to three years' imprisonment—Following last conviction, ordered deported—At hearing of appeal from deportation order, applicant served with notice case under review for possible issuance of "danger certificate"—Counsel for parties agreed letter having no effect as notice of possible issuance, and substantive portion of hearing commenced—Applicant not making any submissions in response to notice—After hearing concluded but before decision issued, applicant notified respondent of opinion constituting danger to public—Whether on basis of doctrine of "legitimate expectation" or "estoppel by representation" respondent erred in reviewable manner, by breaching duty of fairness—Application dismissed—Neither doctrine of legitimate expectation nor estoppel by representation applying—*Gonsalves v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 588 (T.D.) (QL), applied—Doctrine of legitimate expectation not creating substantive rights—Applicant urging conduct of respondent's representative before Immigration Appeal Division giving rise to substantive right in favour of applicant i.e. to preclude issuance of danger opinion against applicant—On facts issue not procedural right—Factors enunciated in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, [1992] 2 F.C. 621 (C.A.) required to give rise to estoppel by repre-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

sentation missing—(1) Conclusion of respondent's representative at Immigration Appeal Board hearing letter received at hearing having no effect not representation of fact, but conclusion of law—(2) That applicant would rely on it to his detriment not something reasonable person would assume applicant would do—To warrant certification, Immigration Act, s. 83(1) providing question must be both serious and of general importance, and determinative on appeal—Questions posed by applicant serious, determinative on appeal, but not of general importance—Answers to proposed questions governed by particular facts relating to source, nature, circumstances of representations on which applicant relied and reasonableness of reliance—Law relating to doctrines of legitimate expectations and estoppel by representation well settled—Only application of that law to particular facts herein at issue—Result herein turning on unique facts and any guidance derived from appeal would be limited to matters with very similar facts—No question certified—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70(5) (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 13)—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 272 (as am. by S.C. 1995, c. 39, s. 145).

PARMAR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1133-96, Gibson J., order dated 26/6/97, 7 pp.)

Judicial review of Minister's opinions pursuant to Immigration Act, ss. 46.01(1)(e)(iv), 70(5) applicant constituting danger to public in Canada—Applicant becoming permanent resident of Canada in 1991—In 1994 convicted of eight offences arising from robbery in which driver, but not entering victim's home—Serving two years of three-year sentence—Upon receipt of notice Minister considering whether to issue danger to public opinion, applicant making written submissions—Opinion issued, applicant detained—At detention review adjudicator concluding applicant not likely to pose danger to public, ordering release—Document considered by adjudicator not part of material disclosed to applicant—Another document allegedly contained mischaracterizations of evidence—Requirements of fairness minimal as decision-making authorized by s. 70(5) not judicial or quasi-judicial, but rather formation of opinion in good faith drawn from probabilities as perceived by Minister from examination of relevant material and assessment as to acceptability of probable risk: *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.)—Requirements of fairness met under circumstances—No difference in level of fairness required under s. 46.01 and s. 70(5)—*Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.) approving process under s. 46.01—Marceau J.A. stating procedure affording full opportunity to make case, thus satisfying maxim of *audi alteram partem*; no reason to require oral hearing—Also ruled out balancing actual danger to Canadian public and fear of persecution of foreign citizen—Immigration Act,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.01 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11), 70(5) (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

NGUYEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2400-96, IMM-2401-96, McKeown J., order dated 16/6/97, 9 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of rejection of applications for immigration to Canada as members of “Convention refugees seeking resettlement” designated class—First applicant brother of three other applicants, nationals of Iraq—Sponsoring applications for immigration to Canada—After determining applicants not Convention refugees immigration officer in Jordan concluding could not be members of Convention refugees seeking resettlement designated class—Applications dismissed—Duty of fairness in these circumstances more limited than that owed Convention refugee claimants applying from within Canada as applicants not in Canada not facing possibility of deportation by Canadian authorities to country where claim to fear persecution if claims disallowed—No basis to conclude hearings afforded to applicants other than full and fair—That officer sought concurrence of senior immigration officer before transmitting decisions, as in fact required to do, not detracting from fairness of process—Senior Immigration Officer neither making decisions under review nor influencing them—Changes to Canadian immigration law resulting from *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 not impacting on process for determination of Convention refugee claims for persons outside of Canada and *Singh* in no sense commenting adversely on that process—That applicants may briefly attend at Canadian embassy for interview or other related purpose not making them persons claiming refugee status from within Canada—No basis on which to conclude officer’s decisions on material, interviews before her, perverse or capricious or made without regard to material and substance of interviews—Questions certified: (1) Where individual applies to Canadian embassy for determination Convention refugee within Immigration Act, seeking resettlement in Canada, does Immigration Act, and more specifically ss. 44, 46.02 and 67 confer sole and exclusive jurisdiction on Convention Refugee Determination Division of Immigration and Refugee Board to hear and determine individual’s claim?—(2) If answer negative, were applicants accorded requisite degree of natural justice and procedural fairness in determination of Convention refugee claims?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 44 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 35; 1995, c. 15, s. 7), 46.02 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 37), 67 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

ZIA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2658-96, Gibson J., order dated 6/6/97, 8 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Application for judicial review of decision of Registrar of Appeal Division of Immigration and Refugee Board—Whether Registrar erred in law by refusing applicant’s request to be heard by Appeal Division of Board (IAD) first and by Refugee Division after if still necessary—IAD not depriving applicant of right of appeal—No requirement in law for IAD to proceed with hearing of applicant’s appeal prior to refugee hearing—Applicant not denied legal rights, benefit of procedure available to her—Order in which various hearings proceed not affecting any of applicant’s substantive rights—Nothing in Act to prevent IAD from scheduling hearings as it sees fit, provided hearings held within reasonable period of time—Matter of first impression—IAD has not acted without jurisdiction or erred in law under Federal Court Act, s. 18.1—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

LE DANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2835-96, Dubé J., order dated 6/6/97, 3 pp.)

Issue whether Immigration Appeal Division decision respecting visa officer’s decision under Act, s. 77(1) may be judicially reviewed without leave of Federal Court Trial Division judge—Case before F.C.A. as result of Minister’s motion to strike out respondent’s originating notice of motion in which, without leave, sought to have Appeal Division decision set aside—Motions Judge dismissed motion and certified question referred to above (issue)—Appeal allowed, originating notice of motion struck and certified question answered in affirmative—Immigration Act, s. 82.1(2) not allowing commencement of application for judicial review in these circumstances without leave—Decision made by Appeal Division, as herein, not decision of visa officer about matter arising under ss. 9, 10 or 77—Appeal Division decision made by different decision-maker than visa officer, hence, not within exception in s. 82.1(2)—Words “any other matter arising thereunder” do not include decisions made by Appeal Division, following appeal to it from visa officer under these provisions—Such important departure from general scheme of Act would normally be done by express words to that effect, not in such roundabout way—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 10 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 4), 77 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 10, s. 6; (4th Supp.), c. 28, s. 33; S.C. 1992, c. 49, s. 68; 1995, c. 15, s. 15), 82.1(2) (as enacted by R.S.C. 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53; 1992, c. 49, s. 73).

SAJJAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-247-97, Linden J.A., judgment dated 24/6/97, 4 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Judicial review of CRDD determination applicant not Convention refugee—Convention refugee claim heard by two-member panel—One member ceased to hold office on February 23, 1996, but participated in disposition of matters previously heard by him for eight-week period ending April 19—Both members discussed case, agreed applicant not Convention refugee—Retiring member reading, agreeing with handwritten reasons for decision—Both members signed final disposition section of hearing disposition record, indicating decision, but departing member not signing reasons for decision as not ready for signature until after April 19—Reasons signed by remaining member on July 19—Applicant not consenting to having claim determined by one member—Application allowed—No decision until July 19 when order, reasons communicated to applicant—While retiring member partaking in reasons, unknown whether agreeing with final reasons—Where member by whom matter heard unable to take part in disposition Immigration Act, s. 63(2) permitting remaining members who heard matter to make disposition—Recitation of nature of departed member's participation in, agreement with decision not relevant in absence of statement of material circumstances preventing disposition of matter within eight weeks of retiring member having ceased to hold office: *Latif v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 36 Imm. L.R. (2d) 182 (F.C.T.D.)—Board herein not dealing with why matter not decided within eight-week period other than to state member retired as required under s. 63.1—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 63 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 52).

ERYILMAZLI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2745-96, McKeown J., order dated 7/5/97, 5 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board decision rejecting applicants' claims to Convention refugee status—Male applicant excluded on basis had committed crimes against humanity during course of employment as customs officer at Khartoum airport in Sudan—Board also held female applicant did not have well-founded fear of persecution based on membership in particular social group, her family—As customs officer, applicant aware some smugglers he intercepted and referred to police were beaten, and, in one case, executed, but did nothing out of fear of being investigated and exposed as member of persecuted political party—Board erred in failing to determine whether impugned activities of police constituted crimes against humanity—Board should have considered, as indicated in *Sivakumar v. Canada (Minister of*

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

Employment and Immigration), [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), whether victims of police abuse members of group targeted systematically and in widespread manner for one of crimes mentioned—Application allowed.

SULIMAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2829-96, McGillis J., order dated 13/6/97, 4 pp.)

In [1995] 1 F.C. 767 (T.D.), following question certified: whether indirect persecution described in *Bhatti v. Canada (Secretary of State)* (1994), 84 F.T.R. 145 (F.C.T.D.), basis for claim to Convention refugee status where no evidence of direct persecution against applicant and if so, whether CRDD required to assess whether evidence of indirect persecution when applicant does not raise issue before it—*Bhatti's* recognition of concept of indirect persecution as principle of refugee law overruled—Statement of Nadon J. in *Casetellanos et al. v. Canada (Solicitor General)* (1994), 89 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), agreed with: since indirect persecution does not constitute persecution within meaning of Convention refugee, claim based on it should not be allowed—Concept of indirect persecution going directly against decision of Court in *Rizkallah v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 156 N.R. 1 (F.C.A.), where held there had to be personal nexus between claimant and alleged persecution on one of Convention grounds—One of grounds membership in particular social group, ground allowing for family concerns in appropriate case—CRDD cannot be faulted for not deciding issue not raised before it—Appeal dismissed and both included questions answered in negative.

POUR-SHARIATI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-721-94, MacGuigan J.A., judgment dated 10/6/97, 2 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

CHARTER OF RIGHTS

Criminal Process

Judicial review of CRDD decision applicants not Convention refugees—Hearing twice adjourned because of difficulties interpreters having expressing themselves precisely—After hearing, tape audited by two different interpreters—Both concluding everything in hearing translated—Applicants, counsel complaining throughout hearing about quality of interpretation—At least first two interpreters not speaking same dialect as applicants—Presiding Board member describing hearing as “bit of nightmare”—Charter of Rights, s. 14 stipulating party or witness in any proceedings who does not understand or speak language having

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

right to assistance of interpreter—In *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, Chief Justice holding elevation of right to interpreter assistance to level of constitutional norm significant step requiring, at minimum, reconsideration of principles governing interpreters developed under common law, statutes and, where necessary adaptation to new Charter era—Quality of interpretation must meet five criteria: continuity, precision, impartiality, competency, contemporaneousness—Breaks in interpretation and/or summaries of proceedings usually viewed unfavourably: obligation to call upon different interpreter each day of hearing clearly offending principle of continuity—As to competency, standard of protection guaranteed by Charter demanding high enough quality of interpretation to ensure justice done, seen to be done—Interpretation of testimony should be as good as (no better and no worse than) testimony applicant would give if spoke language of Court: “Court Interpreters in Canadian Criminal Law” (1992), 34 *Crim. L.Q.* 218—Natural justice demanding entitlement, through interpreter, to tell story of fear in own language as well might have done had he been able to communicate in English: *Tung v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 124 N.R. 388 (F.C.A.)—Transcript of evidence at hearing, fact three different interpreters used, and ultimate obligation felt by Board to carry out two audits clearly indicating quality of translation not meeting standards outlined in *Tran*—Matter referred back to Board for new hearing with assistance of qualified interpreter—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. 14.

XHELILAJ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2471-96, Dubé J., order dated 6/6/97, 4 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS TARIFF**

Issue whether weapons “offensive weapons” within meaning of Customs Tariff, Sch. 7—Definition incorporating Criminal Code definition by reference—International Trade Tribunal (ITT) erred in law in finding Criminal Code judicial interpretations did not apply to definition of “offensive weapons” on basis there was no offence connected with definition Tribunal had to apply—Incorporation of Criminal Code definition requiring incorporation of judicial interpretations of definition—As definition incorporated by reference, judicial interpretations have legal authority—ITT order set aside and referred back to ITT for reconsideration—Customs Tariff, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41.

DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE V. ANDERSON (T-1257-93, T-2487-93, Campbell J., order dated 7/5/97, 2 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**TRIAL DIVISION**

Native peoples—Reserve lands—Motion to stay action on ground of lack of jurisdiction—Plaintiff, native, and defendant Paul, non-native, married in September 1980—Both on band list of defendant band—In July 1986, pursuant to Indian Act, s. 20, couple obtained certificate of possession as joint tenants of piece of land on Kingsclear Indian Reserve—Couple separated in August 1992 and divorced in 1995—Defendant Paul has been living in family residence with another person since 1993—Plaintiff seeking compensation for improvements made by him to land, injunction preventing continued occupation of residence on land by ex-wife, damages—Defendants chief and council of Kingsclear Indian Band, Kingsclear Indian Band and Mrs. Paul challenge jurisdiction of Court—Defendant Crown not challenging jurisdiction—Motion dismissed—Test for jurisdiction in *ITO-International Terminal Operators v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 applied: statutory grant of jurisdiction, existing body of federal law essential to disposition of case and nourishing statutory grant of jurisdiction, law of Canada within meaning of Constitution Act, 1867, s. 101—Statutory grant of jurisdiction in Federal Court Act, s. 17(4) (cases where competing claims to obligation owed by federal Crown)—Provision requiring (a) proceeding; (b) to determine dispute; (c) where Crown is or may be under obligation; (d) in respect of which are or may be conflicting claims—Here, as action proceeding to determine dispute in relation to compensation allegedly owed plaintiff for improvements on land subject of certificate of possession, first two requirements met—Plaintiff relying on Indian Act, s. 23 and alleging Crown’s breach of fiduciary obligation by acquiescing to physical exclusion to family residence and inability to obtain financial compensation—Accordingly, third and fourth requirements for s. 17(4) met—Provision properly constituting statutory grant of jurisdiction—Provisions of Indian Act, common law of aboriginal title underlying fiduciary obligations of Crown and Constitution Act, 1867, s. 91(24) together meet second and third criteria of *ITO-International Terminal Operators Ltd.* test—Jurisdiction in Court to entertain plaintiff’s action—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(24), 101—Federal Court Act, R.S.C., c. F-7, s. 17(4) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3)—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 20, 23.

PAUL V. KINGSCLEAR INDIAN BAND (T-2078-96, Lutfy J., order dated 28/5/97, 7 pp.)

Practice—Appeal from Trial Division order ([1996] 2 F.C. 647) setting aside previous order, including Anton Piller order, granted to appellants on June 5, 1995 by other Trial Division judge in respect of trade mark infringement—Appeal allowed—Motions Judge did not have jurisdiction to set aside order—No motion to set aside order before

FEDERAL COURT JURISDICTION—Concluded

Motions Judge when made decision—Order to have effect until June 3, 1996—While court making *ex parte* order possessing inherent jurisdiction to set it aside, jurisdiction must be properly invoked if to be exercised by Court—As jurisdiction to set aside order of June 5, 1995 not invoked, Motions Judge without jurisdiction to do so—Furthermore, authorities clear save in exceptional circumstances, *ex parte* order to be reviewed, varied or rescinded by judge who made it.

INDIAN MANUFACTURING LTD. v. LO (A-288-96, Stone J.A., judgment dated 24/6/97, 5 pp.)

HUMAN RIGHTS

Judicial review of Canadian Human Rights Commission's (CHRC) decision to accept, investigate respondent's complaint—Respondent employed as dental assistant with Canadian Armed Forces from December 1974 until August 1987—Absent from work from October 1983 until August 1984 because suffering from ulcerative colitis—Alleging forced to sign memorandum containing negative comments about performance and personal life, notwithstanding previous satisfactory performance reviews—Thereafter continually criticized regarding performance, subjected to constant harassment—In 1986 filed application for redress of grievance—Thereafter subjected to discrimination, harassment at work because of superiors' perception disabled, until requested voluntary release—In 1994 notified application for redress of grievance denied by Governor in Council—Filing complaint with CHRC on November 26, 1994 alleging discrimination in employment on basis of perceived disability (ulcerative colitis)—Human rights officer recommending CHRC not deal with complaint because acts complained of occurred more than one year before signature of complaint—DND making written submissions regarding length of delay, possible prejudice would suffer should complaint be accepted—In reaching decision CHRC having before it human rights officer's report, DND's and respondent's submissions—Application dismissed—By deciding to accept, investigate complaint, CHRC neither acting upon any wrong principle nor exercising discretion in improper manner so as to justify interference by Court—Although Canadian Human Rights Act, s. 41(e) providing for regular one-year limitation period, beyond which CHRC may refuse to deal with complaint, determination complaint out of time clearly within CHRC's discretion—CHRC exercised discretion on basis of proper principles and consideration of all relevant circumstances—Decision to accept complaint administrative, falling squarely within CHRC's competence, discretion—Courts reluctant to interfere with such decisions—As such determination preceding appointment of investigator, neither evidentiary requirement nor threshold as to whether further inquiry warranted—CHRC not bound to accept recommendation of

HUMAN RIGHTS—Concluded

human rights officer, but may decide to accept, change or reject officer's recommendation—Unless deciding not to deal with complaint, Commission not required to give reasons for decision—No evidence suggesting in circumstances Commission bound to consider complaint completely dealt with, as opposed to initially dealt with, by redress of grievance procedure provided under National Defence Act—Assessing effects of other statutory procedures on right to file complaint under Act determination within CHRC's discretion—Applicant not establishing prejudice—Claim of prejudice not self-evident truth—Specific evidence must be adduced to support such claim—Applicant required to adduce sufficient evidence to establish delay such that it prevents tribunal from adequately fulfilling legislative mandate in accordance with requirements of natural justice: *Canadian Airlines International Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 1 F.C. 638 (C.A.)—To simply point to lengthy delay not leading inexorably to conclusion prejudice will be suffered—Must be some concrete basis in fact which demonstrates delay so unacceptable or disabling in nature as to preclude fair, complete investigation from being conducted—While applicant referring in general sense to inability of DND to make full defence, and to fading memories of witnesses, these allegations not sufficient to establish actual prejudice—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 41(e).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BURNELL (T-520-96, MacKay J., order dated 2/7/97, 14 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Deductions*

In 1984 appellant declaring dividend to parent company, Pacific Canada, Canadian resident corporation—Payment by delivery of promissory note in amount of dividend—Parent company assigning promissory note to another of its wholly-owned subsidiaries in partial settlement of debt—Appellant undertaking to "repay" note and accrued interest on demand—MNR disallowing appellant's deductions of interest on promissory note on ground not within Income Tax Act, s. 20(1)(c)—S. 20(1)(c) permitting deduction of amounts wholly applicable to amount paid pursuant to legal obligation to pay interest on borrowed money used to earn income from business or property—Tax Court holding no evidence appellant borrowed money to be used for purpose of earning income from business or property—Appeal allowed in part—Tax Court correctly holding appellant not borrowing money on which could deduct interest as required by s. 20(1)(c)—S. 20(1)(c) requiring for interest to be deductible must be paid pursuant to money borrowed by taxpayer: *The Queen v. MerBan Capital Corporation Ltd.*

INCOME TAX—Continued

(1989), 89 D.T.C. 5404 (F.C.A.)—No such borrowing from “outside the family”—Promissory note merely evidence of debtor-creditor relationship—Alternative argument interest on promissory note deductible since entitlement to receive declared dividend was property acquired also without evidentiary foundation—Promissory note issued to pay dividend rather than to acquire property—Parties agreeing Tax Court should have decided whether appellant during taxation years under appeal Canadian-controlled private corporation within s. 125(7)(b)—S. 125(7)(b) defining “Canadian-controlled private corporation” as private Canadian corporation other than corporation controlled by non-resident, public corporation(s), any combination thereof—All of appellant’s voting shares owned by Pacific Canada, voting shares of which owned by Pacific International Equities Inc., American corporation, in turn owned by two Canadian resident corporations—*Les Produits Alimentaires Anco (1961) Inc. v. The Minister of National Revenue* (1979), 79 D.T.C. 573 (T.R.B.), wherein held enough to exclude Canadian corporation, that controlled at any stage by non-resident corporation, not followed—Cannot divide up notion of *de jure* control—Control herein resting ultimately in hands of Canadian residents—Interpretation in terms of ultimate control not adding “ultimately” to otherwise rule of plain meaning, but emphasizing concept of control necessarily having latent within it notion of ultimate control—Matter returned to Minister for reassessment on basis appellant Canadian-controlled private corporation throughout taxation years under appeal—Income Tax Act, S.C., 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(c), 125(1) (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 40), 7(b) (as am. *idem*).

