



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1995, Vol. 3, Part 3

1995, Vol. 3, 3^e fascicule

Cited as [1995] 3 F.C., 383-556

Renvoi [1995] 3 C.F., 383-556

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 and Publication Officer
LAURA VANIER

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIault
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1996.

CONTENTS

Chopra v. Canada (Treasury Board) (T.D.)..... 445

Public Service — Jurisdiction — Judicial review of Adjudicator's decision lacked jurisdiction to hear grievance alleging contravention of no-discrimination clause of Master collective agreement — PSSRA, s. 91(1) permitting grievance where no administrative procedure for redress provided in Act of Parliament — Applicant filing complaints with Canadian Human Rights Commission (CHRC) — CHRA providing redress as CHRC having jurisdiction over substance of grievance, offering broader range of remedies — Differences in procedures under CHRA, collective agreement as to parties, public interest input, control of process, irrelevant — Grievance not enforceable under collective agreement grievance procedures.

Continued on next page

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

Bureau des arrêtiistes

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

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

Services techniques

Préposée à la production et aux publications
LAURA VANIER

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIault
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe Communication Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1996.

SOMMAIRE

Chopra c. Canada (Conseil du Trésor) (1^{re} inst.)..... 445

Fonction publique — Compétence — Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre qui a statué qu'il n'avait pas la compétence pour examiner un grief alléguant qu'il y avait contravention à la disposition de la convention collective cadre portant sur l'élimination de la discrimination — L'art. 91(1) de la LRTFP permet le recours au grief lorsqu'il n'y a aucun recours administratif de réparation ouvert sous le régime d'une loi fédérale — Le requérant a déposé des plaintes devant la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) — La LCDP peut accorder réparation, étant donné la compétence de la CCDP quant au fond du grief, et les moyens plus vastes dont elle dispose pour le faire — Les différences dans les procédures intentées selon qu'il s'agit de la LCDP ou de la convention collective, quant aux parties, à l'intérêt public et au contrôle du processus ne sont pas pertinentes — La plainte ne

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Human rights — Judicial review of Adjudicator's decision lacked jurisdiction to hear grievance alleging contravention of no-discrimination clause in collective agreement — PSSRA, s. 91(1) permitting grievance where no administrative procedure for redress provided by federal statute — CHRA providing redress as CHRC having jurisdiction over substance of grievance, offering broader range of remedies — Differences in procedures under CHRA, collective agreement irrelevant — No evidence material difference in time required to obtain redress from CHRC.

Del Zotto v. M.N.R. (T.D.)..... 507

Income tax — Practice — Application to lift stay of order appointing hearing officer under Income Tax Act, s. 231.4, and to vacate order restraining inquiry pending determination of action for declaration s. 231.4 unconstitutional — In *British Columbia Securities Commission v. Branch*, S.C.C. holding exemption from compulsion to testify where purpose of inquiry criminal investigation rather than legitimate public purpose — Plaintiff relying on Tax Operations Manual, providing inquiry may be conducted to determine what witnesses, whose evidence material to anticipated prosecution, will say in Court, for allegation purpose of inquiry to obtain evidence for criminal proceedings against him — Insufficient evidence to establish purpose of inquiry — Manual, *Branch* case not material change of circumstances justifying lifting stay.

Ermineskin Indian Band v. Canada (T.D.)..... 544

Practice — Discovery — Examination for discovery — Application for order under new R. 456(4) directing defendants to produce former Crown employee as deponent on behalf of Crown to be examined for discovery — Employee said to be more experienced, better informed about oil, gas issues than other former employee — Neither qualified as "officer, servant or employee" of Crown as both having left public service — R. 456 changing implicitly Court's role in naming deponent to represent Crown at examination for discovery — Providing for two-step process — Court to intervene only where deponent nominated by Crown proves to be uninformed, incapable of being informed of facts essential to issues related to discovery — Crown must have reasonable confidence in deponent as representative with implicit authority to bind it — Argument one

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

peut être soumise à la procédure de grief de la convention collective.

Droits de la personne — Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre qui a statué qu'il n'avait pas la compétence pour examiner un grief alléguant qu'il y avait contravention à la disposition de la convention collective cadre portant sur l'élimination de la discrimination — L'art. 91(1) de la LRTFP permet le recours au grief lorsqu'il n'y a aucun recours administratif de réparation ouvert sous le régime d'une loi fédérale — La LCDP peut accorder réparation, étant donné la compétence de la CCDP quant au fond du grief, et les moyens plus vastes dont elle dispose pour le faire — Les différences dans les procédures intentées selon qu'il s'agit de la LCDP ou de la convention collective ne sont pas pertinentes — Il n'y a aucune preuve qu'il y a une grande différence de temps pour l'obtention d'une réparation de la part de la CCDP.

Del Zotto c. M.R.N. (1^{re} inst.)..... 507

Impôt sur le revenu — Pratique — Demande de levée de la suspension de l'ordonnance nommant un président d'enquête en vertu de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu et d'annulation de l'ordonnance interdisant la tenue de l'enquête tant qu'un jugement définitif ne sera pas rendu dans l'action visant à obtenir un jugement déclarant l'art. 231.4 inconstitutionnel — Dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, la C.S.C. a statué qu'il y a lieu de soustraire l'intéressé à l'obligation de témoigner si l'objet de l'investigation est la tenue d'une enquête criminelle plutôt que la poursuite d'un objet public légitime — Le demandeur invoque le Manuel des opérations de l'impôt, qui prévoit qu'une enquête peut être menée pour découvrir ce que les témoins dont le témoignage est essentiel à la cause du Ministère dans d'éventuelles poursuites diront en cour, pour prétendre que le but de l'enquête est de recueillir des éléments de preuve en vue d'interrompre des poursuites au criminel contre lui — La preuve n'est pas suffisante pour déterminer quel est l'objet de l'enquête — Le Manuel et l'arrêt *Branch* ne constituent pas un changement de situation important qui justifierait la levée de la suspension.

Bande indienne Ermineskin c. Canada (1^{re} inst.)..... 544

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Requête sollicitant une ordonnance en vertu de la nouvelle Règle 456(4) enjoignant aux défendeurs de produire un ancien employé de la Couronne en qualité de représentant de la Couronne afin qu'il soit interrogé au préalable — On allègue que cet employé a plus d'expérience et est mieux informé des questions touchant le pétrole et le gaz qu'un autre ancien employé — Aucun n'a la qualité de «gestionnaire, fonctionnaire ou employé» de la Couronne, ces deux personnes ayant quitté leur emploi au sein de la fonction publique — La Règle 456 change implicitement le rôle de la Cour en ce qui a trait à la désignation du représentant de la Couronne aux fins de l'interrogatoire préalable — Elle établit un processus à deux volets — La Cour ne peut intervenir, sauf

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

representative less knowledgeable than another not ground for Court intervention.

Flota Cubana de Pesca (Cuban Fishing Fleet) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 383

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of visitors — Judicial review of immigration officers' decisions requiring posting of security, concerning assessment of administration fees payable by owners, operators of Cuban fishing vessels from which crew members jumping ship, claiming Convention refugee status — Act, Regulations imposing fees on "transportation company" — Applicants transportation companies because transported crew on vessel to Canada — Definition not specifying primary purpose of vessel transportation of persons, goods — Parliament intending broad definition.

LGS Group Inc. v. Canada (Attorney General) (T.D.) 474

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Decision of Minister of Public Works and Government Services to rescind contract with applicant — Minister seeking proposals for design of demonstration environment for logistic, administrative support of DND weapons systems — Applicant's proposal accepted by Minister — Allegation of conflict of interest based on intervenor's participation in development of applicant's proposal — Contract rescinded by Minister for failure to comply with conflict of interest code — Decision to rescind subject to judicial review — No reviewable error by Minister — Duty of fairness to applicant met.

Crown — Contracts — Contract between applicant and Minister of Public Works rescinded for failure by former public office holder to comply with conflict of interest provisions — Intervenor deriving direct benefit from contract — Term "contract" including solicitation process — Must be given broad interpretation commensurate with purpose, principles of conflict of interest code.