PARTHENON INVESTMENTS LTD. v. M.N.R. (A-514-93, MacGuigan J.A., judgment dated 30/5/97, 6 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada decision re: application of Income Tax Act, s. 55(1) to taxpayer’s acquisition of capital losses—In 1985, two transactions undertaken by respondent (Nova) and number of corporations to which Nova not related within meaning of Act, s. 251—Nova acquiring shares with adjusted cost base of approximately \$42,000,000 but only nominal value—Nova’s purchase price for shares \$2,237,500—Once shares disposed of through series of transactions, Nova claimed capital loss of approximately \$42,000,000, thus allowable capital loss of nearly \$21,000,000 carried back to 1985 taxation year and offset against capital gain realized in that year, reducing tax payable by approximately \$10,000,000—In December 1993, Minister issued reassessment reducing net capital losses carried back from 1986 as follows: (a) Allarco allowable capital loss: 618,750; (b) Petralgas allowable capital loss: \$500,000—Tax Court Judge holding Act, s. 55(1) did not apply to reduce losses claimed by Nova—As taxpayer had not done anything to increase adjusted cost base of assets acquired or decrease proceeds of disposition, Tax Court Judge concluded Nova entitled to losses claimed—Appeal

INCOME TAX—Continued

dismissed, Desjardins J.A. dissenting—*Per* McDonald J.A.: entire transaction undertaken by Nova to avoid tax, to reduce tax burden—Precondition to application of s. 55(1): taxpayer must have done something to influence adjusted cost base or proceeds of disposition in order to have artificially or unduly increased losses from disposition—Nova has not increased amount of “loss from disposition” of Allarco preferred shares or Petralgas shares—Tax loss claimed by Nova far in excess of actual loss sustained in transaction—S. 55(1) should not be pushed beyond limits of plain meaning—No ambiguity in provision herein—Act amended in 1987 to prevent type of loss purchase undertaken in present case—Taxpayer cannot be punished for taking full advantage of operation of Act while existing—Economic losses incurred by Nova on purchase of shares much less than losses claimed—Once taxpayer inherits adjusted cost base of shares through operation of Act, loss deemed to be taxpayer’s loss—Different use of “a loss” in s. 55(1)(b) and “his loss” in s. 55(1)(c) not advancing Minister’s case—Since s. 55(1) requires some action on taxpayer’s part, which was not present in case at bar, issue of whether losses claimed artificially, unduly increased need not be decided—S. 55(1) not operating to deprive taxpayer of losses claimed—Not broad anti-avoidance provision—*Per* Marceau J.A.: Nova Corporation of Alberta did nothing to create or increase loss in manner formally contemplated by Income Tax Act, s. 55(1)—No transfer of losses between unrelated companies—Transactions structured so as to provide for transfer of losses to companies related to each other at each step in process—Each step in process involving transfer of losses from one company to related company—Taxpayer entitled to arrange affairs so as to maximize tax shelter available to it under law—Act not only allowed scheme but caused inflated deduction to exist—*Per* Desjardins J.A. (*dissenting*): only purpose of series of transactions to enable respondent to avail itself of capital loss inherent in Allarco, Petralgas preferred shares—Loss for tax purposes exceeding respondent’s economic loss—Interpretation of tax statutes no longer dependent on predetermined assumptions favouring taxpayer or government—Rules of interpretation of taxing statutes adopt purposive approach, emphasizing context of statute, objective, legislative intent—Court must take purposive approach to interpretation of s. 55(1)(c)—Capital losses acquired by Nova through Allarco, Petralgas transactions made possible through operation of several provisions in Act—S. 55(1)(c) providing results-driven test—Intention of taxpayer irrelevant—All circumstances must be looked at to appreciate if taxpayer may reasonably be considered to have artificially or unduly increased loss—Standard to be applied one of reasonable consideration—Transactions must be viewed as a whole rather than in isolation—Nova’s actions not to be examined in isolation from series of transactions leading to disputed result—“Product” to be brought arranged so as to fit business purposes pursued by corporations such as Nova—Series of transactions would have had no value had

INCOME TAX—Continued

Nova not taken steps it did—Adjusted cost base may have been obtained by operation of Act, but contrary to scheme, intent of Act—What Nova obtained “by operation of the Act” obtained through distortion of Act—Words “unduly or artificially” cover situations such as present one where action taken in clear defiance of scheme of rollover provisions, contrary to normal business practice—Through deviation of rollover provisions, respondent may reasonably be considered to have unduly, artificially increased one of two figures in calculation of fiscal loss, namely adjusted cost base—Nova’s action well captured by terms of Act, s. 55(1)(c)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 55(1) (as repealed by S.C. 1988, c. 55, s. 33(1)), 251.

CANADA V. NOVA CORP. OF ALBERTA (A-454-95, Marceau, McDonald J.J.A.; Desjardins J.A. dissenting, judgment dated 1/5/97, 36 pp.)

PENALTIES

Preliminary determination of question of law—MNR certifying amounts payable by plaintiff for income taxes, interest, penalties in respect of 1988, 1989, 1990, 1991 pursuant to Income Tax Act, s. 223(2)—Certificates registered in Federal Court pursuant to s. 223(3), giving registered certificates same force, effect as judgments—Certificates registered as judgments against plaintiff’s interest as mortgagee in land title office—Whether applicable interest under s. 223(3) rate prescribed in Income Tax Act, s. 161 or in Federal Court Act, s. 37 (together with provisions of British Columbia Court Order Interest Act)—S. 223(2) initially referred to “interest . . . as provided for in this Act”—In 1988 renumbered to s. 223(3), amended to “interest . . . as provided by law”—S. 223(1) also amended to include amounts payable under Unemployment Insurance Act, Canada Pension Plan, provincial statutes—In 1994 changed to “interest . . . as provided by the statute or statutes referred to in subsection (1) under which the amount is payable”—Although arguable Parliament widening scope of s. 223, that 1988 amendment also including first reference to additional federal and provincial statutes, indicating intention interest be calculated according to specific statute under which debt arising—Conclusion supported by technical note issued by Department of Justice that amendment to clarify that applicable interest rate provided for by statute under which amount certified payable, rather than interest as provided under Federal Court Act—Otherwise taxpayers subject of collection measures receiving benefit of lower interest rates than those applied to compliant taxpayers—S. 223 aimed at facilitating collection of amounts payable under Income Tax Act, other statutes mentioned therein—Not purporting to confer unjustified advantages upon non-compliant taxpayers—Words “shall be deemed” added in 1988 to s. 223 to give registered certificates additional meaning, but only for specific purpose i.e. to take proceed-

INCOME TAX—Continued

ings against debts on certificate as if judgment of Federal Court—Inclusion of “shall be deemed” necessary because New Brunswick Court of Appeal decision casting doubt on whether New Brunswick enforcement of judgment legislation applied to such certificates—Registered certificate not considered Federal Court judgment in general sense—Minister not considered Federal Court judgment creditor—Minister never availed himself of Federal Court Act, but commenced collection proceedings pursuant to Income Tax Act—Application of burden/benefits exception favouring application of provisions of Income Tax Act—Applicable interest rate stipulated in Income Tax Act, s. 161—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 161 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 93), 223 (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 168; 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 129)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 37 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 9)—Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1979, c. 76, ss. 7(1) (as am. by S.B.C. 1982, c. 46, s. 11; c. 47, s. 5), 9(1) (as am. by S.B.C. 1982, c. 46, s. 11; c. 47, s. 5).

PRODOR V. CANADA (T-1117-94, Tremblay-Lamer J., order dated 18/6/97, 15 pp.)

REASSESSMENT

Application, pursuant to Income Tax Act, s. 152(1.1), for *mandamus* to compel respondent to issue notice of determination of loss for 1987 taxation year in amount not less than \$260,460—In 1987, applicant and husband sold property in West Vancouver, B.C., incurring \$520,920 loss—Applicant did not claim any loss when filed 1987 tax return—Neither objecting to tax assessment nor appealing assessment—Husband claimed entire loss as business loss in 1987 tax return—In 1991, MNR reassessed husband’s 1987 taxation year and disallowed loss on basis personal-use loss—Husband appealed reassessment to Tax Court—In October 1992, applicant applied to MNR for notice of determination of non-capital loss for 1987 taxation year in amount equal to half loss on basis joint owner of property—Husband’s reassessment for 1987 taxation year replaced by new reassessment dated October 1992—Husband amended original notice of appeal, claiming only half of loss on basis joint owner of property—MNR agreed to hold applicant’s October 1992 application in abeyance pending TCC’s decision on husband’s appeal—In August 1994 letter, MNR agreed with applicant if husband successful in appealing half of loss, then that would be taken into account in determining applicant’s non-capital loss for 1987 taxation year and respondent would issue notice of determination of loss accordingly—In May 1995, TCC determined husband entitled to business loss equal to half of loss incurred from sale of property—In October 1995, applicant applied for notice of determination of loss for 1987 taxation year equal to half of loss—In September 1996, MNR denied plaintiff’s application—Application dismissed—For issuance of

INCOME TAX—Concluded

mandamus, must first be determined whether respondent owed public legal duty to applicant pursuant to Act, s. 152(1.1)—Only real issue whether respondent “ascertained” applicant’s loss for 1987 taxation year different than what she reported in income tax return for year—Precondition in Act, s. 152(1.1) not satisfied and thus respondent owed no public legal duty to applicant—Applicant’s loss never ascertained—Respondent’s 1994 letter did not provide formula sufficient to ascertain applicant’s loss—Letter did not make amount certain, and position contained therein also made conditional—Flows from case law amount cannot be said to have been ascertained when subject of some contingency—Minister ascertained applicant’s loss for 1987 taxation year as nil as reported by applicant’s tax return for 1987—August 1994 letter did not change that—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 152(1.1) (as enacted by S.C. 1976-77, c. 4, s. 6; 1977-78, c. 1, s. 76; 1984, c. 1, s. 84; 1985, c. 45, s. 86; 1986, c. 55, s. 59).

BURNET V. M.N.R. (T-2261-96, Tremblay-Lamer J., order dated 12/6/97, 7 pp.)

INJUNCTIONS

Motion for interlocutory injunction to restrain defendant from running television commercials commencing next day comparing defendant’s and plaintiff’s dog foods—Plaintiff alleging commercials constituting false or misleading statements discrediting its business, wares contrary to Trademarks Act, s. 7(1)(a) and involving use of plaintiff’s trademark in manner likely to depreciate value of goodwill attaching to trade-mark contrary to s. 22(1)—Also alleging defendant engaging in false advertising contrary to Competition Act, s. 52(1)—Motion dismissed—Court not satisfied evidence meeting high standard necessary to prove irreparable harm—No evidence plaintiff’s market share declining as result of prior running of commercials—Without clear evidence from which Court could infer future loss would be suffered as result of defendant’s commercials running, and without explanation as to why such loss incalculable, irreparable harm not demonstrated—Sophisticated participants in marketplace such as these litigants should be able to provide Court with indication of loss based upon historical experience and mathematical or statistical analysis of circumstances demonstrating loss not reasonably calculable thus giving Court some degree of confidence kind of loss alleged would occur and cannot be calculated—Dunnet J.’s statement in *UL Canada Inc. v. Proctor & Gamble Inc.* (1996), 65 C.P.R. (3d) 534 (Ont. Ct. Gen. Div.) that “with increased sophistication of accounting and information retrieval techniques, it is probable that any loss could reasonably be established” applicable—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7(1)(a), 22—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 52(1).

EFFEM FOODS LTD. V. H.J. HEINZ CO. OF CANADA LTD. (T-1245-97, Rothstein J., order dated 30/6/97, 4 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application for judicial review of Canada Labour Relations Board decision finding applicant had failed to fulfil its duty of fair representation toward its member when latter dismissed by employer, Air Canada—Application dismissed—Although reasons somewhat unclear and ambiguous, Board’s reasons sound and not to be interfered with—Not irrational to find Code, s. 37 breach had been ongoing and became irreparable; or to assess applicant’s attitude and infer its state of mind through actions of its officers—No reason to intervene with remedy ordered by Board: costs and damages—Award of costs rationally connected to s. 37 breach and consequences within meaning of Code, s. 99(2)—Potential award of damages not insupportable under broad remedial discretion conferred by s. 99(2) as not punitive in nature, not infringing Charter and not contradicting purposes of Code: *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 37, 99(2).

CANADIAN AIR LINE PILOTS ASSN. V. EAMOR (Marceau J.A., judgment dated 18/6/97, 4 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Action alleging breach of contract of carriage pursuant to which defendant agreeing to carry cargo to Far East or liability in tort—Defendant submitting not party to contract of carriage entered into by plaintiffs—Plaintiffs, except Union Carbide Corporation, consignees of shipments of synthetic resin carried from Montréal to Bangkok, Manila, on *Hudson Bay*—Union Carbide shipper—Consignees purchasing respective cargoes from Union Carbide on cif Bangkok, cif Manila terms—Union Carbide’s commercial invoices to consignees dated January 1979—Cargo, synthetic resin, property of Union Carbide upon delivery to dock in Montréal—*Hudson Bay* nominated to carry cargo—*Hudson Bay* owned by Bona Maritime, under time charter to Federal Commerce pursuant to terms and conditions of New York Produce Exchange form—Cargo loaded by Federal Marine—Bills of lading signed by Federal Commerce “by authority of master as agent only”—Portion of cargo arriving damaged—Plaintiffs, except Plasko Trading and Union Carbide, commencing proceedings in New York—That action dismissed on ground of *forum non conveniens* on condition defendants not raise time bar defence in Canada—In 1981 proceedings commenced in Canada—Issues: (1) whether Union Carbide proper plaintiff; (2) whether Federal Commerce liable either in contract or in tort; (3) if liable, amount of compensation—Action dismissed—(1) Union Carbide not proper plaintiff; action time barred—Union Carbide fulfilling all obligations as cif vendor, no issue arising out of contracts of sale—Goods shipped, carried to destination, received by respective consignees—Because portion of goods arriving damaged, consignees filing claims against Federal Commerce, cargo

MARITIME LAW—Continued

insurers—Consignees indemnified by insurers pursuant to terms, conditions of policies taken out by Union Carbide to cover goods shipped—Cif vendor bearing all risks of loss until goods loaded on ship when risk shifting to purchaser—Risk of loss to cargo fell upon consignees from time cargo loaded on *Hudson Bay* in Montréal—As goods loaded in good order, condition, with exception of some sifting, damage to cargo occurring when risk of loss falling upon consignees—Although not initially parties to contracts evidenced by bills of lading, Bills of Lading Act, s. 2 vesting consignees with all rights of action in respect of cargo covered by bills of lading—As consignees at risk when loss, damage occurred, and as parties with contractual rights of action, Union Carbide not proper plaintiff—Union Carbide not plaintiff in New York actions—Only those plaintiffs in Canadian action who were also plaintiffs in New York actions could institute proceedings in Canada—Too late for Union Carbide to commence proceedings in April 1981—U.S. Federal Rules of Procedure requiring “real party in interest” prosecute action in its name—Consignees who have purchased cargo under cif terms cannot institute proceedings on behalf of shipper—Union Carbide not plaintiff in New York actions, prohibition not to raise time-bar not applying to Union Carbide—Since filed statement of claim on April 7, 1981, action time-barred having been commenced 2 years after delivery of cargo in Bangkok, Manila—No waiver arising either from New York Court’s order of dismissal or from statement in statement of defence not intending to raise time-bar issue herein—No evidence Union Carbide waived any of its rights since, on evidence and upon true construction of contracts of sale Union Carbide having no legal interest in damaged goods—No evidence Union Carbide authorized institution of lawsuit in its name in New York—Plaintiffs arguing Union Carbide could recover damages as trustee for those plaintiffs not proving loss—*Dunlop v. Lambert* (1939), 7 E.R. 824 (Ct. Sess.) holding shipper could recover from carrier with whom had contract, substantial damages as trustee for real owner, even though shipper suffered no loss—Only applicable where no bill of lading issued, no other remedy available to person sustaining loss—As claims whose proof causing concern covered by *Bills of Lading Act*, rule in *Dunlop v. Lambert* cannot be invoked to assist plaintiff who has remedy, but refusing or unable to offer proper evidence to support claim—(2) Bill of lading providing contract evidenced by bill of lading between “merchant”, owner of vessel named in bill of lading—Unless clear undertaking by time-charterer to carry shipper’s goods, shipowner carrier—Federal Commerce not undertaking to carry goods to Bangkok, Manila in booking note contract, bills of lading—Pursuant to time charter-party, Federal Commerce under duty to load, stow, trim cargo—Following completion of loading, Federal Commerce issuing bills of lading by authority of master of *Hudson Bay* as agents only—Booking note providing Federal Commerce’s regular form bill of lading shall be used and that all terms, conditions, excep-

MARITIME LAW—Continued

tions thereof shall form part of booking note contract—Clause on bill of lading (demise clause) providing contract evidenced by bill of lading between owner of cargo, owner of vessel on which goods to be carried—Clause further providing shipowner shall be only party liable for loss, damage to cargo or for any breach, non-performance of obligations arising out of contract of carriage—Also providing company, agent issuing bill of lading on behalf of master of vessel, not principal and such company, agent shall not be under any liability arising out of contract of carriage as carrier or bailee—Bill of lading constituting contract binding upon shipowners, not upon time charterers, unless undertaking on part of charterer will carry cargo—Where charterer liable on contract of carriage, shipowner not liable—Where charterer signing bill of lading on behalf of master, and so authorized, shipowner will be bound by bills of lading, but not charterer—Where charterer issuing, signing bills of lading on own behalf, bound by bills—“Carrier” defined in Hague Rules as including owner or charterer—Carrier shall be either owner or charterer, but not both—Charter-party also providing owners of *Hudson Bay* remaining responsible for navigation of vessel, acts of pilots, tugboats, insurance, crew, all other matters, same as when trading for own account—“All other matters” including cargo claims in matters for which shipowners, rather than charterers to remain responsible—Contract of carriage made with charterers—Bills of lading owner’s bills of lading—Clearly providing contracts evidenced by them were contracts with owners of ship on which goods loaded—These are bills which Union Carbide provided to clients in fulfilment of contractual obligations—Federal Commerce not party to contracts evidenced by bills of lading, not “carrier” within Hague Rules—“Carrier” Bona Maritime—Bona Maritime bound by contracts evidenced by bills of lading—Federal Commerce not liable in contract, tort—Union Carbide, plaintiffs’ expert aware of restriction with respect to height to which pallets could be stowed—Union Carbide not conveying information to Federal Commerce when booking note contract entered into although relevant in regard to type of ship nominated to carry cargo, in determining positioning of cargo in holds—Consequently when Federal Commerce preparing stowage plan, neither aware, nor could it have been aware, as not obvious proposed stowage unsafe, of height restriction—Evidence not establishing whether losses result of insufficient packaging or improper stowage—(3) Documents prepared to establish claim under insurance policies not admissible to prove quantum of claims—Real evidence as to arrived sound market value (A.S.M.V.), arrived damaged market value (A.D.M.V.) establishing amount of damage, but testimony required to establish losses actually suffered—A.S.M.V. less A.D.M.V. rule not relieving consignee of burden of mitigation—Plaintiffs must testify as to portion of damages suffered actually causing loss—Surveyors retained by insurers to ascertain losses payable under royalties only witnesses testifying with respect to losses suffered—Such

MARITIME LAW—Concluded

testimonies to large extent hearsay evidence, irrelevant—Plaintiffs Glee Chemical Laboratories Inc., Jemiken Enterprises Corp., Producers Packaging Corp., Lafumar Marketing Corp., Sri Thep Thai Ltd. not adducing sufficient evidence to allow quantification of loss—Plaintiffs adducing sufficient evidence should be compensated on basis of cif invoice price plus 10% sales tax plus 30% duty plus 101% profit i.e. 157% of cif price—Any loss, damage occurring after discharge not carrier's responsibility—To extent action in tort, plaintiffs must demonstrate damages occurring after discharge resulting directly from defendant's negligence—Had plaintiffs been successful on liability, Union Carbide would have been allowed to recover loss resulting from shortage of 107 101 kilograms—As to Manila consignees, damages noted at time of discharge as evidenced by certificates of arrastre contractor, constituting *prima facie* evidence of damages caused to cargo while in care, custody of vessel—No evidence as to what happened between discharge of cargo from ship and at time of withdrawal from harbour—In view of condition when cargo came off ship, further damages inevitable—Those plaintiffs proving loss would have been allowed to recover damages noted on certificates of arrastre contractor plus 50% of difference between damage and damage noted at consignees' warehouses—International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature, Brussels, August 25, 1924 (Hague Rules).

UNION CARBIDE CORP. v. FEDNAV LTD. (T-2403-81, Nadon J., judgment dated 20/5/97, 81 pp.)

PATENTS

Action for declaratory relief as to status, role, functions and authority of Patent Office—Patent Office merged into Directorate of Intellectual Property, renamed Canadian Intellectual Property Office (CIPO)—CIPO now run as Special Operating Agency within Department of Industry, i.e. considered by Government of Canada to be part of Department of Industry, but having more control over finances, long-term budgeting than normal for Directorate within Department—Patent Act setting up mechanism for filing applications for patent protection—Patent examiners examine applications to determine whether comply with requirements of Act—Following examination application either rejected or patent granted—Plaintiffs patent examiners hired through Public Service Commission—(1) Patent Office established by legislation—Functions mandated by legislation to be performed by Patent Office being carried out under direction of Commissioner regardless of name given to agency—(2) No requirement for delegation of authority from Commissioner to patent examiner because patent examiner not conferring any right—Commissioner, not patent examiner, granting patent—Fees paid to Commis-

PATENTS—Concluded

sioner—Commissioner may refuse application—Also Commissioner who may issue new or amended patent—(3) As part of Department of Industry, Patent Office in or under Department of Industry within Public Service Staff Relations Act, s. 2 definition of "Public Service"—Patent examiners members of Public Service; employer Treasury Board—(4) Patent Act, s. 6 providing for appointment of principal examiners, examiners, associate examiners and assistant examiners—Treasury Board establishing eight different classifications for persons who do patent examinations but not classifying such positions into four positions enumerated—Financial Administration Act, s. 11(2)(c) enabling Treasury Board to provide for classification of positions in Public Service, notwithstanding any other provision contained in any enactment—As patent examiners employees in Public Service, Treasury Board can provide for classification of positions—(5) Plaintiffs introducing evidence concerning use of temporary personnel from July 1, 1990 to June 30, 1991 to assist in dealing with backlog in patent applications—Patent Act, s. 35(1) stating Commissioner shall cause application for patent to be examined by competent examiners to be employed in Patent Office—Plaintiffs claiming temporary personnel not employed in Patent Office—Evidence concerning temporary help not relevant to central issues identified in statement of agreed facts, issues—Furthermore, no evidence of current situation, whether such conduct contrary to any collective agreement, whether Court proper forum for disposing of question—Inappropriate to grant relief requested—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 6, 35 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 12)—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 11—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2 "Public Service".

HOPKINSON V. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS)
(T-2153-91, Richard J., judgment dated 13/6/97, 14 pp.)

PENITENTIARIES

Application for judicial review of Kent Institution disciplinary chairperson's decision applicant unlawfully in possession of rusted and blemished shank discovered inside applicant's fan during routine drug search—In 1992, while incarcerated in Milhaven Institution, had been charged with being unlawfully in possession of shank hidden inside same fan—Applicant alleging when given back fan in 1995, same shank still inside—Chairperson did not believe explanation—Chairperson could not reasonably be satisfied guilt only reasonable inference to be drawn from facts in evidence—Chairperson entitled to disbelieve applicant's explanation but could not infer guilt on sheer speculation—In view of lack of evidence of applicant being in possession of shank, verdict patently unreasonable.

MCLARTY V. CANADA (T-1764-96, Tremblay-Lamer J., order dated 10/6/97, 5 pp.)

PRACTICE

COSTS

Application for costs on interlocutory injunction application—Latter application denied, but not frivolous or vexatious—Based on *Thurston Hayes Developments Ltd. et al. v. Horn Abbot Ltd. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 124 (F.C.A.), application denied—Court therein of view awarding costs in any event of the cause prejudging case and penalizing other party—Court also of view to impose such penalty not proper exercise of judicial discretion—However, compelling case made that law of costs in respect of interlocutory injunctions evolving and rationale for awarding costs thereon irrespective of outcome of trial—(1) Interlocutory injunction not issue at trial and decision made therein not fettering judge at trial: *Apotex Inc. v. Egis Pharmaceuticals* (1990), 32 C.P.R. (3d) 559 (Ont. Ct. Gen. Div.)—(2) Fixing of costs and making them payable forthwith instrumentality aimed at expedition; serving as well twin objective and salutary purpose of focusing minds of litigants on cost of litigation: *Applied System Technologies, Inc. v. Sysnet Computer Systems, Inc.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 129 (Ont. Ct. Gen. Div.)—While policies stated in above cases may well be modern thinking with regard to awarding of costs in interlocutory injunction applications, Federal Court of Appeal decision in *Thurston Hayes* binding, so costs will be awarded in the cause.

EFFEM FOODS LTD. v. H.J. HEINZ CO. OF CANADA LTD. (T-1245-97, Rothstein J., order dated 3/7/97, 3 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS

Enforcement

Motion seeking leave to issue writ of *feri facias*—Former writ of *feri facias* failed to be renewed through so-called inadvertence—Writ issued in April 1991, therefore expired in April 1996—More than six years has passed since certificate having effect of judgment filed—Leave of Court required under R. 2001(1)(a) before writ may issue—Debtor estate of deceased person—Procedure to follow when requesting leave set out in R. 2003—One of matters to be addressed reason for delay in enforcing judgment—Counsel should inform Court of efforts made to collect sums owing—To satisfy Court with respect to R. 2001(1)(c), statements anticipated as to what new assets expected to fall into hands of executors—Motion dismissed without prejudice to applicant's right to reapply on better evidence—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2001, 2003.

PASSER ESTATE (RE) (ITA-2808-91, Giles A.S.P., order dated 4/6/97, 2 pp.)

PRACTICE—Continued

PARTIES

Standing

Motion to certify proceeding as class action, appoint plaintiff (Pawar) as representative plaintiff for class—Plaintiff, resident of Canada since 1987, turning 65 in December 1993—Application for old age security pension denied as not meeting residency requirement of pensionability—Proposed class composed of Canadian citizens, permanent residents, aged 65 or older, not residing in Canada for required 10 years preceding pensionability—Seeking declaration Old Age Security Act, s. 3 invalid pursuant to Constitution Act, 1982, s. 52; damages equal to pensions each might have collected since age 65 under Charter, s. 24—Unnecessary to import British Columbia Class Proceedings Act class certification provisions—Federal Court Rules, R. 1711(1), (3) providing for continuance of class proceeding, subject to Court otherwise ordering, and for directions—Court having procedural machinery in its rules to allow class action suits, must also have inherent or implied jurisdiction to carry out purpose of remedial procedure such as class action—Identifiable class, common grievance suitable for class proceeding—Pawar would fairly, adequately, properly represent class—Pleadings must disclose reasonable cause of action—As general rule action for damages under Charter, s. 24 cannot be coupled with declaratory action for invalidity under Constitution Act, 1982, s. 52: *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347—No allegation in statement of claim of wrongful conduct, bad faith, negligence, collateral purpose necessary to found claim for damages—Mere refusals by Crown servants charged with enforcing clear legislative provision to persistent claimant not improper conduct—Denial of certification akin to striking out action—If plain, obvious action or portion thereof will not succeed, futile case or futile portion thereof ought not be allowed to proceed—Action for declaration under Constitution Act, 1982, s. 52, arguable, might conceivably succeed, but given clear position taken by Supreme Court of Canada, in cases leading up to *Guimond* claim for damages under Charter, s. 24 futile—Portion of action seeking declaration certified, may proceed as class action with representative plaintiff—Plaintiff appointed as representative plaintiff for class—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1711—Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, s. 3—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52—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. 24—Class Proceedings Act, S.B.C. 1995, c. 21.

PAWAR V. CANADA (T-1407-96, Hargrave P., order dated 26/5/97, 9 pp.)

PRACTICE—Continued

PLEADINGS

Motion to Strike

Appeal from dismissal of motion to strike out counterclaim—Statement of claim alleging patent infringement—In statement of defence Phoenix denying liability as acted under licence—Also filing counterclaim seeking declaration as to validity of licence, injunctions for enforcement, damages for alleged breach of licence by appellant—Motions Judge holding as counterclaim merely particularizing basis of grievance claimed by defendants, inappropriate to sever pleadings—Appeal allowed—Although same licence involved in statement of defence and counterclaim, used as shield against claim of infringement in statement of defence and as sword, basis for obtaining remedies against appellant for its enforcement in counterclaim—Counterclaim would stand alone as action for breach of contract—As such not within Court's jurisdiction—Main action can be decided on basis of statement of claim and statement of defence, but counterclaim must be viewed as distinct action primarily involving alleged breach of contract.

INNOTECH PTY. LTD. V. PHOENIX ROTARY SPIKE HARROWS LTD. (A-253-97, Strayer J.A., judgment dated 18/6/97, 3 pp.)

VARIATION OF TIME

Test to be applied when party fails to comply with provisions of peremptory (unless) order (orders that action should be struck out unless certain steps taken at certain times)—Peremptory order herein as to security for costs—Defendant applied for security for costs when heard plaintiff, Turkish company, might be in financial difficulty—Security was to have been provided by June 8, 1997—On June 10, plaintiff applied for and obtained motion to extend time to June 23—On June 25, as security still not posted, defendant moved to have action dismissed—Plaintiff countered ought to have further extension of time, to July 11, to provide security—Delay possibly major factor in making litigation expensive dispute resolution process to be avoided whenever possible—Peremptory (unless) orders meant to give courts and defendants greater control over delay—Courts encouraged to make “unless orders” more readily—Now clearly established once time has run on unless order, court's jurisdiction not ended—Two differing principles of law at issue when party seeks extension of unless order: litigant ought not to be deprived of right to have case heard where any damage to other parties compensable; litigant who fails to comply with peremptory order will not normally be permitted to continue action—Test applicable to enforcement of second principle: whether, in fact, failure in compliance intentional and contumelious—Thus question whether intentional flouting of order and whether breach due to extraneous circumstances: onus on plaintiff to convince court of this—Plaintiff established

PRACTICE—Concluded

delay in payment of freight owed to it accounting for failure to comply with order—In result, provision of full security, by final date of July 11, shall be subject to three preconditions: statement of claim shall be amended and particulars provided by July 4 and plaintiff shall pay costs of motion, set at \$600, by July 11, 1997.

MARGEM CHARTERING CO. V. BOSCA (THE)
(T-2418-96, Hargrave P., order dated 4/7/97, 8 pp.)

PUBLIC SERVICE

JURISDICTION

Application for judicial review seeking to set aside decision by Chairman of Appeal Board allowing respondent's appeal from recommendation he be released made to Public Service Commission by his superiors at Department of National Defence, who had concluded incapable of properly performing duties of position (store services employee)—Physicians diagnosing personal congenital dorso-lumbar condition and concluding respondent no longer able to perform duties of his work safely—Department installing counters at appropriate height to make store services employees' work easier—Possibility of reassigning respondent examined but producing no results—Chairman of Appeal Board finding respondent incapable of performing duties of position, but also finding Minister's decision premature—Principal issue whether Board erred in law and exceeded jurisdiction by applying provisions of Canadian Human Rights Act—Application allowed—Appeal Board tribunal whose jurisdiction limited to that conferred on it by Parliament: *MacNeill v. Canada (Attorney General)*, [1994] 3 F.C. 261 (C.A.)—No section in Public Service Employment Act empowering Appeal Board to apply CHRA—Chairman of Appeal Board accordingly erred in law by applying CHRA—Therefore unnecessary to deal at length with issues, now purely academic, of nature of discrimination allegedly suffered by respondent or of duty of accommodation or concept of *bona fide* occupational requirement—Desjardins J.A. holding in *MacNeill PSEA*, s. 31 case of direct discrimination, but section itself containing *bona fide* occupational requirement consistent with CHRA—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. RACICOT
(T-1694-93, Richard J., order dated 17/6/97, 10 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application for judicial review of Classification Grievance Committee's recommendation applicants' positions (Intelligence Analysts with Employment and Immigration in BC/Yukon Region) be classified at PM-03 group and level—Applicants had argued Ontario colleagues having

PUBLIC SERVICE—Concluded

same job description and exercising same functions enjoying PM-04 status—Application for judicial review allowed November 30, 1995 and matter returned to Committee to review differences between Ontario positions and BC/Yukon positions, and to review evidence of Mr. John Kent (who provided only information from management side, which information was not communicated to applicants) in accordance with Classification Grievance Procedure in preparing reasons—As result, Committee ordered audit of Ontario Region positions and recommended reclassification thereof to PM-03, and results communicated to applicants—Subsequently, Committee met again to review John Kent's evidence and added Addendum Report—Committee concluded original recommendation should stand and advised grievors—Further application to review second recommendation—Application dismissed—Grievance process calling upon grievors to state case in absence of management and upon management to state case in absence of grievors—Provisions in classification grievance process must be read and interpreted within context of exclusive management rights conferred on respondents by Financial Administration Act to classify positions and employees in Public Service, and further, on specific exclusion from appeal procedures otherwise available under PSSRA—Scheme not adversarial, nor does it necessarily open door to technical challenges based on procedural fairness, breach of natural justice—Requirements of fairness herein sufficiently minimal that simple allegation party did not hear evidence, nor given opportunity to respond to or cross-examine on it, not sufficient—Not case where unfairness *per se* will give rise to *certiorari*, but where specific lines of prejudice must be pleaded—Furthermore, no evidence allegations of unfairness more than mere allegations bereft of any substance—More restrained approach of McKeown J. in *Chong et al. v. Canada* (1995), 104 F.T.R. 253 (F.C.T.D.) and of Pinard J. in *Tanack et al. v. Canada (Treasury Board)* (1996), 112 F.T.R. 182 (F.C.T.D.) preferred to that of Reed J. in *Hale v. Canada (Treasury Board)* (1996), 112 F.T.R. 216 (F.C.T.D.)—Matter of classification not negotiable issue, and as far as Court concerned, processes in that regard should be left to Treasury Board, statutorily and exclusively endowed by Parliament to deal with it—Must be some demonstrable error or prejudice in purely administrative process before court should intervene by way of judicial review—Wisdom lying less on precedent and more on case-by-case approach—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35.

CHONG V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-905-96, Joyal J., order dated 16/6/97, 8 pp.)

TRADE MARKS**PRACTICE**

Application to strike paragraphs of statement of claim seeking injunctive relief to restrain defendants from register-

TRADE MARKS—Concluded

ing any trade-mark including words "Classic", "Classique", or as set out in enumerated applications on ground Court lacking jurisdiction to award such relief—Application allowed—*Friendly Ice Cream Corp. v. Friendly Ice Cream Shops Ltd.*, [1972] F.C. 712 (T.D.) applied—Registrar of Trade-marks first person who must decide whether trade-mark may issue—Court may be engaged to review matter only if Registrar alleged to have made wrong decision—Defendants entitled to apply for registration of trade-marks under Act, and to have any application determined by Registrar, after consideration of any opposition that may be advanced in accord with procedures under Act—To restrain defendants from seeking to register trade-marks applied for would deprive them of rights to apply for registration in accord with procedures established under Act—To grant relief requested would by-pass statutory method and tribunal established by Parliament for determining applications for registration of trade-marks—No reasonable cause made out by statement of claim for relief sought in provisions in question.

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. V. IMPERIAL TOBACCO LTD. (T-628-97, MacKay J., order dated 17/6/97, 4 pp.)

REGISTRATION

Appeal from Registrar of Trade-marks' decision rejecting appellant's opposition against application filed by respondent Welcome Wagon Ltd. to register trade mark "Wagon Post Ltd."—Appeal allowed—Respondent's mark confusing with several of appellant's trade marks and official marks "Canada Post", "Post Office", "Intelpost", "Mediaposte", "Mail Poste & Design", "Priority Post", "Postes prioritaires", "Priority Post Courier", "Telepost", "Envoypost", "Omnipost", "Poste Mail & Design", "Poste-Lettre", and "Priority Post—Postes prioritaires"—Canadian public therefore accustomed to associating trade marks and trade names incorporating word "Post" with appellant—Furthermore, as Canada Post trade marks and trade names all interrelated by ideas suggested, broader protection should be accorded to these marks—Finally, appellant's official marks and trade names have high degree of distinctiveness, both inherent and acquired.

CANADA POST CORP. V. WELCOME WAGON LTD. (T-797-96, Jerome A.C.J., judgment dated 13/6/97, 5 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Umpire's decision applicant had lost employment by reason of own misconduct—Nurse dismissed for having breached hospital's confidentiality policy—When used hospital computer to verify if friend still there,

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

accessed friend's medical chart—Umpire made no specific findings as to whether applicant's conduct wilful or reckless—Moreover, no evidence to lead Umpire to finding of wilfulness—Accessing of confidential information characterized as inadvertent by Board and Umpire—For conduct to be considered misconduct under Unemployment Insurance Act, must be wilful or so reckless as to approach wilfulness—Umpire did not turn mind to whether conduct of applicant wilful or reckless to point of being wilful—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., c. U-1.

MCKAY-EDEN V. CANADA (A-402-96, McDonald J.A., judgment dated 28/5/97, 2 pp.)

Appeal from Umpire's decision affirming Board of Referees' decision under Unemployment Insurance Act—Board of Referees erred in law in considering test for extension of time to appeal to be whether "good cause" for delay—Under Act, s. 79, Commission may for "special reasons" allow extension of time for appeal to Board—Test not necessarily limited to whether good cause for delay—Inaccuracies in Commission's factual submissions to Board, Umpire—Factors such as seriousness of determination false, misleading statements made, amount of penalty imposed, delay of only about one month after time limit for appeal all "special reasons" to be taken into account—Commission to weigh these reasons, other considerations in exercising discretion—Appeal allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 79.

CARDAMONE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-432-96, Strayer J.A., judgment dated 16/5/97, 2 pp.)

Application for judicial review of Umpire's decision reducing amount of penalty imposed under Unemployment

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

Insurance Act, s. 33(1)—Respondent participating in fraudulent scheme allowing him to collect benefits in excess of those to which truly entitled—Commission imposed harsh penalty—Board of Referees declined to reduce amount of penalty imposed by Commission on ground lacked jurisdiction to do so—Umpire holding penalty properly imposed but too severe—Application allowed—Board of Referees having authority to vary penalty in exceptional circumstances—Jurisdiction which Board of Referees possesses not exercised, therefore no decision to be reviewed by Umpire—Matter remitted back to Umpire with direction to remit matter to Board of Referees for determination of whether amount of penalty imposed by Commission should be varied or be allowed to stand—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 33(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. STARK (A-701-96, Stone J.A., judgment dated 7/5/97, 3 pp.)

Application to set aside judgment of Tax Court of Canada reversing Minister's determination respondent not in "insurable employment" within meaning of Unemployment Insurance Act—Respondent fishing on board vessel owned, captained by husband—Exercise of discretion by Minister under Act, s. 3(2)(c)(ii) not addressed by Deputy Tax Court Judge—Error to neglect argument Minister had properly exercised discretion under said provision—Jurisdiction of Court under Federal Court Act, s. 18.1(3), (4) not permitting it to render judgment Deputy Tax Court Judge should have made in application for judicial review—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 3(2)(c)(ii)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

CANADA V. NUTTALL (A-733-96, Stone J.A., judgment dated 7/5/97, 3 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre selon laquelle la requérante a perdu son emploi en raison de sa propre inconduite—Infirmière renvoyée pour avoir violé la politique de confidentialité de l'hôpital—Lorsqu'elle s'est servie de l'ordinateur de l'hôpital pour savoir si son amie y était encore, elle a eu accès au fichier médical de celle-ci—Le juge-arbitre n'a tiré aucune conclusion expresse sur la question de savoir si la conduite de la requérante était délibérée ou insouciante—De plus, il n'existe aucune preuve qui aurait pu amener le juge-arbitre à conclure à l'existence d'un caractère délibéré—Le conseil et le juge-arbitre ont qualifié d'inattentif l'accès à des renseignements confidentiels—Pour qu'une conduite soit considérée comme une «inconduite» sous le régime de la Loi sur l'assurance-chômage, elle doit être délibérée ou si insouciante qu'elle frôle le caractère délibéré—Le juge-arbitre n'a pas abordé la question de savoir si la conduite de la requérante était délibérée ou insouciante au point d'avoir un caractère délibéré—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1.

MCKAY-EDEN C. CANADA (A-402-96, juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 28-5-97, 2 p.)

Appel de la décision du juge-arbitre confirmant celle du conseil arbitral en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage—Le conseil arbitral a commis une erreur de droit en considérant le critère de la prorogation du délai imparti pour interjeter appel comme consistant à se demander s'il existait une «cause valable» du retard—En vertu de l'art. 79 de Loi, la Commission peut, pour des «raisons spéciales», permettre que soit prorogé le délai d'appel devant le conseil—Ce critère n'est pas nécessairement limité à la question de savoir s'il existait une cause valable du retard—Inexactitudes dans les observations factuelles adressées par la Commission au conseil et au juge-arbitre—Des facteurs tels que le caractère sérieux d'une décision selon laquelle des déclarations fausses, trompeuses ont été faites, sur le montant de la pénalité imposée et sur le fait qu'il

ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite

existait un retard d'environ seulement un mois après le délai-limite imparti pour l'appel constituent tous des «raisons spéciales» dont il faut tenir compte—Il appartient à la Commission de soupeser ces raisons et d'autres facteurs dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—Appel accueilli—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 79.

CARDAMONE C. CANADA (PROCEUR GÉNÉRAL) (A-432-96, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 16-5-97, 2 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre de réduire le montant de la pénalité infligée en vertu de l'art. 33(1) de la Loi sur l'assurance-chômage—Participation de l'intimé à un stratagème frauduleux lui ayant permis de toucher des prestations en sus des prestations auxquelles il avait vraiment droit—La Commission a imposé une lourde pénalité—Le conseil arbitral n'a pas voulu réduire le montant de la pénalité imposée par la Commission au motif qu'il n'avait pas le pouvoir de le faire—Le juge-arbitre a décidé que la pénalité avait été infligée correctement, mais qu'elle était trop sévère—Demande accueillie—Le conseil arbitral possède le pouvoir de modifier une pénalité dans des circonstances exceptionnelles—Le conseil arbitral n'a pas exercé sa compétence, par conséquent, il n'y avait pas de décision pouvant faire l'objet d'un contrôle par le juge-arbitre—Affaire renvoyée au juge-arbitre avec directive de la renvoyer au conseil arbitral aux fins d'une décision quant à savoir si le montant de la pénalité infligée par la Commission devrait être modifié ou confirmé—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 33(1).

CANADA (PROCEUR GÉNÉRAL) C. STARK (A-701-96, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 7-5-97, 3 p.)

Demande d'annulation d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt renversant la décision du ministre suivant laquelle l'intimée n'avait pas exercé un «emploi assurable»

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

au sens de la Loi sur l'assurance-chômage—L'intimée pêchait à bord d'un navire qui était la propriété et sous la direction de son mari—Le juge suppléant de la Cour de l'impôt n'a pas examiné l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre visé à l'art. 3(2)c(ii)—C'est une erreur de négliger l'argument suivant lequel le ministre avait exercé correctement le pouvoir discrétionnaire visé à cette disposition—La compétence que la Cour tient de l'art. 18.1(3) et (4) ne lui permet pas, dans une demande de contrôle judiciaire, de rendre la décision que le juge suppléant de la Cour de l'impôt aurait dû rendre—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 3(2)c(ii)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1995), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

CANADA C. NUTTALL (A-733-96, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 7-5-97, 3 p.)