Public Service — Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service — Issued by Treasury Board under Financial Administration Act, s. 11(2) — Decisions under conflict of interest provisions amenable to judicial review — For-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

si la personne désignée par la Couronne n'est ni renseignée ni en mesure d'obtenir des renseignements quant aux faits essentiels aux questions visées par l'interrogatoire préalable — La Couronne doit placer une confiance raisonnable dans son représentant qui a le pouvoir implicite de la lier — L'argument portant qu'un représentant est moins bien renseigné que l'autre ne constitue pas un motif qui permet à la Cour d'intervenir.

Flota Cubana de Pesca (Flotte de pêche cubaine) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 383

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de visiteurs — Contrôle judiciaire de décisions d'agents de l'immigration exigeant le dépôt d'un cautionnement et le paiement de frais administratifs par les propriétaires, les exploitants des navires de pêche cubains désertés par des membres du personnel qui ont demandé le statut de réfugié au sens de la Convention — La Loi et le Règlement exigent des frais des «transporteurs» — Les requérantes sont des transporteurs parce qu'elles ont transporté les membres de leur personnel sur des navires au Canada — La définition ne précise pas que le navire doit servir principalement au transport des personnes ou des marchandises — Le Parlement a voulu donner un sens large à la définition.

LGS Group Inc. c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 474

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Décision du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux de résoudre le marché conclu avec la requérante — Le ministre a demandé des propositions pour la conception d'un environnement de démonstration pour le soutien logistique et administratif des systèmes d'armes du MDN — Le ministre a accepté la proposition de la requérante — Une allégation de conflit d'intérêts a été formulée parce que l'intervenant avait participé à l'élaboration de la proposition de la requérante — Le ministre a résolu le marché pour non-respect du code sur les conflits d'intérêts — La décision de résoudre le marché est assujettie au contrôle judiciaire — Le ministre n'a commis aucune erreur pouvant donner lieu au contrôle judiciaire — Le devoir d'agir équitablement envers la requérante a été respecté.

Couronne — Contrats — Le marché conclu entre la requérante et le ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux a été résolu pour non-respect des dispositions régissant les conflits d'intérêts par un ancien titulaire de charge publique — L'intervenant a tiré directement avantage du contrat — Le terme «contrat» inclut le processus d'appel d'offres — Il doit recevoir une interprétation large à la mesure de l'objet et des principes du code régissant les conflits d'intérêts.

Fonction publique — Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique — Publié par le Conseil du Trésor en vertu de l'art. 11(2) de la Loi sur la gestion des finances publiques — Les décisions rendues par

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

mer CAF colonel disclosing “insider information” to applicant in preparing proposal for DND project — Deriving direct benefit from contract — Not paid substantial fees for mere “wordsmithing” — Breach of CFAO 19-37 (Canadian Forces Administrative Orders) — No duty of fairness owed to intervenor.

Armed forces — Retired colonel hired as consultant to corporation seeking DND contract — Formerly headed office recommending project in question — Paid \$38,000 for three months’ consulting — Not paid such fee for mere editing or “wordsmithing” — Only colonel and few others knew mindset of those reviewing contract proposals — Contract rescinded by Public Works for breach of CFAO 19-37, Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service — Decision made by proper authority, Minister of Public Works, not by Admiral who merely prepared briefing note for Minister of National Defence.

St. Mary’s Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (T.D.) 461

Native peoples — Chief, band council passing by-laws regulating gambling casinos on reserve — Indian Act, s. 81(1)(m) neither transferring nor intending to transfer legislative authority to control casinos to Indian chiefs or bands — Band councils without authority to operate or regulate casinos unless licensed by province — Interests beyond those of Band itself proper considerations in Minister’s exercise of disallowance power pursuant to Indian Act, s. 82(2) — Issuance of by-law not within band council’s jurisdiction.

Upper Lakes Group Inc. v. Canada (National Transportation Agency) (C.A.) 395

Transportation — Appeal by leave from National Transportation Agency’s decision under National Transportation Act, 1987, s. 113(5) CN’s rate for transporting fine crushed salt from Windsor, Ontario to Bécancour, Quebec non-compensatory but neither significantly harming competitor, Upper Lakes Group, nor substantially lessening competition — Whether test used by Agency to determine whether rate tending to substantially lessen competition (whether rate so low as to force other from market) too high — Whether Agency’s definition of market too broad — Whether Agency erred in considering effect of loss of fine crushed salt traffic on whole of Upper Lakes’ business — Whether Agency erred in failing to consider harm to appellants other than Upper Lakes, intervenors.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

application des dispositions régissant les conflits d’intérêts peuvent donner lieu au contrôle judiciaire — Un ancien colonel des FAC a divulgué des «renseignements d’initié» à la requérante dans la préparation de sa proposition pour le projet du MDN — Il a tiré directement avantage du contrat — Il n’a pas été rémunéré pour simple «polissage de texte» — Violation de l’OAFIC 19-37 (Ordonnances administratives des Forces canadiennes) — Aucun devoir d’agir équitablement envers l’intervenant.

Forces armées — Un colonel à la retraite a été embauché en qualité de consultant par une société qui voulait obtenir un contrat du MDN — Il avait dirigé le bureau qui avait recommandé le projet en cause — Il a reçu la somme de 38 000 \$ pour trois mois de travail en qualité de consultant — Il n’a pas reçu pareille rémunération pour de simples services de révision ou de «polissage de texte» — Seuls le colonel et un nombre restreint d’autres personnes connaissaient ce que voulaient les personnes qui étudiaient les propositions — Le marché a été résolu par Travaux publics pour violation de l’OAFIC 19-37 et du Code régissant les conflits d’intérêts et l’après-mandat s’appliquant à la fonction publique — La décision a été rendue par l’autorité compétente, le ministre des Travaux publics, et non par l’amiral qui a simplement préparé une note de synthèse pour le ministre de la Défense nationale.

Bande indienne de St. Mary’s c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord Canadien) (1^{re} inst.)... 461

Peuples autochtones — Le chef et le conseil de bande ont pris des règlements administratifs pour réglementer les casinos sur leur réserve — L’art. 81(1)m) de la Loi sur les Indiens n’a ni pour objet, ni pour effet de transférer le pouvoir législatif de contrôler les casinos aux chefs ou aux bandes indiennes — Les conseils de bandes n’ont pas le pouvoir d’exploiter ou de réglementer les casinos à moins d’avoir obtenu un permis de la province — Pour exercer le pouvoir d’annulation que lui confère l’art. 82(2) de la Loi sur les Indiens, le ministre peut tenir compte de préoccupations qui dépassent les intérêts directs de la bande indienne — Le conseil de bande n’avait pas compétence pour prendre le règlement administratif en cause.

Upper Lakes Group Inc. c. Canada (Office national des transports) (C.A.) 395

Transports — Appel sur permission de la décision de l’Office national des transports fondée sur l’art. 113(5) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux selon laquelle le prix imposé par le CN pour le transport du sel fin de Windsor (Ontario) à Bécancour (Québec) n’est pas compensatoire, mais qu’il n’a pas pour effet de nuire notablement à un concurrent, Upper Lakes Group, ni de réduire notablement la concurrence — Le critère utilisé par l’Office pour déterminer si le prix a été conçu pour réduire notablement la concurrence (si le prix est assez bas pour évincer les concurrents du marché) est-il trop élevé? — La définition du marché donnée par l’Office est-elle trop large? — L’Office a-t-il commis une erreur en examinant l’effet de la perte du trafic de sel fin sur l’ensemble du chiffre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Competition — Appeal by leave from National Transportation Agency's decision CN's rate for transporting fine crushed salt non-compensatory, but neither significantly harming competitor nor substantially lessening competition — Interpretation of National Transportation Act, s. 113(5) — Purpose of competition law, particularly predatory pricing — Definition of market — Comparison with Competition Act, s. 50(1)(c) — Whether other appellants, intervenors competitors.