AVOCATS ET PROCUREURS

Requête fondée sur la Règle 300.1 afin que la Cour déclare le cabinet Martineau Walker inhabile à représenter la défenderesse pour conflit d'intérêts dans le présent dossier—Action en concurrence déloyale et en contrefaçon de marque de commerce—Requête accueillie—La demanderesse a établi pour les fins de sa requête une connexité suffisante entre le lien de négociateur des procureurs de la défenderesse, alors qu'ils agissaient pour un licencié en vue d'obtenir un contrat de licence pour cette dernière, et le mandat présent des mêmes procureurs dans leur attaque contre ledit contrat de licence—Par application de *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, il y a donc présomption non repoussée que lors de la négociation du contrat de licence, les procureurs actuels de la défenderesse ont acquis à l'égard dudit contrat des renseignements confidentiels pour lesquels il risque d'y avoir dans le futur un mauvais usage—Un membre du public raisonnablement informé serait perturbé de voir qu'on tolérerait plus longtemps que des procureurs puissent appuyer un temps un contrat de licence pour ensuite le dénoncer—L'apparence de loyauté aux yeux du public demande que l'on intervienne: *APV Pavailler Inc. c. Bonischof*, [1992] R.D.J. 542 (C.A. Qué.)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., c. 663, Règle 300.1 (édicte par DORS/90-846, art. 3).

LASSONDE (A.) INC. C. BÉLANGER (T-1156-96, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 18-6-97, 3 p.)

BREVETS

Action en jugement déclaratoire quant au statut, au rôle, aux fonctions et aux pouvoirs du Bureau des brevets—Le Bureau des brevets a été intégré à la Direction de la propriété intellectuelle sous le nouveau nom d'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC)—L'OPIC a

BREVETS—Suite

maintenant le statut d'organisme de service spécial au sein du ministère de l'Industrie, c'est-à-dire qu'il dispose d'un contrôle plus étendu sur ses finances et son budget à long terme qu'une direction ordinaire de ce Ministère—La Loi sur les brevets établit un régime de dépôt des demandes présentées dans le but d'obtenir la protection accordée par un brevet—Les examinateurs de brevets examinent les demandes pour déterminer si elles sont conformes aux exigences de la Loi—Après l'examen, la demande de brevet est rejetée ou un brevet est délivré—Les demandeurs sont des examinateurs engagés par l'intermédiaire de la Commission de la fonction publique—1) Le Bureau des brevets a été créé par la loi—Les fonctions confiées par la Loi doivent être exercées par le Bureau des brevets sous la direction du Commissaire, peu importe le nom donné à cet organisme—2) Il n'existe aucune exigence de délégation de pouvoirs du Commissaire à l'examineur de brevets parce que l'examineur de brevets ne confère aucun droit—Le Commissaire, et non l'examineur de brevets, délivre les brevets—Les taxes sont versées au Commissaire—C'est aussi le Commissaire qui peut délivrer un brevet nouveau ou rectifié—3) Le Bureau des brevets fait partie du ministère de l'Industrie et il relève de celui-ci au sens de la définition que donne l'art. 2 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique aux mots «fonction publique»—Les examinateurs de brevets sont des employés de la fonction publique et leur employeur est le Conseil du Trésor—4) L'art. 6 de la Loi sur les brevets prévoit la nomination d'examineurs principaux, d'examineurs, d'examineurs associés et d'examineurs adjoints et des autres personnes nécessaires à l'application de la Loi—Le Conseil du Trésor a établi huit classifications différentes pour les personnes qui examinent les brevets mais il ne classe pas ces postes au moyen des quatre postes mentionnés—L'art. 11(2)c) de la Loi sur la gestion des finances publiques permet au Conseil du Trésor de prévoir la classification des postes au sein de la fonction publique, malgré toute autre disposition contenue dans un autre texte—Étant donné que les examinateurs de brevets sont des employés de la fonction publique, le Conseil du Trésor peut prévoir la classification de leurs postes—5) Les demandeurs ont présenté des éléments de preuve concernant le recrutement d'employés temporaires du 1^{er} juillet 1990 au 30 juin 1991 pour aider à traiter un arriéré de demandes de brevets—L'art. 35(1) de la Loi sur les brevets prévoit que le Commissaire doit faire en sorte qu'une demande de brevet soit examinée par des examinateurs compétents engagés par le Bureau des brevets—Les demandeurs soutiennent qu'il ne s'agissait pas d'employés du Bureau des brevets—Les éléments de preuve concernant le travail temporaire ne sont pas pertinents aux questions principales relevées par les parties dans la déclaration relative aux faits et questions non contestés—De plus, il n'existe aucun élément de preuve sur ce qu'est la situation actuelle ni sur celle de savoir si cette façon de faire est contraire à une convention collective, ni sur celle de savoir si le tribunal est l'instance qui convient pour régler cette question—Il ne convient pas d'accorder la

BREVETS—Fin

mesure de redressement sollicitée—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 6, 35 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 33, art. 12)—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 11—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2 «fonction publique».

HOPKINSON C. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (T-2153-91, juge Richard, jugement en date du 13-6-97, 14 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Personnes non admissibles*

Demande de contrôle judiciaire de la décision du délégué du ministre selon laquelle le requérant avait violé les conditions imposées par la section d'appel de l'immigration et constituait un danger pour le public au Canada, se trouvant ainsi expulsable sur-le-champ du Canada en direction du Portugal—Demande accueillie, le statut de résident permanent du requérant doit être déterminé de nouveau—Le pouvoir du ministre d'expulser une personne pour le motif qu'elle constitue un danger pour le public est un pouvoir très draconien—Selon la jurisprudence, il s'agit là d'une décision purement administrative, n'exigeant le respect que d'un minimum de règles d'équité—En fait, le pouvoir discrétionnaire est exercé sans aucun droit de regard à toutes fins utiles—Le requérant est venu au Canada à l'âge de cinq ans, il a vécu au Canada toute sa vie, il est marié à une citoyenne canadienne, il a un enfant né au Canada et il connaît très peu le portugais—En octobre 1995, la libération conditionnelle du requérant a été révoquée à deux reprises, mais elle a été rétablie deux fois parce que, dans un cas, les accusations ont été retirées et, dans l'autre cas, le requérant a été acquitté—Le délégué du ministre ne semble pas avoir tenu compte de ces circonstances en prenant sa décision—Le mémoire du délégué du ministre déclare que le requérant a démontré qu'on ne peut avoir confiance qu'il va respecter les conditions imposées, car il a violé les conditions de sa libération conditionnelle ainsi que les conditions imposées par la section d'appel de l'immigration—Bien que le pouvoir discrétionnaire du ministre soit bien protégé contre le contrôle judiciaire, l'exercice de ce pouvoir exige fondamentalement que les conclusions, avis ou inférences exprimés soient fondés sur des faits exacts et substantiels.

FRANCES C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2527-96, juge Joyal, ordonnance en date du 4-7-97, 4 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

réfugié a accueilli l'appel interjeté par l'intimée en vertu de l'art. 70 de la Loi sur l'immigration et a annulé la mesure d'expulsion prise contre elle—L'intimée a obtenu un visa d'immigrante en juillet 1991 et a immigré au Canada en décembre après que son père l'eut déclarée comme «personne à charge qui n'a jamais été mariée»—Elle n'a pas divulgué le mariage qu'elle avait contracté en janvier 1989 aux autorités canadiennes ou aux membres de sa famille—En juillet 1992, l'intimée a déposé un engagement à fournir de l'aide à son mari, qu'elle a déclaré être son fiancé—En octobre 1992, elle est retournée aux Philippines où elle a épousé son mari une seconde fois avant que la demande de celui-ci ne soit examinée en tant que fiancé—L'art. 70 dispose que les résidents permanents peuvent faire appel devant la section d'appel de la mesure de renvoi prise contre eux en invoquant une question de droit, de fait ou mixte ou le fait que, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada—Le ministre soutenait que la section d'appel avait commis une erreur justifiant le contrôle de sa décision en se déclarant compétente pour entendre l'appel, étant donné que le visa était nul *ab initio*, ayant été délivré sur la foi des fausses déclarations de l'intimée—L'intimée affirmait que la validité de son visa ne pouvait plus être remise en question, étant donné qu'elle était devenue une résidente permanente—La demande est accueillie—L'intimée a aggravé la fausse déclaration qu'elle avait faite au départ en épousant son mari une seconde fois sans divulguer ce fait aux autorités de l'immigration—Le fondement sur lequel reposait la délivrance du visa n'a jamais existé: l'intimée n'était pas une fille à charge au moment où elle a demandé son visa, étant donné qu'elle était déjà mariée—La section d'appel n'avait pas compétence pour entendre l'appel—Les deux questions suivantes sont certifiées: La SAI a-t-elle compétence en vertu de l'art. 70(1) pour entendre l'appel d'une personne qui a obtenu le droit d'établissement sur la foi d'une déclaration frauduleuse donnée par cette personne?—La personne qui a obtenu le droit d'établissement sur la foi d'une déclaration frauduleuse a-t-elle obtenu l'autorisation de s'établir au Canada, de sorte qu'elle est un «résident permanent» qui peut interjeter appel en vertu de l'art. 70(1)?—La SAI a-t-elle compétence en vertu de l'art. 70(1) pour entendre l'appel d'une personne, indépendamment du fait que cette personne a fait ou non l'objet d'un rapport établi en vertu de l'art. 27(1)e) ou de l'art. 27(2)g)?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)e) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16), (2)g) (mod., *idem*), 70(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. YU (IMM-1264-96, juge Dubé, ordonnance en date du 6-6-97, 7 p.)

Renvoi de résidents permanents

Contrôle judiciaire d'une décision du délégué de l'intimé, selon laquelle le requérant constitue un danger pour le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

public, en vertu de l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration—Le requérant a immigré de l'Inde en 1982—Son casier judiciaire comportait des condamnations pour infraction mineure contre les biens, défaut de comparaître et partie à une agression sexuelle visée à l'art. 272(1)d) du Code criminel, délit pour lequel il a été condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans—À la suite de sa dernière condamnation, le requérant a été frappé d'une mesure d'expulsion—À l'audience relative à l'appel concernant la mesure d'expulsion, un avis a été signifié au requérant que l'on examinait son dossier en vue de la délivrance éventuelle d'un «certificat de danger»—Les avocats des parties ont convenu que la lettre était sans effet parce qu'il s'agissait d'un avis de délivrance éventuelle, et que la partie de fond de l'audience avait commencé—Le requérant n'a fait aucune observation en réponse à l'avis—Après l'audience, mais avant le prononcé de la décision, le requérant a été informé que l'intimé était d'avis qu'il constituait un danger pour le public—La question était de savoir si, d'après la doctrine de l'«attente légitime» ou de la «fin de non-recevoir fondée sur une assertion», l'intimé avait commis une erreur susceptible de contrôle, par manquement à l'obligation d'agir équitablement—La demande a été rejetée—Aucune des deux doctrines ne s'appliquait—La décision *Gonsalves c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 588 (1^{re} inst.) (QL) a été appliquée—La doctrine de l'attente légitime ne crée pas de droits fondamentaux—Selon le requérant, la conduite du représentant de l'intimé devant la section d'appel de l'immigration a donné lieu à un droit fondamental en faveur du requérant, soit celui d'empêcher de formuler un avis de danger contre ce dernier—Au vu des faits, le point en litige n'était pas un droit procédural—Les facteurs énoncés dans *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder*, [1992] 2 C.F. 621 (C.A.) qui sont nécessaires pour donner lieu à la fin de non-recevoir fondée sur une assertion sont absents—1) La conclusion selon laquelle la lettre de l'intimé au requérant, reçue à l'audience devant la section d'appel de l'immigration, était sans effet n'était pas une observation de fait, mais plutôt une conclusion de droit—2) Le fait que le requérant y donnerait suite à son détriment n'était pas une chose qu'une personne raisonnable présumerait que le requérant ferait—Pour qu'une certification soit justifiée, l'art. 83(1) de la Loi sur l'immigration dispose que la question doit être à la fois grave et de portée générale, et déterminante aussi en cas d'appel—Les questions posées par le requérant étaient graves et auraient été déterminantes en cas d'appel, mais elles n'étaient pas d'une portée générale—Les réponses aux questions proposées seraient régies par les faits particuliers qui se rapportent à la source, la nature et les circonstances des observations sur lesquelles le requérant s'est fondé, ainsi que sur le caractère raisonnable du fondement—Le droit relatif aux doctrines de l'attente légitime et de la fin de non-recevoir fondée sur une assertion est bien établi—Ce n'est que l'application de ce droit aux faits particuliers de l'espèce qui est en litige—Le résultat est

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

lié à ces faits uniques, et tout conseil découlant d'un appel se limiterait à des questions comportant des faits fort similaires—Aucune question n'a été certifiée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(5) (édicte par L.C. (1995), ch. 15, art. 13)—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 272 (mod. par L.C. (1995), ch. 39, art. 145).

PARMAR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1133-96, juge Gibson, ordonnance en date du 26-6-97, 8 p.)

Contrôle judiciaire d'opinions rendues par le ministre en vertu des art. 46.01(1)e)(iv) et 70(5) de la Loi sur l'immigration, à savoir que le requérant constitue un danger pour le public au Canada—Le requérant est devenu résident permanent du Canada en 1991—En 1994, il a été déclaré coupable de huit chefs d'accusation à la suite d'un vol qualifié où il avait agi comme chauffeur, mais sans entrer dans le domicile de la victime—Le requérant a purgé deux des trois années de sa peine—En recevant un avis indiquant que le ministre envisageait de formuler un avis de danger pour le public, le requérant a envoyé des arguments écrits—Un avis a été formulé, le requérant a été mis sous garde—Lors de l'examen des motifs de garde, un arbitre a conclu que le requérant ne présentait pas de risque de constituer un danger pour le public, et a ordonné sa mise en liberté—Le document dont l'arbitre a tenu compte ne faisait pas partie de ceux communiqués au requérant—Un autre document contenait des énoncés inexacts de la preuve—Les exigences en matière d'équité sont minimales, car le processus décisionnel autorisé par l'art. 70(5) n'est pas un processus judiciaire ou quasi judiciaire, mais plutôt la formulation d'un avis de bonne foi basé sur les probabilités perçues par le ministre au moyen d'un examen des documents pertinents et sur une évaluation de l'acceptabilité du risque probable: *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.)—Les exigences en matière d'équité ont été respectées dans les circonstances—Il n'y a aucune différence dans le degré d'équité qu'exigent l'art. 46.01 et l'art. 70(5)—*Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.) entérine le processus que prévoit l'art. 46.01—Le juge d'appel Marceau a déclaré que les formalités établies donnent à l'intéressé l'entière possibilité de faire valoir son point de vue, ce qui satisfait aux exigences de la maxime *audi alteram partem*; il n'y a pas de raisons d'exiger une audition orale—Il a aussi écarté la possibilité de mettre dans en balance le danger réel pour le public au Canada et la crainte de persécution d'un citoyen étranger—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 11), 70(5) (édicte par L.C. (1995), ch. 15, art. 13).

NGUYEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2400-96, IMM-2401-96, juge McKeown, ordonnance en date du 16-6-97, 11 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire concernant le refus des demandes d'immigration au Canada des requérants en tant que membres de la catégorie désignée «des réfugiés au sens de la Convention cherchant à se rétablir»—Le premier requérant est le frère des trois autres requérantes, citoyennes irakiennes—Il a parrainé leurs demandes d'immigration au Canada—Après avoir déterminé que les requérantes n'étaient pas des réfugiées au sens de la Convention, l'agent d'immigration en Jordanie a conclu que chacune d'elles ne pouvait faire partie de la catégorie désignée des «réfugiées au sens de la Convention cherchant à se rétablir»—Les demandes sont rejetées—L'obligation d'agir équitablement dans les circonstances est quelque peu limitée comparativement à celle qui est due aux revendicateurs du statut de réfugié qui présentent leur demande à l'intérieur du Canada du fait que les personnes qui ne se trouvent pas au Canada ne courent pas le risque d'être expulsées par les autorités canadiennes vers le pays où elles craignent d'être persécutées si leurs revendications sont refusées—Il n'y a pas de fondement permettant de conclure que les audiences n'ont pas été complètes et équitables—Le fait que l'agente ait demandé l'approbation d'un agent d'immigration principal avant de communiquer ses décisions, comme en fait elle était tenue de le faire, ne porte aucunement atteinte à l'équité de la procédure—L'agent d'immigration principal n'a pas pris les décisions à l'étude et ne les a en aucune façon influencées—Les modifications apportées à la législation canadienne en matière d'immigration à la suite de l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, n'ont pas eu d'incidence sur la procédure de détermination des revendications du statut de réfugié au sens de la Convention pour des personnes qui se trouvent à l'extérieur du Canada et la décision *Singh* ne contient absolument aucune observation défavorable sur cette procédure—Le fait que les requérantes aient pu se trouver brièvement dans une ambassade canadienne pour les fins d'une entrevue ou pour toute autre fin connexe ne peut en aucun cas en faire des personnes qui revendiquent le statut de réfugié à l'intérieur du Canada—Il n'y a pas de fondement qui permette de conclure que les décisions de l'agente qui sont à l'étude, d'après les pièces dont elle était saisie et les entrevues qu'elle a menées, sont abusives ou arbitraires ou qu'elles ont été prises sans tenir compte des éléments dont elle était saisie et du contenu des entrevues—Deux questions sont certifiées: (1) Lorsqu'une personne demande à une ambassade canadienne de déterminer si elle est un réfugié au sens de la Convention, d'après la définition de la Loi sur l'immigration, qui cherche à se rétablir, la Loi sur l'immigration, et plus précisément les art. 44, 46.02 et 67 de la Loi confèrent-ils à la section du statut de réfugié au sens de la Convention de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié compétence exclusive pour connaître et décider de la revendication de cette personne?—(2) Si la réponse à la question n° 1 est négative, les requérants en

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'espèce ont-ils bénéficié du degré exigé de justice naturelle et d'équité procédurale dans le règlement de leurs revendications du statut de réfugié au sens de la Convention?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 44 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35; 1995, ch. 15, art. 7), 46.02 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 37), 67 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.) ch. 28, art. 18).

ZIA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2658-96, juge Gibson, ordonnance en date du 6-6-97, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision du greffier de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Il s'agit de déterminer si le greffier a commis une erreur de droit en rejetant la demande de la requérante visant à être entendue tout d'abord par la section d'appel de la Commission (SAI), et ensuite par la section du statut de réfugié si cela était encore nécessaire—La SAI n'a pas privé la requérante de son droit d'appel—La loi n'exige nullement que la SAI entende l'appel de la requérante antérieurement à l'audition de sa revendication du statut de réfugié—On ne prive pas la requérante de ses droits prévus par la loi ni du bénéfice d'une procédure dont elle peut se prévaloir—L'ordonnance prévoyant le déroulement des diverses auditions ne touche pas l'un quelconque des droits substantiels de la requérante—Rien dans la Loi n'empêche la SAI d'établir le calendrier de ses auditions comme elle l'entend, pourvu que les auditions soient tenues dans un délai raisonnable—Question sans précédent—La SAI n'a ni agi sans compétence ni commis d'erreur de droit, aux termes de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

LE DANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2835-96, juge Dubé, ordonnance en date du 6-6-97, 3 p.)

La décision rendue par la section d'appel de l'immigration au sujet d'une décision prise par un agent des visas en vertu de l'art. 77(1) de la Loi peut-elle être contrôlée judiciairement uniquement avec l'autorisation d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale?—L'affaire a été portée devant la C.A.F. à la suite de la requête en radiation déposée par le ministre contre l'avis de requête introductive d'instance déposé par l'intimé, qui demandait, sans en avoir obtenu l'autorisation, l'annulation de la décision de la section d'appel—Le juge des requêtes a rejeté cette requête et a certifié une question (question formulée ci-dessus)—L'appel est accueilli, l'avis de requête introductive d'instance est radié et il est répondu par l'affirmative à la question certifiée—L'art. 82.1(2) de la Loi sur l'immigration ne permet pas qu'une demande de contrôle judiciaire soit engagée dans ces circonstances sans autorisation—Une décision rendue par la section d'appel, comme en l'espèce,

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

n'est pas une décision prise par un agent des visas dans le cadre des art. 9, 10 ou 77—Une décision rendue par la section d'appel est une décision rendue par un décideur différent de l'agent des visas et, par conséquent, ne relève pas de l'exception de l'art. 82.1(2)—Les mots «ni aux questions soulevées par toute demande qui lui est faite dans ce cadre» ne comprennent pas les décisions rendues par la section d'appel relativement à un appel formé devant elle contre une décision rendue par un agent des visas en vertu de ces articles—Une dérogation si grande au régime général de la Loi serait normalement faite en des termes explicites et non d'une façon si détournée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 10 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 4), 77 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 10, art. 6; (4^e suppl.), ch. 28, art. 33; L.C. 1992, ch. 49, art. 68; 1995, ch. 15, art. 15), 82.1(2) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1990, ch. 8, art. 53; 1992, ch. 49, art. 73).

SAJJAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-247-97, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 24-6-97, 5 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a déterminé que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—L'audition de la revendication du statut de réfugié du requérant a eu lieu devant une formation composée de deux membres—L'un des membres de la formation a cessé d'exercer sa charge le 23 février 1996, mais il a participé, pendant une période de huit semaines prenant fin le 19 avril, aux décisions à rendre sur les affaires qu'il avait préalablement entendues—Les deux membres ont discuté de l'affaire et ont convenu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le commissaire sortant de sa charge a lu les motifs de décision manuscrits et y a souscrit—Les deux membres ont signé la partie du rapport sur le résultat de l'audience faisant état de leur décision, mais le commissaire sortant de sa charge n'a pas signé les motifs de la décision, car ceux-ci n'ont été finalisés qu'après le 19 avril—Les motifs ont été signés par l'autre commissaire le 19 juillet—Le requérant n'a pas accepté qu'un seul commissaire statue sur sa revendication—Demande accueillie—Il n'existait aucune décision avant le 19 juillet, date où l'ordonnance et les motifs ont été communiqués au requérant—Bien que le commissaire sortant de charge ait effectivement pris part à l'exposé des motifs, on ignore s'il a accepté les motifs finals—Aux termes de l'art. 63(2), en cas d'empêchement d'un membre qui a entendu l'affaire de participer à la décision à rendre, les autres membres qui ont également entendu l'affaire peuvent rendre la décision—La description de la nature de la participation du commissaire

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

sortant dans la décision rendue et du fait qu'il acceptait celle-ci n'était pas pertinente en l'absence d'une mention des faits importants qui ont empêché l'affaire d'être réglée dans un délai de huit semaines après la cessation des fonctions du commissaire sortant: *Latif c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 36 Imm. L.R. (2d) 182 (C.F. 1^{re} inst.)—La Commission, en l'espèce, n'a pas traité de la question de savoir pourquoi l'affaire n'a pas été réglée dans le délai de huit semaines, en se contentant de déclarer que le commissaire avait pris sa retraite, comme le prévoit l'art. 63.1—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 63 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 52).

ERYILMAZLI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2745-96, juge McKeown, ordonnance en date du 7-5-97, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté les revendications du statut de réfugiés au sens de la Convention déposées par les requérants—Le requérant a été exclu au motif qu'il a commis des crimes contre l'humanité alors qu'il occupait le poste d'agent de douane à l'aéroport de Khartoum (Soudan)—La Commission a également conclu que la crainte de la requérante d'être persécutée en raison de son appartenance à un groupe social, en l'occurrence sa famille, n'était pas fondée—À titre d'agent de douane, le requérant savait que des policiers avaient battu des contrebandiers qu'il avait interceptés et qu'il leur avait signalés—Il était également au courant d'un incident à l'occasion duquel une personne avait été exécutée, mais il n'a rien fait, de peur qu'une enquête soit menée à son égard, que son appartenance à un parti politique soit rendue publique, et qu'il soit persécuté—La Commission a commis une erreur lorsqu'elle a omis de déterminer si les activités reprochées aux autorités policières constituaient des crimes contre l'humanité—La Commission aurait dû se demander, comme le prescrit *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.), si chaque victime de l'abus de pouvoir des policiers appartenait à un groupe qui a été, de façon systématique et généralisée, la cible d'un des crimes susmentionnés—Demande accueillie.

SULIMAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2829-96, juge McGillis, ordonnance en date du 13-6-97, 4 p.)

Dans la décision publiée à [1995] 1 C.F. 767 (1^{re} inst.), la question suivante a été certifiée: le concept de persécution indirecte, tel que formulé dans l'affaire *Bhatti c. Canada (Secrétariat d'État)* (1994), 84 F.T.R. 145 (C.F. 1^{re} inst.), permet-il de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention en l'absence de preuve que la requérante a subi des persécutions directes et, si oui, la Section du statut de réfugié est-elle tenue de se prononcer sur l'existence

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

éventuelle de preuves d'une persécution indirecte alors même que la requérante n'aurait pas invoqué la question à l'audience?—Le concept de persécution indirecte reconnu dans l'affaire *Bhatti* comme principe du droit en matière de réfugié est rejeté—Approbation du raisonnement du juge Nadon dans *Casetellanos et al. c. Canada (Solliciteur général)* (1994), 89 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.): comme la persécution indirecte ne peut être assimilée à de la persécution selon la définition de réfugié au sens de la Convention, toute demande à laquelle elle sert de fondement devrait être rejetée—Le concept de persécution indirecte va directement à l'encontre de la décision de la Cour dans *Rizkallah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 156 N.R. 1 (C.A.F.) dans laquelle la Cour a statué qu'il devait y avoir un lien personnel entre le demandeur et la persécution alléguée pour l'un des motifs prévus dans la Convention—L'un de ces motifs est l'appartenance à un groupe social particulier, un motif qui permet de tenir compte de la situation familiale dans un cas approprié—La Section du statut n'a pas commis de faute en ne se prononçant pas sur une question qui n'a pas été soulevée devant elle—L'appel est rejeté et la réponse aux deux questions qui y étaient énoncées est négative.

POUR-SHARIATI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-721-94, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 10-6-97, 2 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE**

Peuples autochtones—Terres de réserve—Requête en suspension d'une action en raison de l'incompétence de la Cour—Le demandeur, un autochtone, et la défenderesse Paul, qui n'est pas autochtone, se sont mariés en septembre 1980—Ils sont tous deux inscrits sur la liste de bande de la bande défenderesse—En juillet 1986, le couple a obtenu, conformément à l'art. 20 de la Loi sur les Indiens, un certificat de possession à titre de locataires conjoints à l'égard d'un terrain situé dans la réserve indienne de Kingsclear—Le couple s'est séparé en août 1992 et a divorcé en 1995—La défenderesse Paul habite dans la résidence familiale avec une autre personne depuis 1993—Le demandeur sollicite une indemnité pour sa participation aux améliorations qu'il a faites au terrain, une injonction visant à empêcher son ex-femme de continuer d'occuper la résidence située sur le terrain et des dommages-intérêts—Les défendeurs que sont le chef et le conseil de la bande indienne de Kingsclear, la bande indienne de Kingsclear et M^{me} Paul contestent la compétence de la Cour—La Couronne défenderesse ne conteste pas cette compétence—La requête est rejetée—Le critère établi dans l'arrêt *ITO-International Terminal Operators c. Miida Electronics et*

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Suite

autre, [1986] 1 R.C.S. 752 s'applique: il y a une attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral, il existe un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence, et la loi invoquée est une loi du Canada au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867—L'art. 17(4) de la Loi sur la Cour fédérale constitue l'attribution légale de compétence (affaires dans lesquelles une obligation de la Couronne fédérale fait l'objet de demandes contradictoires)—Cette disposition exige qu'il y ait a) une procédure, b) visant à régler un différend, c) mettant en cause la Couronne à propos d'une obligation réelle ou éventuelle, d) pouvant faire l'objet de demandes contradictoires—En l'espèce, comme l'action est une procédure visant à régler un différend portant sur l'indemnité à laquelle le demandeur affirme avoir droit en raison des améliorations faites au terrain visé par le certificat de possession, les deux premières exigences sont respectées—Le demandeur invoque l'art. 23 de la Loi sur les Indiens et le manquement de la Couronne à son obligation fiduciaire du fait de l'acquiescement de la Couronne à son exclusion physique de la résidence familiale et à son incapacité d'obtenir une indemnité financière—Par conséquent, les troisième et quatrième exigences de l'art. 17(4) sont respectées—Cette disposition constitue à bon droit l'attribution légale de compétence dans la présente action—Les dispositions de la Loi sur les Indiens, la common law applicable au titre aborigène qui sous-tend les obligations fiduciaires de la Couronne et l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 respectent collectivement les deuxième et troisième éléments du critère établi dans l'arrêt *ITO-International Terminal Operators Ltd.*—La Cour a compétence pour instruire l'action du demandeur—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24), 101—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C., ch. F-7, art. 17(4) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3)—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 20, 23.

PAUL C. BANDE INDIENNE DE KINGSCLEAR (T-2078-96, juge Lutfy, ordonnance en date du 28-5-97, 7 p.)

Pratique—Appel d'une ordonnance ([1996] 2 C.F. 647) par laquelle la Section de première instance a annulé une ordonnance, laquelle comprenait une injonction de type Anton Piller, qu'un autre juge de la Section de première instance avait rendue en faveur des appelantes le 5 juin 1995 concernant la contrefaçon d'une marque de commerce—Appel accueilli—Le juge des requêtes n'avait pas la compétence pour annuler l'ordonnance—Aucune requête visant l'annulation de l'ordonnance n'avait été déposée devant le juge des requêtes lorsqu'il a rendu sa décision—L'ordonnance devait être applicable jusqu'au 3 juin 1996—Le tribunal qui rend une ordonnance *ex parte* a la compétence inhérente pour l'annuler—Cependant, la compétence de la

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Fin

Cour doit être formellement invoquée pour qu'elle puisse l'exercer—Le juge des requêtes n'avait pas la compétence pour annuler l'ordonnance du 5 juin 1995, car cette compétence n'a pas été invoquée—Par ailleurs, il ressort clairement de la jurisprudence que, sauf dans des cas exceptionnels, c'est le juge qui a rendu l'ordonnance *ex parte* qui peut la réviser, la modifier ou l'annuler.

INDIAN MANUFACTURING LTD. C. LO (A-288-96, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 24-6-97, 5 p.)

DOUANES ET ACCISE**TARIF DES DOUANES**

Il y a à déterminer si les armes en cause sont des «armes offensives» au sens du Tarif des douanes, annexe 7—Définition incorporant par renvoi la définition figurant dans le Code criminel—Le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a commis une erreur de droit en concluant que les interprétations judiciaires du Code criminel ne s'appliquaient pas à la définition d'«armes offensives», au motif qu'il n'existait aucune infraction liée à la définition que le Tribunal devait appliquer—L'incorporation de la définition figurant dans le Code criminel exige d'incorporer les interprétations judiciaires de celle-ci—Comme la définition a été incorporée par renvoi, les interprétations judiciaires ont un fondement juridique—L'ordonnance du TCCE est annulée et est renvoyée à celui-ci pour nouvel examen—Tarif des douanes, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41.

SOUS-MINISTRE, M.R.N., DOUANES ET ACCISE C. ANDERSON (T-1257-93, T-2487-93, juge Campbell, ordonnance en date du 7-5-97, 2 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le gouverneur en conseil a relevé le requérant de ses fonctions en tant que membre du Tribunal d'appel des anciens combattants (TAAC) parce que sa conduite, au cours d'une élection tenue à l'Île-du-Prince-Édouard en mars 1993, était incompatible avec l'obligation de faire preuve d'une bonne conduite—Le poste était occupé à titre inamovible—Dans une enquête sur le requérant et d'autres personnes ayant pris part à des irrégularités censément liées à l'élection tenue à l'Île-du-Prince-Édouard, la GRC a conclu qu'il n'y avait pas de preuve d'infractions, et aucune accusation criminelle ou d'autre nature n'a été portée—En mai 1994, le requérant a reçu du Bureau du Conseil privé une lettre faisant état d'un doute au sujet de la question de

DROIT ADMINISTRATIF—Suite

savoir s'il pouvait continuer de siéger au TAAC—Selon les allégations, le requérant avait aidé et encouragé des personnes à voter dans cette élection en sachant qu'elles n'avaient pas le droit de le faire—À la lettre était jointe une copie du compte rendu d'enquêteurs privés au service du ministère de la Justice—La lettre indiquait au requérant qu'une réunion avait été prévue pour entendre ce qu'il avait à dire au sujet de la question de savoir si son comportement présumé était compatible avec une bonne conduite—La réunion a eu lieu le 9 juin 1994—Des observations écrites ont été faites—En septembre 1994, le rapport au Conseil privé a été terminé—Le requérant en a reçu une copie et a été invité à formuler des observations sur le rapport—Le requérant a exposé ses préoccupations sur la façon dont l'enquête avait été menée, et plus particulièrement sur la rédaction du rapport d'enquête, ainsi que sur les conclusions du rapport final—Le requérant a fait valoir que: 1) il a été victime d'un déni d'équité procédurale dans la façon dont l'enquête avait été menée et dont le rapport final a été établi, lequel s'inspirait dans une grande mesure des déclarations de témoins qu'on ne lui avait pas donné la possibilité de confronter ou de contre-interroger; 2) Le gouverneur en conseil avait commis une erreur en déléguant indûment son pouvoir de décision à ses subalternes, plus particulièrement en fondant sa décision sur le rapport Bloodworth-Whalen ainsi que sur la recommandation du ministre des Anciens combattants; 3) le gouverneur en conseil avait commis une erreur en appliquant la mauvaise norme de «bonne conduite»—La demande a été rejetée—Il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale—1) Le requérant a eu l'occasion de répliquer aux deux rapports, et il l'a fait, ainsi qu'à la réunion du 9 juin—Le requérant n'avait pas le droit de contre-interroger des témoins déjà soumis à un interrogatoire, car l'enquête ne constitue pas un processus d'arbitrage auquel doivent s'appliquer les formalités habituellement associées à une poursuite criminelle, comme un contre-interrogatoire—2) Le gouverneur en conseil n'a pas délégué indûment à ses subalternes son pouvoir décisionnel—La pertinence procédurale de cette dépendance à l'égard de subalternes comme source d'avis a été reconnue par la C.S.C. dans *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat du Canada et al.*, [1980] 2 R.C.S. 735—3) La décision du gouverneur en conseil, selon laquelle le comportement de ce dernier ne cadrerait pas avec une «bonne conduite», ne comportait pas d'erreur susceptible de contrôle—L'art. 4(4) de la Loi sur le Tribunal d'appel des anciens combattants autorise le gouverneur en conseil à procéder à une révocation «motivée» d'un membre du TAAC—Aucune preuve n'indique que le gouverneur en conseil a exercé indûment son pouvoir discrétionnaire en l'espèce—Pour déterminer si le titulaire d'une charge publique satisfait à la norme de bonne conduite requise pour continuer d'exercer ses fonctions, le gouverneur en conseil doit examiner le comportement de cette personne afin d'évaluer s'il est compatible avec le degré d'intégrité que le gouverneur en conseil juge nécessaire pour préserver

DROIT ADMINISTRATIF—Suite

la confiance du public dans les institutions fédérales et le processus fédéral de nominations—L'argument selon lequel le Cabinet a appliqué à tort une norme judiciaire de bonne conduite au comportement du requérant n'était pas défendable—La Loi ne comporte aucune norme ou définition relative à une bonne conduite—Pour déterminer s'il existe un «motif», le gouverneur en conseil a le droit d'évaluer si le comportement du requérant était compatible avec les conditions de sa nomination, y compris si ledit comportement était susceptible de miner la confiance du public dans l'institution fédérale à laquelle il avait été nommé—En tant que membre nommé à une charge publique comportant des fonctions de nature quasi judiciaire, le requérant avait été mis dans une situation de confiance vis-à-vis du public—Il n'appartient pas à la Cour de restreindre la portée du pouvoir discrétionnaire que le législateur confère au gouverneur en conseil—Il était loisible à ce dernier de prendre en considération les activités extérieures du requérant, autres que celles se rapportant directement à son travail, ainsi que la perception qu'avait le public de ces activités, pour déterminer si son comportement était compatible avec la «bonne conduite» qu'exigeait le poste—Ainsi qu'il est déclaré dans *Canada (Procureur général) c. Cormier* (1995), 102 F.T.R. 291 (C.F. 1^{re} inst.), en tant que titulaire d'une charge publique, le requérant doit agir conformément aux conditions de sa nomination; sa conduite, tant dans sa vie professionnelle que personnelle, a des incidences sur la façon dont il est perçu par le public—Loi sur le Tribunal d'appel des anciens combattants, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 20, art. 4(4).

WEDGE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2812-94, juge MacKay, ordonnance en date du 23-6-97, 14 p.)

La Commission canadienne des droits de la personne a demandé à figurer comme intervenante—Elle souhaite participer comme partie à part entière en ayant la possibilité de déposer des preuves, d'interroger des témoins et de présenter des observations—Habituellement, lorsque la décision d'un tribunal est contestée, celui-ci n'est pas partie à l'instance—Toutefois, lorsqu'un tribunal a des connaissances spécialisées qui peuvent ajouter des éléments dans un domaine particulier, le tribunal peut être autorisé à intervenir: *Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374*, [1990] 2 C.F. 586 (C.A.)—Dans l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, la Cour a limité le rôle du tribunal administratif dont la décision est contestée à la présentation d'explications sur le dossier dont il était saisi et d'observations sur la question de sa compétence (ce qui n'inclut pas la transgression du pouvoir d'un tribunal par l'inobservation des règles de justice naturelle)—La contestation de la décision de la Commission se fonde principalement sur des motifs de compétence, notamment sur une allégation que la loi qui est censée lui conférer sa compétence est *ultra vires*—La Cour est d'avis que la Commission devrait avoir

DROIT ADMINISTRATIF—Suite

un statut lui permettant d'intervenir de façon limitée afin de défendre sa compétence à prendre la décision contestée, mais non dans le but de faire des observations quant à la compétence du Parlement d'adopter des lois ou pour se défendre contre les allégations portant sur la crainte de partialité ou l'erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—La demande d'intervention a été présentée à un stade très avancé de l'instance—Le dossier du requérant était déjà en retard et une intervention ne ferait que retarder davantage les choses—Un calendrier a été établi selon les dispositions de la Règle 1614 qui confère exclusivement à un juge le pouvoir d'établir des délais—Si la Commission souhaite intervenir, elle doit demander à un juge, dans un délai de deux semaines, des directives sur la procédure à suivre, sur la présentation et la signification des documents et toutes autres questions que le juge estimera pertinentes—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1614 (mod. par DORS/92-43, art. 19).

ZÜNDEL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-2765-96, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 13-6-97, 3 p.)

Pratique—Un représentant du procureur général (PG) a cherché à s'adresser à la Cour dans une demande, fondée sur l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale, de sursis d'exécution d'une sentence arbitrale rendue sous l'égide du Code canadien du travail et de suspension d'instance arbitrale—Le PG cherchait à soutenir le rejet de la présente requête—Tant le sursis que la suspension d'instance ont été rejetés—Le PG prétend qu'il peut intervenir dans toute demande de contrôle judiciaire sans autre formalité et, surtout, sans devoir requérir le statut d'intervenant sous la Règle 1611—L'art. 18.1(1) de la Loi aborde uniquement le rôle du PG à titre de requérant afin de s'assurer que l'intérêt public est défendu dans des circonstances où aucune autre partie ne cherche à se porter requérante—Même à titre de requérant, le PG n'est pas de par la Loi dispensé de se soumettre aux règles applicables à tout requérant en contrôle judiciaire—La Règle 1611(1) prévoit un régime de participation unique pour tous ceux qui ne sont ni requérants ni intimés—La Règle 1611(1) est pleinement applicable au PG et ce dernier doit s'y soumettre lorsqu'il veut s'adresser à la Cour dans toute demande de contrôle judiciaire où il n'est pas déjà partie ou intervenant reconnu—Rien ne le dispense de requérir sous la Règle 1611 la permission d'intervenir—Application de la décision *Syndicat des journalistes de Radio-Canada (CSN) c. Surintendant des institutions financières Canada (Bureau du) et al.* (1996), 123 F.T.R. 4 (C.F. 1^{re} inst.): le PG ne peut s'insérer à titre de mis en cause dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire et que toute participation de ce dernier, de même que toute autre personne, se devait d'être à titre de requérant, d'intimé ou d'intervenant reconnu—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art.

DROIT ADMINISTRATIF—Suite

5), 18.2 (édicté, *idem*)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1611 (édictée par DORS/92-43, art. 19).

AUTOCAR CONNAISSEUR INC. C. LALANCETTE
(T-456-97, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 5-6-97, 7 p.)