Administrative law — Statutory appeals — Appeal by leave from National Transportation Agency's decision under National Transportation Act, 1987, s. 113(5)(b) CN's rate to transport fine crushed salt non-compensatory but neither significantly harming competitor nor substantially lessening competition — N.T.A. decisions subject to appeal on questions of law, jurisdiction — Standard of review correctness, tempered by due regard for experience, expertise of senior administrative tribunal in interpretation, application, operation of non-jurisdictional provision of governing statute.

Valley Towing Ltd. v. Celtic Shipyards (1988) Ltd. (T.D.) 527

Maritime law — Practice — Application pursuant to Canada Shipping Act, s. 576(1) to constitute limitation fund, to stay, prohibit pending, future Court actions — Barge under tow by plaintiff's tug striking, damaging defendant's premises — S. 575 permitting shipowner, absent actual fault, to limit liability according to ship's tonnage — Action claiming \$300,000 damages, limitation fund \$42,130 — Motions dealing with s. 576 may be brought *ex parte* notwithstanding no reference in current R. 1012(1) to *ex parte* proceedings — On facts, presumption of fault by tug — Admission of liability of little value — To avoid inequity, application granted, provided existing actions could proceed and actions could be commenced to obtain security, taxation, payment of costs.

SOMMAIRE (Fin)

d'affaires d'Upper Lakes? — L'Office a-t-il commis une erreur en négligeant d'examiner le préjudice causé aux appelantes autres qu'Upper Lakes, et aux intervenantes?

Concurrence — Appel sur permission de la décision de l'Office national des transports en vertu de laquelle le prix du CN pour le transport du sel fin n'est pas compensatoire, mais qu'il n'a pas pour effet de nuire notablement à un concurrent ni de réduire notablement la concurrence — Interprétation de l'art. 113(5) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux — Objet de la Loi sur la concurrence, plus particulièrement sur l'établissement de prix d'éviction — Définition du marché — Comparaison avec l'art. 50(1)(c) de la Loi sur la concurrence — Les autres appelantes et les intervenantes sont-elles des concurrentes?

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Appel sur permission de la décision de l'Office national des transports fondée sur l'art. 113(5)(b) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux concluant que le prix imposé par le CN pour le transport du sel fin n'est pas compensatoire, mais qu'il n'a pas pour effet de nuire notablement à un concurrent ni de réduire notablement la concurrence — Les décisions de l'O.N.T. peuvent être portées en appel sur des questions de droit et de compétence — La norme de contrôle est celle de la décision correcte, atténuée par la retenue qu'il convient d'exercer à l'égard de l'expérience et du champ d'expertise d'un tribunal administratif supérieur dans l'interprétation et l'application d'une disposition de sa loi habilitante ne portant pas sur l'exercice de sa compétence.

Valley Towing Ltd. c. Celtic Shipyards (1988) Ltd. (1^{re} inst.)..... 527

Droit maritime — Pratique — Requête présentée en vertu de l'art. 576(1) de la Loi sur la marine marchande du Canada en vue de constituer un fonds consigné, d'obtenir le sursis des procédures judiciaires en instance et l'interdiction d'en engager de nouvelles — La barge remorquée par un remorqueur de la demanderesse a heurté et endommagé les installations de la défenderesse — L'art. 575 permet au propriétaire d'un navire, en l'absence de faute réelle de sa part, de limiter sa responsabilité selon la jauge du navire — Action en vue d'obtenir des dommages-intérêts de 300 000 \$, fonds consigné de 42 130 \$ — Les requêtes touchant l'art. 576 peuvent être présentées *ex parte* bien que l'actuelle Règle 1012(1) ne fasse pas mention d'une procédure *ex parte* — Compte tenu des faits, la faute du remorqueur est présumée — La reconnaissance de responsabilité n'a que peu de valeur — Pour éviter une injustice, la requête est accueillie, à condition que les actions existantes puissent procéder et que des actions puissent être intentées aux fins de l'obtention d'une garantie, ainsi que de la liquidation et du paiement des dépens.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1995, Vol. 3, Part 3

1995, Vol. 3, 3^e fascicule

- IMM-6504-93
- Flota Cubana de Pesca (Cuban Fishing Fleet), Pickford & Black, Pesqueria LatinoAmericana, S.A., Pesqueria Atlantica S.A., Pesqueria Altamar S.A., Pesquera La Palma S.A., Transportes Oceanicos S.A. and Pezmares S.A. (Applicants)** *a*
- v.
- The Minister of Citizenship and Immigration (Respondent)** *b*
- IMM-7407-93
- Flota Cubana de Pesca (Cuban Fishing Fleet), Pickford & Black, Pesqueria LatinoAmericana, S.A., Pesqueria Atlantica S.A., Pesqueria Altamar S.A., Pesquera La Palma S.A., Transportes Oceanicos S.A. and Pezmares S.A. (Applicants)** *c*
- v.
- The Minister of Citizenship and Immigration (Respondent)** *d*
- IMM-6504-93
- Flota Cubana de Pesca (Flotte de pêche cubaine), Pickford & Black, Pesqueria LatinoAmericana, S.A., Pesqueria Atlantica S.A., Pesqueria Altamar S.A., Pesquera La Palma S.A., Transportes Oceanicos S.A. et Pezmares S.A. (requérantes)** *e*
- c.
- Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (intimé)** *f*
- IMM-7407-93
- Flota Cubana de Pesca (Flotte de pêche cubaine), Pickford & Black, Pesqueria LatinoAmericana, S.A., Pesqueria Atlantica S.A., Pesqueria Altamar S.A., Pesquera La Palma S.A., Transportes Oceanicos S.A. et Pezmares S.A. (requérantes)** *d*
- c.*
- Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (intimé)** *e*
- INDEXED AS: FLOTA CUBANA DE PESCA (CUBAN FISHING FLEET) v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)** *e*
- RÉPERTORIÉ: FLOTA CUBANA DE PESCA (FLOTTE DE PÊCHE CUBAINE) c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)** *e*
- Trial Division, MacKay J.—Halifax, December 13, 1994; Ottawa, September 1, 1995. *f*
- Section de première instance, juge MacKay—Halifax, 13 décembre 1994; Ottawa, 1^{er} septembre 1995. *f*
- Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of visitors — Judicial review of immigration officers' decisions requiring posting of security, concerning assessment of administration fees payable by owners, operators of Cuban fishing vessels from which crew members jumping ship, claiming Convention refugee status — Act, Regulations imposing fees on "transportation company" — Applicants transportation companies because transported crew on vessel to Canada — Definition not specifying primary purpose of vessel transportation of persons, goods — Parliament intending broad definition.* *g*
- Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de visiteurs — Contrôle judiciaire de décisions d'agents de l'immigration exigeant le dépôt d'un cautionnement et le paiement de frais administratifs par les propriétaires, les exploitants des navires de pêche cubains désertés par des membres du personnel qui ont demandé le statut de réfugié au sens de la Convention — La Loi et le Règlement exigent des frais des «transporteurs» — Les requérantes sont des transporteurs parce qu'elles ont transporté les membres de leur personnel sur des navires au Canada — La définition ne précise pas que le navire doit servir principalement au transport des personnes ou des marchandises — Le Parlement a voulu donner un sens large à la définition.* *g*
- These were applications for judicial review of (1) a decision requiring payment of security money and (2) a decision concerning assessment of an administration fee. The applicants were Cuban companies which owned and operated fishing vessels which were required to put into Canadian ports to arrange for licences and observers. While in Canadian ports, some 20 crew members jumped ship and claimed Convention refugee status. Immigration authorities gave notice of a requirement to post security of \$7,000 for each crew member involved, and *i*
- Il s'agit de demandes de contrôle judiciaire portant (1) sur la décision d'exiger un cautionnement et (2) sur la décision d'exiger des frais administratifs. Les requérantes sont des compagnies cubaines propriétaires et exploitantes de navires de pêche qui ont dû entrer dans des ports canadiens aux fins d'obtenir des permis et de prendre à bord des inspecteurs. Dans les ports canadiens, quelque 20 membres du personnel ont déserté les navires et demandé le statut de réfugié au sens de la Convention. Les autorités de l'immigration ont donné avis de l'obliga- *j*

later claimed a \$5,000 assessment fee for administrative purposes for each of six named crew members. (The latter fee was apparently a charge against the \$7,000 security payment.) Under *Immigration Act*, section 91.1, the Minister may make a preliminary assessment of an administrative fee against a transportation company in respect of a crew member who has ceased to be a visitor. Under section 92 the Deputy Minister may issue a direction to any transportation company requiring it to deposit such security as is deemed necessary to guarantee the company will pay the amounts for which it may become liable. "Transportation company" is defined as a person or group of persons transporting persons or goods by vehicle or otherwise.