Certiorari

Appel du refus, par le juge des requêtes, d'une demande de contrôle judiciaire concernant la décision du directeur du Bureau de la surveillance des médicaments d'envoyer aux pharmaciens de l'Ontario et aux distributeurs autorisés des avis les informant de ne fournir aucun médicament contenant des stupéfiants à l'appelante si celle-ci en commandait—L'appelante a été directrice des services pharmaceutiques de la Meditrust du 25 mars au 1^{er} ou 3 novembre 1994—Un dénombrement subséquent du stock a révélé qu'il manquait plusieurs médicaments—L'enquête de l'Unité de contrôle des médicaments a révélé d'autres quantités manquantes, et que l'appelante n'avait pas consigné des envois de stupéfiants dans le registre des stupéfiants et des drogues contrôlées (RSDG), comme l'exigeait le Règlement sur les stupéfiants—L'appelante a été informée par lettre, en avril 1995, des quantités manquantes—L'appelante a répondu, mais n'a pas nié qu'il manquait des médicaments—En août 1995, le directeur a informé l'appelante qu'il envisageait d'invoquer le pouvoir du ministre pour aviser les pharmaciens de ne lui vendre aucun stupéfiant—La décision du directeur a été rendue en janvier 1996—Le juge des requêtes a conclu que la décision donnait lieu à l'existence d'une obligation d'agir équitablement vu l'effet de ladite décision sur l'appelante—Il a conclu aussi à un manquement évident à l'équité procédurale, imputable à la non-communication de documents, mais a refusé d'annuler la décision et de la renvoyer au décisionnaire pour qu'il prenne une nouvelle décision car, indépendamment de l'erreur commise, l'issue était «inéductible»—Le juge a rejeté aussi la prétention selon laquelle le directeur avait déjà réglé la question avant de donner avis à l'appelante que le Bureau avait décidé qu'elle avait enfreint le Règlement—L'appel a été rejeté—Il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale—L'appelante a soutenu que les documents de la Medis (copies des registres d'achats, rapports mensuels des ventes), joints à la décision du directeur, auraient dû lui être communiqués—Ces documents avaient directement trait à la responsabilité qu'avait l'appelante, en tant que directrice de la pharmacie, de consigner tous les arrivages au moment de leur réception—Elle a été mise au courant de l'existence et de la teneur de ces documents en avril 1995—Le fait que les documents n'ont été envoyés à l'appelante qu'au moment de la décision de janvier 1996 ne constitue pas un manquement à l'équité procédurale—L'appelante n'a jamais contesté qu'il manquait des comprimés—Le nombre de comprimés manquants n'était pas en soi un élément essentiel, car l'appelante a elle-même admis que des vols avaient été commis à l'époque où elle dirigeait la

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

pharmacie—La procédure qu'elle a suivie, ou non, en tant que directrice était essentielle—Par le premier avis d'avril 1995, l'appelante savait précisément que le problème était lié à ses responsabilités et à la façon dont elle s'en était acquittée—La lettre indiquait que les documents de la Medis révélaient qu'elle avait omis de consigner trois envois dans le RSDG—L'appelante n'a jamais expliqué si elle s'était acquittée de ses fonctions, voire si elle avait essayé de s'en acquitter—Elle n'a jamais été tenue de prouver qui avait volé les stupéfiants et comment, mais de s'occuper plutôt de la procédure qu'elle était tenue de suivre—Elle savait ce qui lui était reproché dès le début de l'audition—La deuxième série de documents qui, d'après l'appelante, auraient dû lui être communiqués, ont été écrits avant l'avis d'avril 1995—Ils concernaient des réunions tenues avec la police au sujet des stupéfiants disparus à l'époque où l'appelante était fondée de signature, ainsi que de l'importance de la valeur marchande desdits stupéfiants—Comme la preuve concernant les stupéfiants disparus a été portée à l'attention de l'appelante en avril 1995, il n'y a pas eu de manquement à la justice naturelle—La troisième série de documents concernaient des activités n'ayant rien à voir avec la période durant laquelle l'appelante était fondée de signature auprès de la Meditrust—Il n'y a aucune preuve que l'on s'était fondé de quelque façon sur cette information—Il n'y avait aucune obligation de divulguer ces documents car le fait de voir des documents dénués de pertinence n'équivaut pas à un manquement à la justice naturelle—Rien ne peut protéger un décisionnaire contre une information du domaine public—Que le décisionnaire n'ait pas fait savoir qu'il était au courant de ce fait ne constituait pas un manquement à la justice naturelle—Le reste des documents non divulgués consiste simplement en des ébauches de lettres et de demandes d'observations—Rien de ce qu'ils contiennent n'est de la nature d'une preuve ou d'observations que le directeur avait entendues ou reçues d'une partie à l'insu de l'autre—Aucun des documents ne contenait de preuve *ex parte*—Aucun manquement à la justice naturelle n'a été commis—La déclaration selon laquelle le Bureau avait décrété qu'il y avait eu infraction au Règlement indiquait simplement que l'affaire passerait à une étape administrative subséquente, et il ne s'agissait pas d'une décision déterminée au préalable.

ELGUINDI C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ)
(A-973-96, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 19-6-97, 23 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Procédures criminelles et pénales

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a conclu que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

de la Convention—L'audience a été ajournée deux fois parce que les interprètes avaient du mal à s'exprimer de façon précise—Après l'audience, la bande a été vérifiée par deux interprètes différents, qui ont conclu que tout ce qui s'était dit pendant l'audience avait été traduit—Tout au long de l'audience, les requérants et leur avocat se sont plaints de la qualité de l'interprétation, les deux premiers interprètes, à tout le moins, ne parlant pas le même dialecte que les requérants—Le président de la formation a dit que toute l'audience «a été un cauchemar»—L'art. 14 de la Charte canadienne des droits et libertés énonce qu'une partie ou un témoin à toute instance qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée a droit à l'assistance d'un interprète—Dans l'arrêt *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, le juge en chef a décidé que le fait d'élever le droit à l'assistance d'un interprète au rang de norme constitutionnelle est un pas important qui exige à tout le moins que les règles et les principes applicables aux interprètes, qui ont été conçus sous le régime de la common law et de diverses lois, soient reconsidérés et, si nécessaire, adaptés afin de correspondre aux préceptes de la nouvelle ère de la Charte—La qualité de l'interprétation doit respecter au moins cinq critères: la continuité, la fidélité, l'impartialité, la compétence et la concomitance—Les interruptions dans l'interprétation et les résumés des procédures ne sont généralement pas vus d'un bon œil: l'obligation de faire appel à un interprète différent au cours de chaque journée de l'audience va manifestement à l'encontre du principe de la continuité—En ce qui a trait à la compétence, la norme de protection garantie par la Charte exige que l'interprétation soit d'assez bonne qualité pour assurer que justice soit rendue et paraisse avoir été rendue—La traduction des témoignages devrait être aussi bonne (ni meilleure ni pire) que le témoignage que le requérant donnerait s'il parlait la langue du prétoire (*Court Interpreters in Canadian Criminal Law*, 34 Crim. L.Q. 218 (1992))—En raison des principes de justice naturelle, l'appelant avait le droit de relater dans sa langue, par l'entremise de l'interprète, les faits qui justifiaient sa crainte tout comme il aurait pu le faire s'il avait pu s'exprimer en anglais (*Tung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 124 N.R. 388 (C.A.F.))—L'examen de la transcription de la preuve à l'audience et le fait que trois interprètes différents ont dû se présenter et que la Commission s'est sentie obligée de mener deux vérifications démontrent clairement que la qualité de la traduction ne respectait pas les normes que la Cour suprême du Canada a énoncées dans l'arrêt *Tran*—L'affaire est renvoyée devant la Commission pour une nouvelle audience avec l'aide d'un interprète compétent—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. 14.

XHELILAJ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2471-96, juge Dubé, ordonnance en date du 6-6-97, 3 p.)

DROIT MARITIME**CONTRATS**

Action fondée sur l'inexécution d'un contrat de transport en vertu duquel la défenderesse avait convenu de transporter une cargaison en Extrême-Orient ou sur la responsabilité civile délictuelle—La défenderesse a prétendu n'être partie à aucun contrat de transport conclu par les demanderesse—Les demanderesse, à l'exception de Union Carbide Corporation, étaient les consignataires de cargaisons de résine synthétique transportées de Montréal à Bangkok et Manille à bord du navire *Hudson Bay*—Union Carbide était le chargeur—Les consignataires ont acheté leurs cargaisons respectives à Union Carbide selon les termes CAF de Bangkok et de Manille—Les factures commerciales de Union Carbide aux consignataires sont datées de janvier 1979—Union Carbide a pris possession de la cargaison, constituée de résine synthétique, à la livraison au port de Montréal—Le *Hudson Bay* a été désigné pour transporter la cargaison—Le *Hudson Bay* était la propriété de Bona Maritime et avait été affrété à temps par Federal Commerce aux termes d'une charte-partie comprenant les conditions de la formule New York Produce Exchange—La cargaison a été chargée par Federal Marine—Les connaissements ont été signés par Federal Commerce «avec l'autorisation du capitaine à titre de mandataire seulement»—Une partie de la cargaison était avariée à l'arrivée—Les demanderesse, à l'exception de Plasko Trading et Union Carbide, ont introduit une action à New York—Cette action a été rejetée pour cause de *forum non conveniens* à condition que la défenderesse n'invoque pas la forclusion comme moyen de défense au Canada—Une action a été introduite au Canada en 1981—Les questions litigieuses sont les suivantes: 1) Union Carbide a-t-elle qualité pour agir comme demanderesse?; 2) Federal Commerce est-elle responsable sur le plan contractuel ou sur le plan délictuel?; 3) si une responsabilité est reconnue, à combien s'élèvent les dommages-intérêts?—Action rejetée—1) Union Carbide n'a pas qualité pour agir comme demanderesse; elle était forclosée lorsque l'action a été intentée—Comme Union Carbide a exécuté toutes ses obligations à titre de vendeur CAF, aucune question en litige ne découle des contrats de vente—Les marchandises ont été expédiées, transportées à destination et reçues par les consignataires visés—Comme une partie des marchandises est arrivée avariée, les consignataires ont présenté des réclamations à Federal Commerce et à leurs assureurs—Les consignataires ont été dûment indemnisés par leurs assureurs conformément aux conditions des polices d'assurance souscrites par Union Carbide à l'égard des marchandises expédiées—Le vendeur CAF supporte tous les risques de perte jusqu'à ce que les marchandises soient chargées à bord du navire—À partir de ce moment, les risques sont transférés à l'acheteur—Les risques de perte de la cargaison appartenant aux consignataires dès que les marchandises ont été chargées à bord du *Hudson Bay* à Montréal—Comme les marchandises ont été chargées à bord du *Hudson Bay* en bon état, à l'exception des fuites, les avaries causées

DROIT MARITIME—Suite

à la cargaison sont survenues quand les consignataires supportaient les risques de perte—Bien qu'au départ, les consignataires n'aient pas été parties aux contrats constatés par les connaissements, l'art. 2 de la Loi sur les connaissements dispose que les consignataires sont saisis des mêmes droits d'action à l'égard des marchandises visées par les connaissements—Étant donné que les consignataires supportaient les risques au moment de la perte et des avaries et qu'ils sont saisis des droits d'action sur le plan contractuel, Union Carbide n'avait pas qualité pour agir comme demanderesse—Union Carbide n'était pas une demanderesse dans les actions de New York—Seules les demandereses dans l'action canadienne qui étaient aussi des demandereses dans les actions de New York pouvaient intenter une action au Canada—Union Carbide était forclosé au moment de l'introduction de l'action en avril 1981—Aux termes des U.S. Federal Rules of Procedure, la «véritable partie intéressée» doit intenter l'action en son nom—Les consignataires qui ont acheté leur cargaison selon les termes CAF ne peuvent pas intenter une action au nom de leur chargeur—Union Carbide n'était pas une demanderesse dans les actions de New York et l'interdiction d'invoquer la forclusion comme moyen de défense ne la visait pas—Comme Union Carbide a déposé sa déclaration le 7 avril 1981, elle était forclosé d'intenter une action deux ans après la livraison de la cargaison à Bangkok et à Manille—Aucune renonciation n'était comprise dans l'ordonnance de rejet rendue par la Cour de New York ou dans le paragraphe de la déclaration dans lequel la défenderesse affirme qu'elle n'entendait pas soulever la question de la forclusion en l'espèce—Aucun élément de preuve ne montre que Union Carbide a renoncé à l'un de ses droits puisqu'il ressort de la preuve et de l'interprétation rigoureuse des contrats de vente que Union Carbide n'avait aucun intérêt en common law dans les marchandises avariées—Il n'existe aucun élément de preuve montrant que Union Carbide a autorisé l'introduction d'une action en son nom à New York—Les demandereses ont allégué que Union Carbide pouvait réclamer des dommages-intérêts en tant que fiduciaire des demandereses qui n'ont pas prouvé leur perte—D'après l'affaire *Dunlop v. Lambert* (1939), 7 E.R. 824 (Ct. Sess.), un chargeur peut réclamer à un transporteur avec lequel il a conclu un contrat des dommages-intérêts substantiels en tant que fiduciaire du propriétaire véritable, même si le chargeur n'a subi aucune perte—La règle énoncée dans cette affaire ne s'applique que lorsqu'aucun connaissement n'est délivré et que la personne qui a subi une perte n'a aucun autre recours—Comme les réclamations dont la preuve est soumise d'ennuis sont visées par la Loi sur les connaissements, la règle énoncée dans l'affaire *Dunlop v. Lambert* ne peut être invoquée par une partie demanderesse qui a un recours, mais qui refuse ou est incapable de recueillir une preuve régulière à l'appui de sa réclamation—2) Le connaissement dispose que le contrat constaté par le connaissement est conclu entre le «commerçant» et le propriétaire du navire y nommés—À moins que l'affréteur à temps ne s'engage clairement à transporter les

DROIT MARITIME—Suite

marchandises du chargeur, le propriétaire du navire est le transporteur—Federal Commerce ne s'est pas engagée à transporter les marchandises à Bangkok et à Manille dans l'engagement de fret et les connaissements—Conformément à la charte-partie à temps, Federal Commerce était tenue de charger et d'arrimer la cargaison—Une fois la cargaison chargée, Federal Commerce a délivré les connaissements, avec l'autorisation du capitaine du *Hudson Bay*, en sa qualité de mandataire seulement—L'engagement de fret stipulait que la formule de connaissement standard de Federal Commerce serait utilisée et que toutes les conditions et exceptions de celle-ci feraient partie de l'engagement de fret—Une clause du connaissement (la clause de dévolution) stipulait que le contrat constaté par le connaissement était conclu entre le propriétaire de la cargaison et le propriétaire du navire à bord duquel les marchandises seraient transportées—Cette clause stipulait en outre que le propriétaire du navire était la seule partie responsable de la perte de la cargaison et des avaries causées à celle-ci, ou de l'inexécution de l'une des obligations du contrat de transport—Cette clause stipulait enfin que la société ou le mandataire qui délivre le connaissement au nom du capitaine du navire n'était pas un mandant et que cette société ou ce mandataire ne saurait engager sa responsabilité en vertu du contrat de transport à titre de transporteur ou de dépositaire des marchandises—Un connaissement constitue un contrat qui lie les propriétaires du navire et non les affréteurs à temps, à moins que l'affréteur ne se soit engagé à transporter la cargaison—Si l'affréteur est responsable en vertu du contrat de transport, le propriétaire du navire ne l'est pas—Lorsque l'affréteur signe un connaissement au nom du capitaine, avec l'autorisation de ce dernier, le propriétaire du navire est lié par la délivrance du connaissement, alors que l'affréteur ne l'est pas—Lorsque l'affréteur délivre et signe le connaissement en son propre nom, il est lié par ce connaissement—Le «transporteur» au sens des Règles de La Haye comprend le propriétaire du navire ou l'affréteur—Le transporteur est le propriétaire du navire ou l'affréteur, mais pas les deux—La charte-partie stipulait en outre que les propriétaires du *Hudson Bay* étaient tenus de payer l'assurance et répondaient de la navigabilité du navire, du fait des pilotes et des remorqueurs, de l'équipage et de toute autre chose, de la même manière que s'ils exploitaient le navire en leur nom personnel—L'expression «toute autre chose» pouvait inclure, parmi les choses pour lesquelles le propriétaire, plutôt que l'affréteur, demeurait tenu, les demandes d'indemnité pour avarie de marchandises—Le contrat de transport a été conclu avec les affréteurs—Les connaissements sont des connaissements du propriétaire du navire—Ces connaissements stipulaient clairement que les contrats y constatés étaient conclus avec les propriétaires du navire à bord duquel les marchandises ont été chargées—Ce sont ces connaissements que Union Carbide a remis à ses clients conformément à ses obligations contractuelles—Federal Commerce n'était pas partie aux contrats constatés par les connaissements et n'était pas le «transporteur» au sens des

DROIT MARITIME—Suite

Règles de La Haye—Le «transporteur» était Bona Maritime—Bona Maritime était liée par les contrats constatés par les connaissements—Federal Commerce n'était responsable ni sur le plan contractuel ni sur le plan délictuel—Union Carbide et l'expert des demanderesses connaissaient l'existence d'une restriction quant à la hauteur d'empilage des palettes—Union Carbide n'a pas transmis ces renseignements à Federal Commerce au moment de signer l'engagement de fret même s'il s'agissait de renseignements pertinents en ce qui concerne le type de navire désigné pour transporter la cargaison et pour déterminer l'emplacement de la cargaison dans les cales—Par conséquent, quand Federal Commerce a préparé son plan d'arrimage, elle ne connaissait pas la restriction relative à la hauteur, et ne pouvait pas la connaître, parce qu'il n'était pas évident que l'arrimage proposé ne présentait pas la sécurité nécessaire—La preuve ne permettait pas de déterminer si les pertes ont été causées par un emballage insuffisant ou par un arrimage inadéquat—3) Les documents préparés pour faire une demande d'indemnité en vertu d'une police d'assurance n'étaient pas admissibles pour prouver le montant des dommages-intérêts—La production de preuves matérielles relatives à la valeur marchande saine à destination et à la valeur marchande avariée à destination permet d'établir le montant des avaries causées à la cargaison, mais un témoignage est nécessaire pour établir les pertes réellement subies—La règle de la valeur marchande saine à destination moins la valeur marchande avariée à destination ne libère pas le consignataire de son obligation de minimiser sa perte—Les demanderesses doivent donc témoigner sur la part des dommages qui s'est réellement soldée par une perte—Les seuls témoignages qui existent relativement aux pertes subies sont ceux des experts engagés par les assureurs pour évaluer les pertes indemnisables en vertu des polices—Ces témoignages constituent, dans une grande mesure, une preuve par ouï-dire, ce qui n'est pas pertinent—Les demanderesses Glee Chemical Laboratories Inc., Jemiken Enterprises Corp., Producers Packaging Corp., Lafumar Marketing Corp. et Sri Thep Thai Ltd. n'ont pas produit suffisamment d'éléments de preuve pour permettre de quantifier leur perte—Les demanderesses qui ont produit suffisamment d'éléments de preuve devraient être indemnisées selon la formule suivante: prix de la facture CAF + 10 % taxe de vente + 30 % droits + 10 % bénéfice, c.-à-d. 157 % du prix CAF—Le transporteur n'est pas tenu des pertes ou des avaries qui surviennent après le déchargement—Dans la mesure où il s'agit d'une action en responsabilité délictuelle, les demanderesses doivent prouver un lien de causalité directe entre les avaries survenues après le déchargement et la négligence de la défenderesse—Si la Cour avait conclu à la responsabilité délictuelle de la défenderesse, elle aurait permis à Union Carbide de recouvrer sa perte résultant d'un déficit de 107 101 kilogrammes—Quant aux consignataires de Manille, les avaries remarquées au moment du déchargement, et constatées dans les certificats délivrés par l'entreprise de manutention, constituent une preuve *prima facie* des avaries

DROIT MARITIME—Fin

causées à la cargaison lorsqu'elle était sous les soins et la garde du navire—Il n'existe aucune preuve en ce qui concerne la suite des événements entre le déchargement de la cargaison et le moment où elle a été enlevée du port—Vu l'état de la cargaison au déchargement, de plus amples avaries étaient inévitables—La Cour aurait accordé aux demanderesses qui ont prouvé qu'elles ont subi une perte des dommages-intérêts pour les avaries constatées dans les certificats délivrés par l'entreprise de manutention, plus 50 % de la différence entre ces avaries et celles qui ont été constatées dans les entrepôts des consignataires—Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement et Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924 (Règles de La Haye).

UNION CARBIDE CORP. C. FEDNAV LTD. (T-2403-81, juge Nadon, jugement en date du 20-5-97, 96 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) de recevoir et d'instruire la plainte de l'intimée—L'intimée était une assistante dentaire au service des Forces canadiennes de décembre 1974 à avril 1987—Elle s'était absentée du travail d'octobre 1983 à août 1984 pour cause de colite ulcéreuse—Elle se dit forcée d'apposer sa signature sur une note de service contenant des observations défavorables sur son rendement au travail et sur sa vie personnelle, bien que ses évaluations antérieures eussent été satisfaisantes—Par la suite, elle a été constamment critiquée et harcelée dans son travail—En 1986, elle a déposé une demande de redressement de grief—Subséquentement, elle a été en proie à la discrimination et au harcèlement dans son travail du fait qu'elle était invalide aux yeux de ses supérieurs, et ce jusqu'à ce qu'elle demandât la libération volontaire—En 1994, elle a été informée que son grief avait été rejeté par le gouverneur en conseil—Elle a déposé le 26 novembre 1994 auprès de la CCDP une plainte de discrimination en matière d'emploi pour cause d'invalidité apparente (colite ulcéreuse)—L'agent des droits de la personne a recommandé à la CCDP de ne pas y donner suite puisque les actes qui en faisaient l'objet s'étaient produits plus d'un an avant la signature de la plainte—Le MDN a présenté des conclusions sur le long intervalle de temps écoulé et sur le préjudice possible au cas où la plainte serait reçue—Pour rendre sa décision, la CCDP avait devant elle le rapport de l'agent des droits de la personne, ainsi que les conclusions du MDN et de l'intimée—Recours rejeté—En décidant de recevoir et d'instruire la plainte, la CCDP ne s'est appuyée sur aucun mauvais principe ni n'a abusé de ses pouvoirs discrétionnaires au point de justifier l'intervention de la Cour—Bien que l'art. 41e) de la Loi canadienne sur les droits de la personne prévoit un délai général de prescription d'un an au-delà duquel la CCDP peut refuser de recevoir la plainte, il est

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

clair qu'elle est investie du pouvoir discrétionnaire de décider si cette plainte est prescrite ou non—Elle s'est fondée sur des principes valides et sur tous les facteurs pertinents pour exercer son pouvoir discrétionnaire en la matière—Il s'agit là d'une décision administrative qui relève parfaitement de sa compétence et de ses pouvoirs discrétionnaires, et à laquelle le juge ne doit pas toucher à la légère—Comme cette décision précède la désignation d'un enquêteur, il n'y a aucun impératif de preuve ni aucune condition minimum pour ce qui est de savoir si l'examen est justifié—La CCDP n'est pas tenue d'adopter les recommandations de l'agent des droits de la personne; elle peut décider de les accepter, de les modifier ou de les rejeter—À moins qu'elle n'ait décidé de ne pas donner suite à la plainte, elle n'est pas tenue de motiver sa décision—Rien ne permet de dire que dans les circonstances de la cause, elle était tenue de considérer la plainte comme vidée, et non juste entamée, par le processus de règlement des griefs prévu à la Loi sur la défense nationale—Il lui appartient de juger, à sa discrétion, des effets de procédures prévues par d'autres lois sur le droit de déposer une plainte sous le régime de la Loi—Le requérant n'a pas fait la preuve du préjudice—Une assertion de préjudice n'est pas une vérité évidente—Il faut produire des preuves spécifiques pour l'étayer—Il incombe au requérant de produire des preuves suffisamment convaincantes pour établir que le long intervalle est tel qu'il empêche le tribunal de remplir correctement le mandat qu'il tient de la loi, et ce conformément aux principes de justice naturelle (*Lignes aériennes Canadien International Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 1 C.F. 638 (C.A.))—Arguer d'un long intervalle n'amène pas inexorablement à la conclusion qu'il y aura préjudice—Il faut citer des faits concrets qui démontrent que le long intervalle est si inacceptable ou préjudiciable qu'il exclut toute possibilité d'enquête équitable et minutieuse—Le requérant invoque en termes généraux l'inaptitude du MDN à faire valoir tous les moyens de défense, et les lacunes de mémoire des témoins, mais ces assertions ne suffisent pas à prouver qu'il y aura préjudice dans les faits—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 41e).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BURNELL (T-520-96, juge MacKay, ordonnance en date du 2-7-97, 14 p.)