The applicants contended that none of them was a "transportation company" because their purpose was not the transportation of persons or goods, but fishing or work related thereto. It was urged that "transportation company" was intended to apply only to persons or companies engaged in transportation of passengers or goods for hire. The respondent argued that it was enough if persons were carried by a vessel which stops in Canada.

Held, the applications should be dismissed.

The applicants fell within the definition of "transportation company" because they transported the crew on board their vessels. The definition of "transportation company" does not specify that the vessel be used primarily for transportation of goods or persons or that it be used for transportation for hire. There is nothing in the Act that would support the narrower definition of "transportation company" proposed by the applicants. Indeed, paragraph (b) of the definition applicable for purposes of certain sections of the Act includes persons operating a bridge or tunnel. The general purposes of the Act, the specific arrangements for crew members of foreign vessels and for the obligations of operators of vessels, as well as the practical aspects of administering the Act, all support the broader definition of the term "transportation company". So does the broad scope of obligations of transportation companies set out in Part V of the Act, including section 86 which imposes liability on transportation companies for removal of their crew members. There is no reason consistent with the purposes of the Act to restrict that section to operators of vessels carrying people or goods for hire.

The following question should be certified for consideration by the Court of Appeal: "Where the owner or operator of a vehicle not used primarily for the purpose of transporting persons or goods, such as a vessel engaged in fishing operations, transports persons or goods into Canada aboard that vehicle, is the owner, operator, or any agent thereof a "transportation company" as defined under subsection 2(1) of the *Immigration Act*?"

tion de déposer un cautionnement de 7 000 \$ pour chaque membre du personnel concerné et elles ont ultérieurement demandé le paiement de frais administratifs de 5 000 \$ à l'égard de chacun de six membres du personnel désignés nommément. (Ces derniers frais étaient apparemment un montant réclamé sur le cautionnement de 7 000 \$.) En vertu de l'article 91.1 de la *Loi sur l'immigration*, le ministre peut imputer provisoirement au transporteur des frais administratifs pour tout membre du personnel qui cesse d'être un visiteur. En vertu de l'article 92, le sous-ministre peut ordonner aux transporteurs de déposer tout cautionnement jugé nécessaire pour garantir le paiement des frais qui pourraient être mis à leur charge. «Transporteur» est défini comme étant toute personne ou groupe qui assurent un service de transport de voyageurs ou de marchandises par véhicule ou tout autre moyen.

Les requérantes ont soutenu qu'aucune d'entre elles n'est un transporteur, parce qu'elles n'ont pas comme raison d'être le transport de personnes ou de marchandises, mais la pêche ou des activités liées à la pêche. On a avancé que le terme «transporteur» s'applique seulement aux personnes ou aux compagnies faisant le transport de passagers ou de marchandises à titre onéreux. L'intimé a soutenu qu'il suffisait que des personnes soient transportées par un navire qui s'arrête au Canada.

Jugement: les demandes doivent être rejetées.

Les requérantes sont comprises dans la définition de «transporteur» parce qu'elles ont transporté les membres de leur personnel à bord de leurs navires. Cette définition ne précise pas que le navire doit être principalement utilisé pour le transport de marchandises ou de personnes, ou qu'il doit être utilisé pour le transport à titre onéreux. Il n'y a rien dans la Loi qui donne à entendre que la définition de «transporteur» plus restrictive proposée par les requérantes soit celle qui devrait être adoptée. En fait, l'alinéa b) de la définition de transporteur, qui doit être utilisé pour l'application de certains articles de la Loi, comprend l'exploitant d'un pont ou d'un tunnel. Les fins générales de la Loi, les dispositions précises qui doivent être prises quant aux membres du personnel de navires étrangers, les obligations des exploitants de navires de même que les aspects pratiques de l'application de la Loi donnent tous à entendre qu'il faut attribuer un sens large à la définition de «transporteur». La grande étendue des obligations imposées aux transporteurs dans la partie V de la Loi, y compris l'article 86, qui tient responsable le transporteur pour le renvoi des membres du personnel de leurs véhicules ou navires, appuie aussi cette interprétation. Il n'y a pas de motif s'accordant aux fins de la Loi qui permette de restreindre l'application de cet article aux exploitants de navires qui transportent des personnes ou des marchandises à titre onéreux.

La question suivante a été certifiée pour étude par la Cour d'appel: «Lorsque le propriétaire ou l'exploitant d'un véhicule qui n'est pas principalement utilisé aux fins du transport de personnes ou de marchandises, comme un navire utilisé pour la pêche, transporte des personnes ou des marchandises au Canada à bord de ce véhicule, le propriétaire, l'exploitant ou leur mandataire entrent-ils dans la définition de «transporteur» donnée au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*?»

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "master", "member of a crew" (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 1), "owner", "transportation company" (as am. *idem*), "vehicle" (as am. *idem*), 26(1)(c.1) (as am. *idem*, s. 15), 27(2)(e) (as am. *idem*, s. 16), 83(1) (as am. *idem*, s. 73), 86 (as am. *idem*, s. 75), 91.1 (as enacted *idem*, s. 80), 92 (as am. *idem*, s. 81).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 53(1) (as am. by SOR/93-44, s. 23), 54(1) (as am. *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Rosenbloom v. Lavut (1916), 33 D.L.R. 470 (Que. C.R.);
Sault Ste. Marie, City of v. Algoma Steel Corporation Limited, [1961] S.C.R. 739.

APPLICATION for judicial review of immigration officers' decisions requiring the posting of security, and concerning the assessment of administration fees payable by the owners and operators of Cuban fishing vessels from which several crew members had jumped ship in Canada and claimed Convention refugee status. Applications dismissed.

COUNSEL:

Roderick H. Rogers for applicants.
Gregory A. MacIntosh for respondent.

SOLICITORS:

Stewart McKelvey Stirling Scales, Halifax, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for orders rendered in English by

MACKAY J.: These are two applications for judicial review, ordered to be heard together since they involve identical issues arising from similar factual circumstances. They concern decisions affecting the applicants, made by immigration officers responsible to the respondent Minister.

The applicants include Flota Cubana De Pesca, a Cuban organization responsible for operations of the Cuban Fishing Fleet affected by the decisions in

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «*master*» [version anglaise seulement], «membre du personnel» (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 1), «propriétaire d'un véhicule», «transporteur» (mod. *idem*), «véhicule» (mod. *idem*), 26(1)c.1) (mod. *idem*, art. 15), 27(2)e) (mod. *idem*, art. 16), 83(1) (mod. *idem*, art. 73), 86 (mod. *idem*, art. 75), 91.1 (édicte *idem*, art. 80), 92 (mod. *idem*, art. 81).

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 53(1) (mod. par DORS/93-44, art. 23), 54(1) (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Rosenbloom v. Lavut (1916), 33 D.L.R. 470 (C.R. Qué.);
Sault Ste. Marie, City of v. Algoma Steel Corporation Limited, [1961] R.C.S. 739.

DEMANDE de contrôle judiciaire de décisions d'agents d'immigration exigeant le dépôt d'un cautionnement et le paiement de frais administratifs par les propriétaires et exploitants de navires de pêche cubains qu'ont désertés au Canada plusieurs membres du personnel qui ont demandé le statut de réfugié au sens de la Convention. Demandes rejetées.

AVOCATS:

Roderick H. Rogers pour les requérantes.
Gregory A. MacIntosh pour l'intimé.