FONCTION PUBLIQUE**COMPÉTENCE**

Demande de contrôle judiciaire visant à annuler une décision rendue par le président d'un comité d'appel accueillant l'appel de l'intimé contre une recommandation de renvoi adressée à la Commission de la fonction publique par ses supérieurs au ministère de la Défense nationale qui

FONCTION PUBLIQUE—Suite

avaient conclu que l'intimé était désormais incapable de remplir adéquatement les fonctions reliées à son poste (magasinier)—Les médecins ont conclu à un diagnostic de condition dorso-lombaire congénitale personnelle et que l'intimé ne pouvait plus effectuer sécuritairement les fonctions reliées à son travail—Le Ministère a installé des comptoirs à une hauteur appropriée afin de faciliter le travail des préposés-magasiniers—La possibilité de réaffectation de l'intimé fut étudiée, sans résultat—Le président du comité d'appel a jugé que l'intimé était désormais incapable d'effectuer les fonctions de son poste, mais que la décision de ministre était prématurée—La principale question en litige est la suivante: le comité a-t-il commis une erreur de droit et outrepassé sa compétence en appliquant les dispositions de la Loi canadienne des droits de la personne?—Demande accueillie—Un comité d'appel est un tribunal limité à la juridiction qui lui a été conférée par le Parlement: *MacNeill c. Canada (Procureur général)*, [1994] 3 C.F. 261 (C.A.)—Or aucun article de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique n'habilite un comité d'appel à appliquer la LCDP—Donc le président du comité d'appel a commis une erreur de droit en appliquant la LCDP—Il n'est donc pas nécessaire de traiter abondamment des questions, devenues purement académiques, de la nature de la discrimination dont aurait été apparemment victime l'intimé ni la question du devoir d'accommodement ou de la notion d'exigence professionnelle réelle justifiée—Le juge Desjardins de la Cour d'appel a décidé dans l'affaire *MacNeill* que l'art. 31 de la LEFP est un cas de discrimination directe, mais qu'il contient en lui-même une exigence professionnelle justifiée qui est compatible avec la LCDP—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 31—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. RACICOT (T-1694-93, juge Richard, ordonnance en date du 17-6-97, 10 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de contrôle judiciaire d'une recommandation d'un comité de règlement des griefs de classification selon laquelle les postes des requérants (analystes du renseignement auprès d'Emploi et Immigration dans la région de la C.-B./Yukon) soient classés au groupe et au niveau PM-03—D'après les requérants, dans la région de l'Ontario, leurs collègues, dont les descriptions de travail et les fonctions étaient les mêmes, se trouvaient classés au niveau PM-04—La demande de contrôle judiciaire a été accueillie le 30 novembre 1995, et l'affaire a été renvoyée au comité pour qu'il examine les différences entre les postes ontariens et ceux de la région C.-B./Yukon, ainsi que pour prendre note du témoignage de M. John Kent (qui n'avait exposé que le point de vue patronal, et dont les renseignements n'avaient pas été communiqués aux requérants) en accord

FONCTION PUBLIQUE—Fin

avec la Procédure du règlement des griefs de classement, au moment de la préparation des motifs—Le Comité a donc ordonné que l'on vérifie les postes de la région de l'Ontario et a recommandé qu'ils soient reclassés au niveau PM-03, et les résultats ont été communiqués aux requérants—Par la suite, les membres du Comité se sont réunis de nouveau pour examiner le témoignage de John Kent et ont ajouté un rapport annexe—Le Comité a conclu que sa recommandation initiale devait être maintenue et a fait part de sa décision aux plaignants—Demande supplémentaire de contrôle judiciaire de la seconde recommandation—Demande rejetée—Le processus de règlement des griefs invite les plaignants, en l'absence de la direction, à faire connaître leur point de vue, et à la direction, en l'absence des plaignants, de répondre aux questions du Comité—Il convient de lire et d'interpréter le processus de règlement des griefs de classification dans le contexte des droits patronaux exclusifs que confère aux intimés la Loi sur la gestion des finances publiques, pour ce qui est de classer les postes et les employés au sein de la Fonction publique et, en outre, à l'exclusion précise des procédures d'appel par ailleurs disponibles en vertu de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique—Le régime n'est pas antagoniste, pas plus qu'il ne donne nécessairement ouverture à des contestations de nature technique reposant sur l'équité procédurale ou un manquement à la justice naturelle—Les exigences en matière d'équité sont suffisamment minimales pour que le simple fait qu'une partie allègue ne pas avoir entendu la preuve ni eu l'occasion d'y répliquer ou d'être contre-interrogée sur elle n'est pas suffisant—Il ne s'agit pas non plus d'une affaire où l'«inéquité» en soi donnera lieu à un bref de *certiorari*, mais où il importe de faire valoir des arguments précis de préjudice—En outre, il n'y a aucune preuve que les allégations d'inéquité sont plus que de simples allégations dénuées de toute substance—La décision du juge McKeown dans *Chong et al. c. Canada* (1995), 104 F.T.R. 253 (C.F. 1^{re} inst.) ainsi que celle du juge Pinard dans *Tanack et al. c. Canada (Conseil du Trésor)* (1996), 112 F.T.R. 182 (C.F. 1^{re} inst.) font état d'une démarche plus réservée que celle du juge Reid dans *Hale c. Canada (Conseil du Trésor)* (1996), 112 F.T.R. 216 (C.F. 1^{re} inst.)—La question de la classification n'est pas négociable, et en ce qui concerne la Cour, les processus qui s'appliquent à cet égard devraient être laissés au soin de l'institution légalement et exclusivement habilitée par le législateur à s'en charger: le Conseil du Trésor—Il doit y avoir, dans un processus de nature purement administratif, une erreur ou un préjudice démontrable avant qu'une Cour doive intervenir par voie de contrôle judiciaire—La sagesse repose moins sur les précédents, et davantage sur le cas par cas—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35.

CHONG C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-905-96, juge Joyal, ordonnance en date du 16-6-97, 9 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Déductions

En 1984, l'appelante a déclaré un dividende qu'elle a versé à sa compagnie mère, la Pacific Canada, une compagnie résidant au Canada—Elle a payé cette somme en remettant un billet à ordre correspondant au montant du dividende—La compagnie mère a cédé le billet à ordre à une autre de ses filiales possédées en propriété exclusive en règlement partiel d'une dette—L'appelante s'est engagée à «rembourser» sur demande le billet et les intérêts accumulés—Le MRN a refusé à l'appelante la déduction des intérêts accumulés sur le billet à ordre au motif que l'appelante ne tombait pas sous le coup de l'art. 20(1)c)—L'art. 20(1)c) permet de déduire les sommes se rapportant entièrement à une somme payée en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien—La Cour de l'impôt a jugé qu'il n'y avait rien qui démontrait que l'appelante avait emprunté l'argent pour l'utiliser en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien—L'appel est accueilli en partie—La Cour de l'impôt a jugé à bon droit que l'appelante n'avait pas emprunté de l'argent dont elle pouvait déduire les intérêts comme le prévoit l'art. 20(1)c)—Selon l'art. 20(1)c), pour être déductible, l'intérêt doit être payé sur de l'argent emprunté par le contribuable (*La Reine c. MerBan Capital Corporation Ltd.* (1989), 89 D.T.C. 5404 (C.A.F.))—L'appelante n'a pas contracté un tel emprunt «à l'extérieur de la famille»—Le billet à ordre n'est qu'un élément de preuve démontrant l'existence d'un rapport emprunteur-prêteur—La preuve ne justifie pas le moyen subsidiaire suivant lequel les intérêts sur le billet à ordre étaient déductibles, étant donné que le droit de recevoir le dividende déclaré était un bien acquis—Le billet à ordre a été délivré dans le but de verser le dividende plutôt que dans le but d'acquérir un bien—Les parties sont d'accord pour dire que la Cour de l'impôt aurait dû décider si l'appelante était, au cours des années d'imposition visées par l'appel, une corporation privée dont le contrôle était canadien au sens de l'art. 125(7)b)—L'art. 125(7)b) définit la «corporation privée dont le contrôle est canadien» comme une corporation privée qui est une corporation canadienne autre qu'une corporation contrôlée par un non-résident, par une ou plusieurs corporations publiques ou par une combinaison de celles-ci—Toutes les actions avec droit de vote de l'appelante appartenaient à la Pacific Canada, et toutes les actions avec droit de vote de la Pacific Canada appartenaient à la Pacific International Equities Inc., une compagnie américaine qui, à son tour, était possédée par deux corporations résidant au Canada—La décision *Les Produits Alimentaires Anco (1961) Inc. c. Ministre du Revenu national* (1979), 79 D.T.C. 573 (C.R.I.), dans laquelle il a été jugé que le fait qu'une corporation canadienne soit contrôlée à quelque étape que ce soit par une corporation non résidente suffit pour l'exclure, n'est pas

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

suivie—On ne peut scinder ainsi la notion de contrôle *de jure*—En l'espèce, le contrôle est, en fin de compte, exercé par des résidents canadiens—Cette interprétation ne signifie pas que la notion de contrôle ultime constitue un ajout de l'expression «en fin de compte» à ce qui serait autrement un principe d'interprétation selon le sens courant—Elle souligne plutôt que le concept de contrôle englobe nécessairement de façon latente la notion de contrôle ultime—L'affaire est renvoyée au ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation en partant du principe que l'appelante était une corporation privée dont le contrôle était canadien au cours des années d'imposition visées par l'appel—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)c), 125(1) (mod. par S.C. 1984, ch. 45, art. 40), (7)b) (mod., *idem*).

PARTHENON INVESTMENTS LTD. C. M.R.N. (A-514-93, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 30-5-97, 5 p.)

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, relativement à l'application de l'art. 55(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu à l'acquisition, par la contribuable, de pertes en capital—En 1985, l'intimée (Nova) et un certain nombre de sociétés non liées à elle au sens de l'art. 251 ont entrepris deux opérations—Nova a acquis des actions à un prix de base rajusté d'environ 42 000 000 \$, mais d'une valeur symbolique seulement—Nova les a achetées au prix de 2 237 500 \$—Après avoir disposé des actions dans le cadre d'une série d'opérations, Nova a déclaré une perte en capital d'environ 41 000 000 \$, soit une perte en capital déductible de près de 21 000 000 \$, reportée à l'année d'imposition 1985 et défalquée d'un gain en capital réalisé cette année-là, réduisant ainsi d'environ 10 000 000 \$ l'impôt exigible—En décembre 1993, le ministre a émis une nouvelle cotisation réduisant les pertes en capital nettes reportées de 1986, comme suit: a) perte en capital déductible d'Allarco: 618 750 \$; b) perte en capital déductible de Petralgas: 500 000 \$—Le juge de la CCI a conclu que l'art. 55(1) ne permettait pas de réduire les pertes déclarées par Nova—La contribuable n'ayant rien fait pour faire augmenter le prix de base rajusté des éléments d'actif acquis ou pour réduire le produit de la disposition, le juge a conclu que Nova avait droit aux pertes déclarées—Appel rejeté, motifs dissidents du juge d'appel Desjardins—Juge McDonald, J.C.A.: Nova a accompli toute l'opération dans le but d'éviter l'impôt et de réduire son fardeau fiscal—L'application de l'art. 55(1) est soumise à une condition préalable: le contribuable doit avoir fait quelque chose pour influencer le prix de base rajusté ou le produit de la disposition de manière à augmenter artificiellement ou indûment le montant des pertes découlant de la disposition—Nova n'a pas augmenté le montant de la «perte découlant de la disposition» des actions privilégiées d'Allarco ou des actions de Petralgas—La perte fiscale déclarée par Nova excédait de loin la perte réelle subie par elle dans l'opération—Il ne convient pas d'aller au-delà des limites du sens ordinaire de

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

l'art. 55(1), qui ne présente aucune ambiguïté—La Loi a été modifiée en 1987 pour empêcher le type d'«achat de perte» réalisé en l'espèce—La contribuable ne peut être punie pour avoir tiré pleinement parti de l'application de la Loi dans la forme où elle existait à ce moment—Les pertes économiques subies par Nova à l'achat des actions étaient nettement inférieures aux pertes déclarées—Lorsqu'un contribuable hérite du prix de base rajusté des actions par l'application de la Loi, la perte est réputée être celle du contribuable—L'emploi différent des mots «une perte» à l'art. 55(1)(b) et «sa perte» à l'art. 55(1)(c) n'aide en rien la cause du ministre—Comme l'art. 55(1) requiert une intervention de la part du contribuable, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, il n'est pas nécessaire de régler la question de savoir si les pertes déclarées ont été augmentées artificiellement ou indûment—L'art. 55(1) n'a pas pour effet de priver le contribuable des pertes déclarées—Il ne s'agit pas d'une disposition anti-évitement étendue—Juge Marceau, J.C.A.: Nova Corporation of Alberta n'a rien fait pour occasionner une perte ou augmenter le montant de cette dernière de la manière envisagée auparavant par l'art. 55(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Il n'y a pas eu de transfert de pertes entre sociétés non liées—Les opérations ont été structurées de manière à pouvoir transférer les pertes à des sociétés liées à chaque étape du processus—Chaque étape a consisté à faire transférer les pertes d'une société à une société liée—Un contribuable a le droit de structurer ses affaires de façon à tirer le meilleur parti possible de l'abri fiscal que la loi lui offre—Non seulement la Loi autorise cette pratique mais elle a fait en sorte que la déduction gonflée existe—Juge Desjardins, J.C.A. (dissident): la série d'opérations avait pour seul but de permettre à Nova de se prévaloir de la perte en capital inhérente aux actions privilégiées d'Allarco et de Petralgas—La perte fiscale excédait la perte économique subie par Nova—L'interprétation des lois fiscales n'est plus subordonnée à des présomptions préétablies favorisant le contribuable ou l'État—Les règles d'interprétation des lois fiscales font appel à une approche raisonnée, axée sur le contexte de la loi, son objectif et l'intention législative—La Cour doit donc interpréter de manière raisonnée l'art. 55(1)(c)—Les pertes en capital que Nova a acquises grâce aux opérations d'Allarco et de Petralgas ont été rendues possibles par l'application de plusieurs dispositions de la Loi—L'art. 55(1)(c) comporte un critère axé sur les résultats—L'intention du contribuable importe peu—Il convient d'examiner toutes les circonstances pour déterminer si elles permettent de croire raisonnablement que le contribuable a augmenté artificiellement ou indûment le montant de sa perte—La norme à appliquer est celle d'un examen raisonnable—Les opérations doivent être considérées comme un tout, plutôt qu'isolément—Les mesures de Nova ne doivent pas être examinées séparément de la série d'opérations ayant mené aux résultats contestés—Le «produit» à acheter a été structuré de manière à correspondre aux objets commerciaux que poursuivent des sociétés comme Nova—La série d'opérations n'aurait plus

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

eu aucune valeur si Nova n'avait pas agi comme elle l'a fait—Le prix de base rajusté a peut-être bien été obtenu par l'application de la Loi, mais en violation de l'économie et de l'intention de cette dernière—Ce que Nova a obtenu «par application de la Loi» l'a été grâce à une distorsion de la Loi—Les mots «indûment ou artificiellement» visent les cas similaires à celui-ci, où la mesure a été prise au flagrant mépris de l'économie des dispositions relatives aux roulements et en violation des pratiques commerciales ordinaires—On peut considérer raisonnablement que par un contournement des dispositions en matière de roulement Nova a augmenté indûment et artificiellement l'un des deux chiffres entrant dans le calcul de sa perte fiscale, soit le prix de base rajusté—La mesure que Nova a prise tombe bel et bien sous le coup de l'art. 55(1)c)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 55(1) (abrogé par L.C. (1988), ch. 55, art. 33(1)), 251.

CANADA C. NOVA CORP. OF ALBERTA (A-454-95, juges Marceau et McDonald, J.C.A.; juge Desjardins, J.C.A., dissidente, jugement en date du 1-5-97, 36 p.)

NOUVELLE COTISATION

Demande présentée en vertu de l'art. 152(1.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu en vue d'obtenir un bref de *mandamus* forçant l'intimé à envoyer à la requérante un avis de détermination de perte pour son année d'imposition 1987 pour une somme au moins égale à 260 460 \$—En 1987, la requérante et son mari ont subi une perte de 520 920 \$ lors de la vente d'un immeuble de West Vancouver—La requérante n'a réclamé aucune perte lorsqu'elle a produit sa déclaration de revenus de 1987—Elle ne s'est pas opposée à la cotisation et elle n'a pas interjeté appel de la cotisation—Dans sa déclaration de revenus de 1987, son mari a réclamé la déduction de la totalité de la perte en tant que perte d'entreprise—En 1991, le MRN a fixé de nouveau l'impôt dû par le mari pour l'année d'imposition 1987 et a refusé la déduction de la perte au motif qu'il s'agissait d'une perte purement personnelle—Le mari a interjeté appel de la nouvelle cotisation devant la Cour de l'impôt—En octobre 1992, la requérante a demandé au MRN de lui envoyer un avis fixant à la moitié de la perte subie la perte autre qu'une perte en capital qu'elle avait subie au cours de son année d'imposition 1987—La nouvelle cotisation établie relativement à l'année d'imposition 1987 du mari a été remplacée par une seconde nouvelle cotisation datée d'octobre 1992—Le mari a modifié son avis d'appel initial en ne réclamant que la moitié de la perte au motif qu'il était copropriétaire de l'immeuble—Le MRN a accepté de garder en suspens la demande présentée par la requérante en attendant l'issue de l'appel interjeté par son mari devant la Cour de l'impôt—Par lettre datée d'août 1994, le MRN a convenu avec la requérante que, si son mari obtenait gain de cause dans l'appel qu'il avait interjeté au sujet de sa moitié de la perte,

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

le MRN en tiendrait compte pour établir la perte autre qu'une perte en capital subie par la requérante au cours de son année d'imposition 1987 et qu'il lui enverrait un avis de détermination de perte en conséquence—En mai 1995, la CCI a statué que le mari de la requérante avait le droit de déduire une perte d'entreprise égale à la moitié de la perte subie lors de la vente de l'immeuble—En octobre 1995, la requérante a demandé à l'intimé de lui envoyer un avis de détermination établissant sa perte pour l'année d'imposition 1987 à la moitié du montant de la perte—En septembre 1996, le MRN a rejeté la demande de la requérante—La demande est rejetée—Avant de délivrer un bref de *mandamus*, il faut d'abord déterminer si l'intimé était soumis à une obligation publique légale envers la requérante aux termes de l'art. 152(1.1)—La seule question en litige est celle de savoir si l'intimé a «établi» que la perte subie par la requérante au cours de son année d'imposition 1987 était différente de celle qu'elle avait déclarée dans sa déclaration de revenus pour l'année en question—La condition préalable énoncée à l'art. 152(1.1) n'a pas été satisfaite et, en conséquence, l'intimé n'était soumis à aucune obligation publique légale envers la requérante—La perte de la requérante n'a jamais été établie—La lettre écrite en 1994 par l'intimé ne contenait pas une formule suffisante pour établir la perte de la requérante—La lettre ne permettait pas de connaître cette somme avec précision, et la position qui y était énoncée était conditionnelle—Il ressort de la jurisprudence qu'on ne peut dire qu'un montant a été établi lorsqu'il est assujéti à une condition—Le ministre a fixé à un montant égal à zéro la perte subie par la requérante au cours de son année d'imposition 1987, conformément à ce que la requérante avait déclaré dans sa déclaration de revenus pour cette année-là—La lettre écrite en août 1994 n'y a rien changé—Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 152(1.1) (édicé par S.C. 1976-77, ch. 4, art. 6; 1977-78, ch. 1, art. 76; 1983-84, ch. 1, art. 84; 1985, ch. 45, art. 86; 1986, ch. 55, art. 59).

BURNET C. M.R.N. (T-2261-96, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 12-6-97, 7 p.)