PROCUREURS:

Stewart McKelvey Stirling Scales, Halifax, pour les requérantes.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs des ordonnances rendus par

LE JUGE MACKAY: Il s'agit de deux demandes de contrôle judiciaire, dont l'audition a été jointe par ordonnance, étant donné qu'elles portent sur des questions identiques découlant de faits similaires. Elles se rapportent à des décisions affectant les requérantes prises par des agents d'immigration placés sous l'autorité du ministre intimé.

Les requérantes sont la Flota Cubana De Pesca, un organisme cubain responsable des activités de la flotte de pêche cubaine affectée par les décisions en

question, Pickford & Black, the Canadian Agents for the Cuban organization and companies, and six separate Cuban companies which owned and operated fishing vessels or vessels associated with the Cuban Fishing Fleet operating in the Atlantic off Canada's coast. Those vessels were engaged in fishing off Nova Scotia under terms of an international agreement between Canada and Cuba. In accord with that agreement Cuban vessels were required to be licensed for fishing in Canadian waters and to carry Canadian fishing inspectors while so engaged, and these obligations required that they put into east coast ports for licences or to pick up or drop off fishing inspectors. Others of the vessels were engaged in carrying fish from the Cuban fleet to a Canadian partner firm operating in Shelburne, Nova Scotia, and one of the vessels had put into port to land the body of a deceased crew member. While the vessels were in ports in Nova Scotia or New Brunswick, some 20 crew members of several vessels jumped ship and claimed refugee status.

Thereafter, immigration authorities gave notice of a requirement to post security in an amount of \$7,000 for each crew member involved and later claimed an assessment fee for administrative purposes in the amount of \$5,000 for each of six named crew members. The latter fee was apparently a charge against the \$7,000 security payment demanded and paid in protest by the Canadian agent Pickford & Black.

The two applications for judicial review were initiated in respect of different decisions, the first relating to decisions requiring payment of the security money, and the second, concerning assessment of the administration fee. The applicants contend that the fees and payments are not required of them under the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] and Regulations [Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172], provisions of which set out requirements for such payments or fees by a "transportation company". It is

question, Pickford & Black, les mandataires canadiens de l'organisme cubain et des compagnies, et six compagnies cubaines distinctes, propriétaires et exploitantes de navires de pêche ou de navires ayant un lien avec la flotte de pêche cubaine exerçant ses activités dans l'Atlantique, au large des côtes canadiennes. Ces navires faisaient la pêche au large des côtes de la Nouvelle-Écosse en vertu d'une entente internationale entre le Canada et Cuba. Aux termes de cette entente, les navires cubains devaient obtenir un permis pour pêcher dans les eaux canadiennes et ils devaient avoir à bord des inspecteurs de pêche pendant leurs activités, et ces obligations nécessitaient qu'ils relâchent dans un port de la côte est pour obtenir les permis ou pour prendre à leur bord ou laisser descendre à terre les inspecteurs de pêche. Certains navires transportaient le poisson de la flotte cubaine à une entreprise canadienne partenaire ayant ses activités à Shelburne (Nouvelle-Écosse), et l'un des navires avait relâché afin de débarquer le corps d'un membre du personnel décédé. Alors que les navires se trouvaient dans les ports de la Nouvelle-Écosse ou du Nouveau-Brunswick, quelque 20 membres du personnel de plusieurs navires ont déserté et demandé le statut de réfugié.

Par la suite, les autorités de l'immigration ont donné avis de l'obligation de déposer un cautionnement de 7 000 \$ pour chaque membre du personnel concerné et ils ont ultérieurement demandé le paiement de frais administratifs de 5 000 \$ à l'égard de chacun des six membres du personnel désignés nommément. Ces derniers frais étaient apparemment un montant réclamé sur le cautionnement de 7 000 \$ exigé et payé sous réserve par le mandataire canadien Pickford & Black.

Les deux demandes de contrôle judiciaire ont été engagées à l'égard de décisions distinctes, la première se rapportant aux décisions exigeant le paiement du cautionnement, et la seconde se rapportant à l'imputation de frais administratifs. Les requérantes soutiennent que les frais et les paiements ne peuvent être exigés d'elles en vertu de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] et de son Règlement [Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172], dont les dispositions prévoient ces paiements

said that none of the applicants is a transportation company as defined by the *Immigration Act*.

When the matter came on for hearing counsel advised that it was agreed between the parties that the applications were withdrawn in so far as they related to payments in relation to five named crew members who had jumped ship, since the applicants conceded that the vessels on which they had served and which they left in port had been engaged in transporting fish or other goods. For the other crew members who had jumped ship, some 15 in all, the issues concerning payment of a security fee and the validity of the assessment fee were still in issue.

The legislative regime

Under the *Immigration Act* and Regulations a member of a crew of a vessel may be exempt from usual immigration procedures where the Master provides an accurate and complete list of the members of the crew in accord with subsection 53(1) [as am. by SOR/93-44, s. 23] of the Regulations. Once the crew list is received and endorsed by an immigration officer, all individuals named on the list are deemed to be visitors within the meaning of subsection 2(1) of the Act and they may enter Canada as visitors without further documentation. When a vessel departs from the port of entry the Master is required to provide a copy of the list of crew members as endorsed by the immigration officer upon entry, including all changes to the list which have occurred while the ship was in Canada. If a member of the crew deserts or fails to rejoin the vessel the Master is required to notify an immigration officer under subsection 54(1) [as am. *idem*] of the Regulations and he must provide a written report setting out details. Under paragraph 26(1)(c.1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 15] a member of the crew of a vehicle who enters Canada ceases to be a visitor when he ceases to be a member of the crew and he is then reportable under paragraph 27(2)(e) [as am. *idem*, s. 16] of the Act, as a person who entered Canada as a visitor and remains in Canada after ceasing to be a visitor.

ou ces frais à l'égard d'un «transporteur». On affirme qu'aucune des requérantes n'est un transporteur au sens de la *Loi sur l'immigration*.

a Au moment d'entendre l'affaire, les avocats ont annoncé que les parties avaient convenu que les demandes étaient retirées quant aux paiements à l'égard de cinq membres du personnel désignés nommément qui avaient déserté leur navire, étant donné, *b* selon l'admission des requérantes, que les navires sur lesquels ils avaient été en service et qu'ils avaient désertés avaient effectué le transport du poisson ou d'autres marchandises. Pour les autres membres du personnel qui avaient déserté, environ 15 en tout, *c* les questions concernant le paiement du cautionnement et la validité des frais administratifs imputés étaient toujours en litige.

d Le régime juridique

En vertu de la *Loi sur l'immigration* et de son Règlement, un membre du personnel d'un navire peut être exempté de la procédure d'immigration habituelle à la condition que le responsable du navire fournisse la liste exacte et complète des membres du personnel conformément au paragraphe 53(1) [mod. par DORS/93-44, art. 23] du Règlement. Un fois cette liste remise à l'agent d'immigration, qui l'endosse, toutes les personnes mentionnées dans la liste sont réputées être des visiteurs au sens du paragraphe 2(1) de la Loi, et elles peuvent entrer au Canada sans qu'il leur soit nécessaire de fournir d'autres documents. Avant le départ du navire du point d'entrée, le responsable du navire doit fournir la liste des membres du personnel endossée par l'agent d'immigration au point d'entrée et sur laquelle figure toutes les modifications apportées à la liste pendant que le navire se trouvait au Canada. Si un membre du personnel déserte ou omet de rejoindre le navire, le responsable du navire doit informer un agent d'immigration conformément au paragraphe 54(1) [mod., *idem*] du Règlement et il doit lui remettre un rapport écrit détaillé. Aux termes de l'alinéa 26(1)c.1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 15], un membre du personnel d'un véhicule qui entre au Canada perd la qualité de visiteur lorsqu'il cesse d'être un membre du personnel, et il doit faire l'objet d'un rapport conformément à l'alinéa 27(2)e) [mod., *idem*, art. 16] de la Loi à titre de personne entrée au Canada en qualité de

Sections of the Act relevant in these applications include the following [ss. 86 (as am. *idem*, s. 75), 91.1(1) (as enacted *idem*, s. 80), 92(1) (as am. *idem*, s. 81)]:

86. Where a person enters Canada as or to become a member of a crew of a vehicle and ceases to be a visitor pursuant to subsection 26(1), the transportation company that operates that vehicle may be required by the Minister to convey that person, or cause that person to be conveyed, to the country from which that person came to Canada, or to such other country as the Minister may approve at the request of the company, and the company is liable to pay all removal costs in respect of that person.

. . .

91.1 (1) The Minister may, in accordance with the regulations, make a preliminary assessment of an administration fee against a transportation company in respect of any member of a class of persons prescribed for the purposes of this section

. . .

(b) who enters Canada as or to become a member of the crew of a vehicle operated by the company and who is the subject of a report pursuant to paragraph 27(2)(e) as a member of a crew who has ceased to be a visitor pursuant to paragraph 26(1)(c.1).

. . .

92. (1) The Deputy Minister may issue a direction to any transportation company requiring it to deposit with Her Majesty in right of Canada such sum of money, in Canadian currency, or such other prescribed security as the Deputy Minister deems necessary as a guarantee that the company will pay all amounts for which it may become liable under this Act after the direction is issued.

In addition, provisions of subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1], which includes definitions, are relevant in these applications, including the following definitions:

2. (1) . . .

“master” means the person in immediate charge or control of a vehicle;

. . .

visiteur et y demeurant après avoir perdu cette qualité.

Les dispositions suivantes de la Loi sont pertinentes en l'espèce [art. 86 (mod., *idem*, art. 75), 91.1(1) (édicte, *idem*, art. 80), 92(1) (mod., *idem*, art. 81)]:

86. Dans le cas où une personne entre au Canada à titre de membre du personnel d'un véhicule ou pour le devenir et perd la qualité de visiteur aux termes du paragraphe 26(1), le transporteur qui exploite le véhicule peut être tenu responsable par le ministre du transport de la personne à destination du pays d'où elle est arrivée, ou du pays agréé par le ministre à la demande du transporteur, ainsi que des frais de renvoi de la personne.

. . .

91.1 (1) Le ministre peut imputer provisoirement au transporteur des frais administratifs, selon le tarif réglementaire, pour toute personne faisant partie d'une catégorie précisée par règlement pour l'application du présent article, dans les cas suivants:

. . .

b) la personne est entrée au Canada à titre de membre du personnel d'un véhicule exploité par le transporteur ou pour le devenir et fait l'objet du rapport visé à l'alinéa 27(2)e) à titre de membre du personnel qui a perdu la qualité de visiteur aux termes de l'alinéa 26(1)c.1).

. . .

92. (1) Le sous-ministre peut ordonner aux transporteurs de déposer auprès de Sa Majesté du chef du Canada une somme d'argent, en monnaie canadienne, ou tout autre cautionnement réglementaire qu'il estime nécessaire pour garantir le paiement des frais qui pourraient être mis à leur charge aux termes de la présente loi après qu'il en a été ainsi ordonné.

De plus, les définitions suivantes du paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1] sont pertinentes:

2. (1) . . .

«master» [Version anglaise seulement]*

. . .

* Note marginale de la Loi. Cependant, dans la définition de «membre du personnel», «master» est rendu par «responsable du véhicule»; la version française du paragraphe 54(1) du Règlement rend «master» par «responsable d'un véhicule». [N.d.T.]

“member of a crew” means, except as otherwise prescribed, a person, including a master, who is employed on a vehicle to perform duties during a voyage or trip related to the operation of the vehicle or the provision of services to passengers;

a

«membre du personnel» Sauf disposition contraire des règlements, toute personne employée à bord d'un véhicule en déplacement pour occuper un poste lié à son fonctionnement ou au service des passagers, y compris le responsable du véhicule.

“owner”, in respect of a vehicle, includes the agent of the owner of the vehicle and any other person having any interest in respect of the vehicle;

b

«propriétaire d'un véhicule» Sont assimilés au propriétaire le mandataire de celui-ci et toute personne ayant un droit sur le véhicule.

“transportation company”

(a) means a person or group of persons, including any agent thereof and the government of Canada, a province or a municipality in Canada, transporting or providing for the transportation of persons or goods by vehicle or otherwise, and

c

(b) for the purposes of subsections 89(2) to (7), sections 92 and 93 and paragraph 114(1)(cc), includes any such person or group that operates a bridge or tunnel or is a designated airport authority within the meaning of the *Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act*;

d

«transporteur» Personne ou groupement, y compris leurs mandataires, qui assurent un service de transport de voyageurs ou de marchandises par véhicule ou tout autre moyen. S'entend en outre, pour l'application des paragraphes 89(2) à (7), des articles 92 et 93 et de l'alinéa 114(1)cc), de l'exploitant d'un pont ou d'un tunnel ou d'une administration aéroportuaire désignée aux termes de la *Loi relative aux cessions d'aéroports*. La présente définition s'applique aux gouvernements fédéral et provinciaux ainsi qu'aux municipalités, dans la mesure où ils exploitent ou fournissent un tel service.

“vehicle” means any conveyance that may be used for transportation by water, land or air.

e

«véhicule» Moyen de transport maritime, fluvial, terrestre ou aérien.

Positions of the parties

For the applicants, it is submitted that none of the applicant companies is a “transportation company” within the meaning of the *Immigration Act*, aside from those operating vessels which, upon reflection, as advised at the hearing, applicants concede were used to transport goods.

f

The parties are agreed that the ships in question are “vehicles” as defined in the Act. The applicants submit, however, that they are fishing companies operating vessels engaged in fishing or work related to fishing and they are not transportation companies within the Act. Their purposes are not the transportation of persons or goods. The mere fact that some of their vessels arrived at Canadian ports with crews aboard did not bring them within the definition of a transportation company.

g

h

i

The applicants refer to legal dictionaries and definitions of the word “transportation”, as “the movement of goods or persons from one place to another by a carrier”. Further, “carrier” is defined in those dictionaries as “an individual or company engaged in

j

Positions des parties

Les requérantes soutiennent qu'aucune des compagnies en l'espèce n'est un «transporteur» au sens de la *Loi sur l'immigration*, à part celles exploitant des navires qui, comme cela a été admis, après réflexion, à l'audience, ont été utilisés pour le transport de marchandises.

Les parties ont convenu que les navires en question étaient des «véhicules» tels que définis par la Loi. Les requérantes soutiennent cependant qu'elles sont des compagnies de pêche exploitant des navires pour la pêche ou des activités liées à la pêche, et qu'elles ne sont pas des transporteurs au sens de la Loi. Elles n'ont pas comme raison d'être le transport de personnes ou de marchandises. Le simple fait que certains de leurs navires sont entrés dans des ports canadiens avec à bord les membres de leur personnel ne fait pas d'elles des transporteurs.

Les requérantes se réfèrent aux dictionnaires juridiques et renvoient aux définitions de [TRADUCTION] «transport», soit [TRADUCTION] «le déplacement de marchandises ou de personnes d'un endroit à un autre par un transporteur». Le terme [TRADUCTION] «trans-

transporting passengers or goods for hire". It is urged that "transportation company" in the *Immigration Act* was intended to apply only to persons or companies engaged in transportation of passengers or goods for hire. The applicants refer to *Rosenbloom v. Lavut* ^a (1916), 33 D.L.R. 470 (Que. C.R.), where the Court was concerned with interpreting the words "transportation business" in the context of workers' compensation legislation which did not define the term. In that case, Bruneau J. concluded that only transportation undertaken by contractors or public carriers was included within transportation business, and others whose primary purpose was otherwise did not fall within that classification. In the *Sault Ste. Marie, City of v. Algoma Steel Corporation Limited*, ^b [1961] S.C.R. 739, the Supreme Court of Canada dealt with the words "transportation system" in the context of taxing legislation which did not define the term. In light of the statute's legislative history the Court ^c found that the phrase had a limited meaning, referring to a system that provided service to the public, not one transporting goods as a part of the manufacturing business in which the taxpayer was principally engaged. Finally, it is urged that there is ambiguity in the words here used and that the assessment fees here levied are analogous to taxes and that in these circumstances, the assessments ought not to be imposed on the applicants. ^d