PÉNALITÉS

Détermination préliminaire d'une question de droit—Le MRN a attesté des montants à payer par le demandeur à l'égard d'impôts sur le revenu, d'intérêts et de pénalités concernant les années d'imposition 1988, 1989, 1990 et 1991 en vertu de l'art. 223(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Des certificats ont été enregistrés auprès de la Cour fédérale en vertu de l'art. 223(3), leur donnant même force et même effet que s'il s'agissait de jugements—Les certificats ont été enregistrés auprès du Bureau des titres de biens-fonds en tant que jugements contre l'intérêt du demandeur à titre de créancier hypothécaire—La question est de savoir si le taux d'intérêt applicable en vertu de l'art. 223(3) est le

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

taux prescrit à l'art. 161 de la Loi de l'impôt sur le revenu ou à l'art. 37 de la Loi sur la Cour fédérale (de même qu'aux dispositions de la Court Order Interest Act de la Colombie-Britannique)—À l'origine, l'art. 223(2) faisait référence à «l'intérêt . . . ainsi qu'il est prescrit dans la présente loi»—En 1988, le numéro 223(3) a été donné à cette disposition, et la modification suivante a été faite: «intérêts . . . comme le prévoit la loi»—L'art. 223(1) a aussi été modifié pour inclure les montants payables en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage, le Régime de pensions du Canada et les lois fiscales des provinces—Autre modification apportée en 1994: «intérêts . . . comme le prévoient les lois visées au paragraphe (1)»—S'il est possible de faire valoir que le législateur a étendu la portée de l'art. 223, la modification de 1988 visait aussi à faire référence, pour la première fois, à d'autres lois fédérales et provinciales, indiquant ainsi que l'intérêt devait être calculé en fonction de la loi précise en vertu de laquelle avait pris naissance la créance—Cette conclusion s'appuie sur une note technique du ministère de la Justice, selon laquelle l'intérêt applicable est celui que prévoit la loi en vertu de laquelle le montant attesté est payable, plutôt que l'intérêt prévu par la Loi sur la Cour fédérale—Sans cela, les contribuables étant l'objet de mesures de recouvrement bénéficieraient de l'avantage de taux d'intérêt moindres que ceux auxquels sont soumis les contribuables qui se conforment aux exigences—L'art. 223 est destiné à faciliter le recouvrement de montants payables en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu et des autres lois qui y sont mentionnées—Il ne visait pas à conférer des avantages injustifiés aux contribuables qui ne se conforment pas aux exigences—L'ajout en 1988 des mots «est réputé» à l'art. 223 visait à donner un sens supplémentaire aux certificats enregistrés, mais uniquement à une fin précise, soit d'intenter des procédures contre des créances sur la foi du certificat, comme s'il s'agissait d'un jugement de la Cour fédérale—Il est nécessaire d'inclure les mots «est réputé» car dans une décision, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick avait suscité certains doutes au sujet de savoir si les règles de droit de cette province en matière d'exécution de jugements s'appliquaient à de tels certificats—Un certificat ne peut être considéré comme un jugement de la Cour fédérale dans le sens général du terme—Le ministre ne peut être considéré comme un créancier ayant obtenu jugement de la Cour fédérale—Jamais le ministre ne s'est prévalu de la Loi sur la Cour fédérale; il a plutôt intenté ses procédures de recouvrement en vertu des dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'application de l'exception relative aux fardeaux/avantages favoriserait donc l'application des dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le taux d'intérêt applicable est celui prescrit à l'art. 161 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 161 (mod. par L.C. (1994), ch. 7, ann. VIII, art. 93), 223 (mod. par L.C. (1988), ch. 55, art. 168; (1994), ch. 7, ann. VIII, art. 129)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 37 (mod. par L.C.

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

(1990), ch. 8, art. 9)—Court Order Interest Act, R.S.B.C. (1979), ch. 76, art. 7(1) (mod. par S.B.C. 1982, ch. 46, art. 11; ch. 47, art. 5), 9(1) (mod. par S.B.C. (1982), ch. 46, art. 11; ch. 47, art. 5).

PRODOR C. CANADA (T-1117-94, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 18-6-97, 16 p.)

INJONCTIONS

Requête en injonction interlocutoire visant à interdire à la défenderesse de téléviser, à compter du lendemain, des messages publicitaires comparant sa nourriture pour chiens avec celle de la demanderesse—La demanderesse allègue que les messages renferment des déclarations fausses ou trompeuses qui déprécient son entreprise et ses produits, contrevenant ainsi à l'art. 7(1*a*) de la Loi sur les marques de commerce et qui mettent en cause sa marque de commerce de telle façon à déprécier vraisemblablement la valeur de l'achalandage relatif à sa marque, contrairement à l'art. 22(1)—La demanderesse déclare en outre que la défenderesse s'est livrée à une publicité mensongère en contravention de l'art. 52(1) de la Loi sur la concurrence—Requête rejetée—La Cour n'a pas acquis la conviction que la preuve de préjudice irréparable répondait à la norme élevée exigée à cet égard—Aucun indice ne dénote une baisse de la part de marché de la demanderesse suite à la diffusion antérieure des messages commerciaux—En l'absence de preuve évidente permettant à la Cour de conclure qu'un préjudice pourrait naître à l'avenir en raison de la diffusion des messages de la défenderesse, et à défaut d'explication quant au caractère incalculable d'une telle perte, le préjudice irréparable n'a pas été prouvé—Des intervenants aussi avertis du marché que les présentes parties au litige devraient, en matière de préjudice, être en mesure de fournir à la Cour des éléments de preuve fondés sur l'expérience tirée du passé ainsi qu'une analyse mathématique ou statistique des circonstances attestant que le préjudice ne peut être raisonnablement calculé, de façon que la Cour puisse déterminer avec un certain degré de certitude que le genre de préjudice allégué se produirait et qu'il ne peut être évalué—Est applicable l'énoncé du juge Dunnet dans la décision *UL Canada Inc. v. Proctor & Gamble Inc.* (1996), 65 C.P.R. (3d) 534 (Cour de l'Ont. (div. gén.)) portant qu'avec le perfectionnement accru des techniques de comptabilité et de récupération de l'information, il est probable que tout préjudice puisse raisonnablement être déterminé—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7(1*a*), 22—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 52(1).

EFFEM FOODS LTD. C. H.J. HEINZ CO. OF CANADA LTD. (T-1245-97, juge Rothstein, ordonnance en date du 30-6-97, 4 p.)

MARQUES DE COMMERCE

ENREGISTREMENT

Appel de la décision par laquelle le registraire des marques de commerce a rejeté l'opposition de l'appelante à la demande que l'intimée Bienvenue Chez-Nous Ltée a déposée en vue de faire enregistrer la marque de commerce «Wagon Post Ltd.»—Appel accueilli—La marque de l'intimée prête à confusion avec plusieurs des marques de commerce et marques officielles de l'appelante, soit «Canada Post», «Post Office», «Intelpost», «Mediaposte», «Mail Poste & Design», «Priority Post», «Postes prioritaires», «Priority Post Courier», «Telepost», «Envoypost», «Omnipost», «Poste Mail & Design», «Poste-lettre» et «Priority Post—Postes prioritaires»—Le public canadien a donc l'habitude d'associer à l'appelante les marques de commerce et les noms commerciaux comportant le mot «Post»—De plus, étant donné que les marques de commerce et noms commerciaux de la Société canadienne des postes sont tous liés entre eux en raison des idées qu'ils suggèrent, il faut accorder une plus grande protection à ces marques—Enfin, les marques de commerce et noms commerciaux de l'appelante comportent un caractère distinctif très important, qu'il soit inhérent ou acquis.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. BIENVENUE CHEZ-NOUS LTÉE (T-797-96, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 13-6-97, 5 p.)

PRATIQUE

Demande de radiation des paragraphes d'une déclaration dans laquelle sont sollicitées des mesures de redressement par voie d'injonction interdisant aux défenderesses d'enregistrer une marque de commerce comprenant les mots «Classique», «Classique» ou ces mots tels qu'ils figurent dans les demandes d'enregistrement énumérées au motif que la Cour n'a pas compétence pour accorder cette mesure de redressement—Demande accueillie—*Friendly Ice Cream Corp. c. Friendly Ice Cream Shops Ltd.*, [1972] C.F. 712 (1^{re} inst.) appliquée—C'est le registraire des marques de commerce qui doit d'abord décider si une marque de commerce peut être accordée—Ce n'est que s'il est allégué que le registraire a rendu une décision erronée que la Cour peut procéder à une révision—Les défenderesses ont le droit de demander l'enregistrement de marques de commerce en vertu de la Loi et de faire examiner leur demande par le registraire après examen de toute opposition qui peut avoir été soulevée conformément aux procédures prévues par la Loi—Empêcher les défenderesses de demander l'enregistrement des marques de commerce sollicité les priverait du droit de présenter une demande d'enregistrement conformément aux procédures prévues par la Loi—Accorder les mesures de redressement sollicitées équivaldrait à contourner le régime législatif et le tribunal que le législateur fédéral a désigné pour examiner les demandes d'enregistre-

MARQUES DE COMMERCE—Fin

ment de marques de commerce—Aucun argument raisonnable n'a été invoqué dans la déclaration justifiant les mesures de redressement sollicitées dans les dispositions en cause.

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. C. IMPERIAL TOBACCO LTD. (T-628-97, juge MacKay, ordonnance en date du 17-6-97, 4 p.)

PÉNITENCIERS

Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le président d'un comité disciplinaire concluant que le requérant se trouvait illégalement en possession d'un couteau portant des taches de rouille et des ternissures, découvert à l'intérieur du ventilateur du requérant au cours d'une inspection courante à la recherche de drogues—En 1992, pendant son incarcération à l'établissement de Millhaven, le requérant avait été accusé de s'être trouvé illégalement en possession d'un couteau caché dans le même ventilateur—Le requérant allègue que, lorsque le ventilateur lui a été remis en 1995, le même couteau se trouvait toujours à l'intérieur—Le président n'a pas cru ses explications—Le président ne pouvait raisonnablement être convaincu que la culpabilité était la seule déduction logique qu'il pouvait tirer des faits mis en preuve—Le président était en droit de ne pas croire l'explication du requérant, mais il ne pouvait déduire la culpabilité de celui-ci à partir d'une pure spéculation—Au vu du fait qu'il n'y a pas de preuve établissant que le requérant était en possession du couteau, le verdict est manifestement déraisonnable.

MCLARTY C. CANADA (T-1764-96, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 10-6-97, 6 p.)

PRATIQUE

FRAIS ET DÉPENS

Demande d'adjudication de dépens sur une requête en injonction interlocutoire—Cette requête a été rejetée, mais elle n'était pas frivole ou vexatoire—Compte tenu de l'arrêt *Thurston Hayes Developments Ltd. et al. c. Horn Abbot Ltd. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 124 (C.A.F.), la demande est rejetée—Dans cette affaire, la Cour a estimé que l'adjudication des dépens sans égard au sort de la cause ferait en sorte de préjuger de la cause et de pénaliser l'autre partie—La Cour a également estimé que l'imposition d'une telle pénalité ne relevait pas d'un exercice adéquat de la discrétion judiciaire—Toutefois, on a fait valoir de très solides arguments que le droit en matière d'adjudication de dépens relativement à des injonctions interlocutoires est en mutation et qu'une telle adjudication sans égard à l'issue de la cause a sa raison d'être—(1) L'instruction ne porte pas sur l'injonction interlocutoire et la décision prise au regard de cette requête n'entrave pas le juge du procès: *Apotex Inc. v.*

PRATIQUE—Siute

Egis Pharmaceuticals (1990), 32 C.P.R. (3d) 559 (Cour de l'Ont. (div. gén.))—(2) La détermination des dépens payables sur-le-champ est une méthode qui se veut expéditive; elle s'accorde également avec l'objectif salubre consistant à attirer l'attention des parties au litige sur les coûts qu'entraîne un procès: *Applied System Technologies, Inc. v. Sysnet Computer Systems, Inc.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 129 (Cour de l'Ont. (div. gén.))—Quoique les politiques énoncées dans les décisions précitées reflètent peut-être la pensée moderne quant à l'adjudication des dépens à l'égard des demandes d'injonction interlocutoire, l'arrêt de la Cour d'appel *Thurston Hayes* lie la Cour; c'est pourquoi l'adjudication des dépens suivra l'issue de la cause.

EFFEM FOODS LTD. C. H.J. HEINZ CO. OF CANADA LTD. (T-1245-97, juge Rothstein, ordonnance en date du 3-7-97, 3 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Exécution*

Requête demandant la délivrance d'un bref de *feri facias*—Le bref de *feri facias* antérieur n'aurait pas été renouvelé par inadvertance—Le bref a été émis en avril 1991 et il a expiré en avril 1996—Plus de six ans se sont écoulés depuis que le certificat ayant l'effet d'un jugement a été déposé—L'autorisation de la Cour est donc nécessaire en vertu de la Règle 2001(1)a) avant qu'un nouveau bref puisse être décerné—Le débiteur est la succession d'une personne décédée—La procédure à suivre pour demander l'autorisation est énoncée à la Règle 2003—L'une des questions à discuter est la raison du retard à exécuter le jugement—L'avocat devrait informer la Cour des efforts qui ont été faits pour recouvrer les sommes dues—Pour convaincre la Cour relativement à la Règle 2001(1)c), des déclarations concernant les nouveaux biens qui devraient passer entre les mains des exécuteurs devraient être fournies—Requête rejetée sous réserve du droit de la requérante de présenter une nouvelle demande se fondant sur une meilleure preuve—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 2001, 2003.

SUCCESSION PASSER (RE) (ITA-2808-91, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 4-6-97, 3 p.)

MODIFICATION DES DÉLAIS

Critère à appliquer lorsqu'une partie ne se conforme pas aux dispositions d'une ordonnance péremptoire (portant que l'action serait radiée à moins que certaines mesures ne soient prises avant certaines dates)—L'ordonnance péremptoire porte en l'espèce constitution de garantie pour les dépens—La défenderesse a demandé la constitution d'une garantie pour les dépens après avoir appris que la demande-

PRATIQUE—Suite

resse, une compagnie de Turquie, serait en difficulté financière—Cette garantie devait être constituée au 8 juin 1997 au plus tard—Le 10 juin, la demanderesse a obtenu la prorogation du délai au 23 juin—Le 25 juin, voyant que cette garantie n'était toujours pas produite, la défenderesse a demandé le rejet de l'action—La demanderesse a répliqué qu'il lui fallait une nouvelle prorogation du délai, jusqu'au 11 juillet—Le retard est peut-être un facteur majeur qui ajoute au coût du contentieux et doit être évité autant que faire se peut—Les ordonnances péremptoires visent à donner à la juridiction compétente et aux parties un moyen de combattre les retards—Les juges devraient être plus enclins à rendre des ordonnances péremptoires—Il est maintenant établi que la compétence de la Cour ne s'éteint pas à l'expiration de l'ordonnance péremptoire—Deux principes de droit contradictoires entrent en jeu lorsqu'une partie demande la prorogation du délai fixé par l'ordonnance péremptoire: il ne faut pas qu'une partie soit privée du droit de se faire entendre tant que le préjudice causé aux autres parties est réparable; la partie qui ne se conforme pas à l'ordonnance péremptoire ne sera normalement pas autorisée à poursuivre l'action—Critère applicable à l'observation du second principe: il s'agit de savoir si en fait le défaut d'obtempérer est intentionnel et insolent—Il échet donc d'examiner s'il y a eu désobéissance intentionnelle à l'ordonnance et si le manquement tenait à des circonstances indépendantes de la volonté de la demanderesse; c'est à cette dernière qu'il incombe d'en convaincre la Cour—La demanderesse a fait la preuve que son manquement à l'ordonnance tenait au retard dans le paiement du fret qu'elle devait recevoir—Décision: la demanderesse pourra produire l'intégralité de la garantie au 11 juillet au plus tard, sous réserve de trois conditions préalables: la déclaration sera modifiée et les détails produits au 4 juillet au plus tard, et la demanderesse paiera au 11 juillet 1997 au plus tard les dépens de la requête, fixés à 600 \$.

MARGEM CHARTERING CO. C. BOSCA (LE) (T-2418-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 4-7-97, 8 p.)

PARTIES*Qualité pour agir*

Requête visant à faire certifier l'instance en tant que recours collectif et à faire nommer le demandeur (Pawar) à titre de demandeur représentant le groupe visé—Le demandeur, qui est un résident du Canada depuis 1987, a atteint l'âge de 65 ans en décembre 1993—Sa demande de pension de la sécurité de la vieillesse a été rejetée au motif qu'il ne satisfait pas à l'une des conditions d'admissibilité relative à la résidence—Le groupe visé est constitué de citoyens canadiens ou de résidents permanents âgés d'au moins 65 ans qui n'ont pas résidé au Canada pendant les dix années consécutives requises pour avoir droit à une pension—Le

PRATIQUE—Suite

demandeur sollicite un jugement déclarant l'art. 3 de la Loi sur la sécurité de la vieillesse invalide en raison de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, ainsi que des dommages-intérêts équivalant à la pension que chacun aurait perçue depuis l'âge de 65 ans—Il n'est pas nécessaire d'adopter les dispositions de la Class Proceedings Act de la Colombie-Britannique relatives à la certification des recours collectifs—L'art. 1711(1) et (3) des Règles de la Cour fédérale prévoit le maintien du recours collectif, sous réserve d'une ordonnance ou de directives contraires de la Cour—La Cour dispose dans ses règles de mécanismes procéduraux lui permettant d'autoriser des recours collectifs, et elle doit également avoir la compétence inhérente ou implicite nécessaire pour réaliser l'objectif d'une procédure réparatrice comme un recours collectif—Il existe en l'espèce un groupe que l'on peut identifier, ainsi qu'un grief commun qui peuvent faire l'objet d'un recours collectif—Pawar représenterait équitablement, adéquatement et régulièrement ce groupe—Les actes de procédure doivent révéler l'existence d'une cause raisonnable d'action—En règle générale, une action en dommages-intérêts présentée en vertu de l'art. 24 de la Charte ne peut être jumelée à une action en déclaration d'invalidité fondée sur l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 (*Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347)—Le demandeur n'invoque dans sa déclaration aucun des éléments nécessaires pour justifier une demande de dommages-intérêts, à savoir un comportement fautif, la mauvaise foi, une négligence ou la poursuite d'une fin secondaire—Le simple refus des préposés de la Couronne chargés de faire appliquer une disposition législative non ambiguë ne constitue d'aucune façon un comportement irrégulier—Un refus de certifier s'apparenterait à la radiation de l'action—S'il est évident et manifeste que l'action, ou une partie de celle-ci, ne saurait aboutir, on ne devrait pas lui permettre d'être entendue—L'action en jugement déclaratoire fondée sur l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 est défendable et elle pourrait réussir, mais compte tenu de la position non ambiguë adoptée par la Cour suprême du Canada dans les divers arrêts qui ont conduit à l'arrêt *Guimond*, la présente demande de dommages-intérêts fondée sur l'art. 24 de la Charte est frivole—La partie de son action dans laquelle le demandeur sollicite un jugement déclaratoire est certifiée et peut être entendue en tant que recours collectif avec un demandeur agissant à titre de représentant—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1711—Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 3—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—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. 24—Class Proceedings Act, S.B.C. 1995, ch. 21.

PAWAR C. CANADA (T-1407-96, notaire Hargrave, ordonnance en date du 26-5-97, 9 p.)

PRATIQUE—Fin**PLAIDOIRIES***Requête en radiation*

Appel du rejet d'une requête en radiation d'une demande reconventionnelle—Déclaration alléguant contrefaçon de brevet—Dans la défense, Phoenix nie sa responsabilité et prétend avoir agi en vertu d'une licence—Aussi, dépôt d'une demande reconventionnelle sollicitant une déclaration quant à la validité de la licence, des injonctions en vue de l'application de la licence et des dommages-intérêts pour violation alléguée de la licence par l'appelante—Pour ce qui est de la demande reconventionnelle, le juge des requêtes a statué qu'elle ne faisait que donner plus de détails sur le fondement des motifs de la réclamation et qu'il était inopportun de dissocier les deux actes de procédure—Appel accueilli—Bien que la même licence soit en cause dans la défense et la demande reconventionnelle, dans la défense, elle sert de bouclier contre une action en contrefaçon, et dans la demande reconventionnelle, elle sert d'épée, de fondement à une demande de recours contre l'appelante en vue de l'application de la licence—La demande reconventionnelle pourrait être présentée de manière indépendante à titre d'action en violation de contrat—En tant que telle, elle ne relève pas de la compétence de la Cour—L'action principale peut être tranchée sur la base de la déclaration et de la défense, mais la demande reconventionnelle doit être considérée comme une action distincte concernant principalement une demande découlant de la violation du allégué contrat.

INNOTECH PTY. LTD. C. PHOENIX ROTARY SPIKE HARROWS LTD. (A-253-97, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 18-6-97, 3 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de contrôle judiciaire de la décision du Conseil canadien des relations du travail concluant que la requérante avait manqué à l'obligation qui lui incombait de représenter loyalement l'un de ses membres lorsque celui-ci fut renvoyé par son employeur Air Canada—Demande rejetée—Bien que les motifs de décision du Conseil soient quelque peu obscurs et ambigus, ils sont judiciaires et n'appellent pas l'intervention de la Cour—Il n'est pas irrationnel de conclure que la violation de l'art. 37 s'était poursuivie de façon continue pour devenir irréparable, ou d'examiner l'attitude de la requérante et de saisir son état d'esprit à travers les actions de ses représentants—Aucune raison de toucher à la mesure de réparation ordonnée par le Conseil, savoir frais et dommages-intérêts—La condamnation aux frais et dépens se rattache logiquement à la violation de l'art. 37 et aux conséquences visées à l'art. 99(2) du Code—Une allocation potentielle de dommages-intérêts n'est pas injustifiable en

RELATIONS DU TRAVAIL—Suite

soi au regard du large pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 99(2), étant donné que pareille mesure n'est pas punitive de par sa nature, ni n'enfreint la Charte, ni ne va à l'encontre des objectifs du Code (cf. *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Commission des relations du travail)*, [1996] 1

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

R.C.S. 369)—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 37, 99(2).

ASSOC. CANADIENNE DES PILOTES DE LIGNE C. EAMOR (juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 18-6-97, 4 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0B9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0B9