Based on their argument that as operators of vessels not used to transport persons or goods for hire, or not used primarily for the purpose of transporting goods or persons, the applicants urge that the fees assessed in these cases be classified by the nature of the activity in which the respective crew members' vessels were engaged. Thus, as noted, for five crew members whose vessels were engaged in transporting goods the applicants withdraw their applications, conceding the charges and fees in issue are applicable in those cases. For seven others who were crew members of vessels engaged exclusively in fishing, that visited Nova Scotia ports solely to arrange for licences and observers or to land the body of a dead ^e

porteur» est ensuite défini dans ces dictionnaires comme étant [TRADUCTION] «une personne ou une compagnie qui fait le transport de passagers et de marchandises à titre onéreux». On avance que le terme «transporteur» dans la *Loi sur l'immigration* s'applique seulement aux personnes ou aux compagnies faisant le transport de passagers ou de marchandises à titre onéreux. Les requérantes renvoient à la décision *Rosenbloom v. Lavut* (1916), 33 D.L.R. 470 (C.R. Qué.), où la Cour a dû déterminer quel sens donner au terme [TRADUCTION] «entreprise de transport» dans le contexte de la législation sur les accidents du travail, où ce terme n'était pas défini. Dans cette affaire, le juge Bruneau a conclu que seul le transport exécuté par des entrepreneurs ou des transporteurs publics pouvait constituer une entreprise de transport, et que les entreprises qui avaient une autre raison d'être n'entraient pas dans cette catégorie. ^f Dans l'arrêt *Sault Ste. Marie, City of v. Algoma Steel Corporation Limited*, [1961] R.C.S. 739, la Cour suprême du Canada a examiné les mots [TRADUCTION] «système de transport» dans le contexte d'une loi fiscale qui n'en donnait pas de définition. Après avoir fait l'historique législatif de la loi, la Cour a conclu que l'expression avait un sens restreint, c'est-à-dire qu'elle renvoyait à un système qui offrait un service public, et non à un service de transport de marchandise tel que celui faisant partie de l'entreprise de fabrication qui était au centre des activités du contribuable. Enfin, on allègue qu'il y a ambiguïté dans les termes qui sont en l'espèce utilisés, que les frais imputés sont analogues à un impôt et que, dans les circonstances, ces frais ne devraient pas être imposés aux requérantes. ^g

Les requérantes, se fondant sur leur allégation selon laquelle, à titre d'exploitants de navires qui ne sont pas utilisés pour le transport de personnes ou de marchandises à titre onéreux, ou qui ne sont pas principalement utilisés pour le transport de marchandises ou de personnes, demandent que les frais dans chaque cas soient imputés par catégorie, selon la nature de l'activité pour laquelle chaque membre du personnel a été engagé. Par conséquent, comme on l'a fait remarquer, pour cinq membres du personnel dont les navires étaient utilisés pour le transport de marchandises, les requérantes se sont désistées de leurs demandes et ont admis que les frais en question sont applicables relativement à ces personnes. Pour sept ^h

crew member, it is urged they are engaged in fishing or activities ancillary to their fishing operations, which did not bring them within the definition of "transportation company" under the Act.

A third category included former crew members whose vessels were engaged in transfer of a portion of the catch by the fleet to the Canadian partner's plant at Shelburne, N.S., a function which in the applicants' view, did not mean that their work was that of a transportation company, for the work was an integral part of their fishing operations under the agreement with Canada.

For the respondent, it is urged that the meaning of "transportation company" under the Act is clear. It does not require that goods or persons be transported for hire, or indeed that the prime purpose of operating a vehicle or vessel be for the transportation of persons or goods. It is enough, as in this case, if persons, here crew members, are carried by a vessel which stops in Canada. The purpose of the *Immigration Act* is to control the entry to Canada of non-citizens and to provide for the administration and enforcement of the controls established. It is urged that the ability of immigration authorities to deal with a person who has been transported to Canada on board a vessel, whether a crew member or a passenger, cannot be dependent on the motivating reasons or purposes for the vessel's operations. Whatever the purpose of the use of the vehicle or vessel may be, the only relevant fact that must be considered under the definition of transportation company is whether the person or group of persons "transports or provides for the transportation of persons or goods to Canada". In the case at bar, it is pointed out that it required a good many months for the applicants to determine that some of the vessels in question were engaged in carrying goods, not merely in fishing and related activities. That sort of determination could not readily be made by immigration administrators who do not have information about the multitude of purposes that operators of various vehicles or vessels may have when they transport persons to Canada.

autres membres du personnel dont les navires faisaient seulement la pêche et ne sont entrés dans les ports de la Nouvelle-Écosse qu'en ce qui concerne les permis et les observateurs et pour débarquer le corps d'un membre du personnel décédé, on fait valoir qu'ils se sont adonnés à la pêche ou à des activités accessoires qui n'ont pas fait des requérantes des «transporteurs» aux termes de la Loi.

Une troisième catégorie était formée de membres du personnel dont les navires étaient utilisés pour transférer une partie du poisson pêché par la flotte à l'usine du partenaire canadien situé à Shelburne (Nouvelle-Écosse), une fonction qui, selon les requérantes, ne faisait pas pour autant d'elles un transporteur, étant donné que ce travail était partie intégrante de leurs activités de pêche en vertu de l'entente conclue avec le Canada.

L'intimé fait valoir que le sens de «transporteur» dans la Loi est clair. Il ne nécessite pas que des personnes ou des marchandises soient transportées à titre onéreux, ou, même, que la raison d'être de l'utilisation d'un véhicule ou un navire soit le transport de personnes ou de marchandises. Il suffit, comme en l'espèce, que des personnes, en l'occurrence les membres du personnel, soient transportées par un navire qui s'arrête au Canada. La *Loi sur l'immigration* a pour but de contrôler l'entrée au Canada des non-citoyens et d'assurer un cadre d'application aux contrôles établis. L'intimé avance que la compétence des autorités de l'immigration quant à une personne transportée au Canada à bord d'un navire, que cette personne soit un membre du personnel ou un passager, ne peut dépendre des motifs ou des buts qui sous-tendent les activités du navire. Quels que soient ces motifs ou ces buts, la seule question pertinente en ce qui concerne la définition de transporteur est celle de savoir si la personne ou le groupement «assure un service de transport de voyageurs ou de marchandises [au Canada]». En l'espèce, on fait remarquer qu'il a fallu un bon nombre de mois avant que les requérantes déterminent que certains des navires en question étaient utilisés pour le transport de marchandises, et non uniquement pour la pêche et les activités s'y rapportant. Cette sorte de décision ne pourrait pas facilement être prise par les autorités de l'immigration, qui n'ont pas l'information pertinente quant à la multitude des fins que les exploitants des divers véhi-

Moreover, the *Immigration Act* makes specific provision for members of crews of vessels, in terms of their documentation and acceptance as visitors, but in turn, it imposes obligations on the Master of the vessel to report on crew changes before departure and for the operating companies to be responsible for costs involved in the event a crew member jumps ship, thus leaving the crew and relinquishing his visitor's status under the Act.

Conclusion

In my opinion, the applicants fall within the definition of "transportation company" under the *Immigration Act*. While a number of their vessels are primarily engaged in fishing operations, or work incidental to those operations, they do transport the crew on board their vessels. They are required, as are the operators of any other vessel or vehicle transporting persons to Canada, to undertake certain acts in relation to their crews and immigration requirements. The Act and Regulations have specific provisions for dealing with arrangements for crew members on arrival to and departure from Canada, and for the obligations of companies operating the vessels to meet costs that may be incurred to remove persons transported to Canada, whether as crew members or otherwise, if they have no right to remain here under the Act. Thus the Act is broad enough to include operators of vehicles or vessels who arrive in Canada with stow-aways aboard who seek to leave the carrying ship in a Canadian port. The primary purpose of operating the vessel surely has little bearing on the obligations of operators and masters to avoid creating immigration problems for this country when they visit.

The definition does not specify that the vessel be used primarily for transportation of goods or persons

cules ou navires peuvent avoir lorsqu'ils transportent des personnes au Canada. Qui plus est, la *Loi sur l'immigration* comporte des dispositions précises quant aux membres du personnel des navires, en ce qui concerne les documents qui doivent être préparés à leur sujet et leur acceptation à titre de visiteurs, mais, en retour, elle oblige le responsable du navire à faire connaître avant le départ les changements qui sont survenus dans le personnel du navire, et, les compagnies exploitantes sont tenues d'assumer les frais engagés dans le cas où un membre du personnel déserte, abandonnant le personnel du navire et perdant ainsi la qualité de visiteur dont il était titulaire en vertu de la Loi.

Conclusion

À mon avis, les requérantes sont comprises dans la définition de «transporteur» donnée dans la *Loi sur l'immigration*. Bien qu'un bon nombre de leurs navires soient utilisés principalement pour la pêche, ou un travail qui y est lié, les requérantes transportent effectivement les membres de leur personnel à bord de leurs navires. Elles doivent, comme tout exploitant de navire ou de véhicule transportant des personnes au Canada, se plier à certaines formalités relativement à leurs membres du personnel et aux règles de l'immigration. La Loi et le Règlement prévoient explicitement les dispositions qui doivent être prises relativement aux membres du personnel à leur arrivée au Canada et à leur départ du pays, et l'obligation des compagnies exploitant des navires d'assumer les frais qui pourraient éventuellement être engagés pour le renvoi de personnes transportées au Canada, comme membres du personnel ou à un autre titre, si elles n'ont pas le droit de rester au Canada en vertu de la Loi. Par conséquent, la portée de la Loi est suffisamment large pour comprendre les exploitants de véhicules ou de navires qui arrivent au Canada avec des passagers clandestins qui cherchent à quitter le navire les transportant dès leur arrivée dans un port canadien. La raison d'être de l'exploitation d'un navire n'a certainement pas grand-chose à voir avec les obligations des exploitants et des responsables d'éviter de causer des problèmes d'immigration au Canada lorsque leurs navires visitent le pays.

La définition ne précise pas que le navire doive être principalement utilisé pour le transport de mar-

or that it be used for transportation for hire. There is no basis in the Act for suggesting the narrower definition of transportation company proposed by the applicants. Indeed, paragraph (b) of the definition of "transportation company", applicable for purposes of certain sections of the Act, including section 92 which is here the basis for security to be paid, includes persons or groups of persons operating a bridge or tunnel, or a designated airport authority. In my view, Parliament did not intend a narrow definition as the applicants contend. Rather, the general purposes of the Act, the specific arrangements for crew members of foreign vessels and for the obligations of operators of vessels, as well as the practical aspects of administering the Act, all support the broader definition of the term "transportation company" here urged by the respondent. So does the broad scope of obligations of transportation companies set out in Part V of the Act, now including more than a dozen sections, including section 86, imposing liability on transportation companies for removal of members of the crew of their vehicles, or vessels. There is no reason consistent with the purposes of the Act to restrict that section to operators of vessels carrying people or goods for hire.

For these reasons, I find that the applicant Cuban organizations are transportation companies as defined in the Act, as is Pickford & Black as an agent of those companies. They transported persons by vessel to Canada; the request for posting of security under the Act and the assessment of administration fees are valid in accordance with sections 91.1 and 92 of the statute.

The applicants' applications for judicial review are thus dismissed by orders to be filed on the respective files, together with a copy of these reasons.

Following the hearing of this matter, I invited counsel to suggest any question that might be considered for certification pursuant to subsection 83(1) [as

chandises ou de personnes, ou qu'il doit être utilisé pour le transport à titre onéreux. Il n'y a rien dans la Loi qui donne à entendre que la définition de transporteur plus restrictive proposée par les requérantes soit celle qui devrait être adoptée. En fait, une partie de la définition de transporteur qui doit être utilisée pour l'application de certains articles de la Loi, dont l'article 92, qui est le fondement de l'exigence de cautionnement, comprend l'exploitant d'un pont, d'un tunnel ou d'une administration aéroportuaire. À mon avis, le Parlement n'a pas eu l'intention de donner un sens restrictif à la définition, comme le prétendent les requérantes. Au contraire, les fins générales de la Loi, les dispositions précises qui doivent être prises quant aux membres du personnel de navires étrangers, les obligations des exploitants de navires de même que les aspects pratiques de l'application de la Loi donnent tous à entendre qu'il faut attribuer un sens large à la définition de «transporteur», comme le prétend l'intimé. La grande étendue des obligations imposées aux transporteurs dans la partie V de la Loi, qui comprend maintenant plus d'une douzaine d'articles, dont l'article 86, qui tient responsable le transporteur pour le renvoi des membres du personnel de leurs véhicules ou navires appuie aussi cette interprétation. Il n'y a pas de motifs s'accordant aux fins de la Loi qui permette de restreindre l'application de cet article aux exploitants de navires qui transportent des personnes ou des marchandises à titre onéreux.

Pour ces motifs, je conclus que les organismes cubains requérants sont des transporteurs aux termes de la Loi, et qu'il en est de même pour Pickford & Black, le mandataire de ces compagnies. Ils ont transporté des personnes par navire au Canada; la demande de déposer un cautionnement en vertu de la Loi et l'imputation des frais administratifs sont valides conformément aux articles 91.1 et 92 de la Loi.

Les demandes de contrôle judiciaire présentées par les requérantes sont par conséquent rejetées en vertu des ordonnances qui seront respectivement décernées à leur égard et auxquelles seront annexés les présents motifs.

À la suite de l'audition de l'espèce, j'ai demandé aux avocats s'ils désiraient faire certifier, en vertu du paragraphe 83(1) [mod., *idem*, art. 73] de la Loi, une

am. *idem*, s. 73] of the Act for consideration by the Court of Appeal. Counsel for the respondent requested the following question be certified.

Where the owner or operator of a vehicle engaged in fishing operations transports persons or goods into Canada aboard that vehicle, is the owner, operator, or any agent thereof a "transportation company" as defined under section 2(1) of the *Immigration Act*?

In my view, the question is of importance in somewhat more general introductory terms, i.e. "where the owner or operator of a vehicle not used primarily for the purpose of transporting persons or goods, such as a vessel engaged in fishing operations, transports persons or goods into Canada". In these broader terms I agree to certification of the question and that is provided for in the orders issued with these reasons.

question qui pourrait être soumise à la Cour d'appel. L'avocat de l'intimé a demandé que la question suivante soit certifiée.

Lorsque le propriétaire ou l'exploitant d'un véhicule utilisé pour la pêche transporte des personnes ou des marchandises au Canada à bord de ce véhicule, le propriétaire, l'exploitant ou leur mandataire entrent-ils dans la définition de «transporteur» donnée au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*?

À mon avis, la question est importante si elle est posée en des termes plus généraux, soit: «Lorsque le propriétaire ou l'exploitant d'un véhicule qui n'est pas principalement utilisé aux fins du transport de personnes ou de marchandises, comme un navire utilisé pour la pêche, transporte des personnes ou des marchandises au Canada». En ces termes, j'accepte de certifier la question, comme en font foi les ordonnances décernées qu'accompagnent les présents motifs.

A-162-94

Upper Lakes Group Inc., The Canadian Brotherhood of Railway Transport General Workers (Seafarer Section—Local 401), The Canadian Brotherhood of Railway Transport General Workers (Marine Engineers Section—Local 402), The Canadian Merchant Service Guild, La Société du Parc Industriel et Portuaire de Bécancour, and La Société Terminaux portuaires du Québec (Appellants)

v.

National Transportation Agency, Canadian National Railway Company, and ICI Canada Inc. (Respondents)

INDEXED AS: UPPER LAKES GROUP INC. v. CANADA (NATIONAL TRANSPORTATION AGENCY) (C.A.)

Court of Appeal, Isaac C.J., Hugessen J.A. and Chevalier D.J.—Ottawa, April 4 and May 4, 1995.

Transportation — Appeal by leave from National Transportation Agency's decision under National Transportation Act, 1987, s. 113(5) CN's rate for transporting fine crushed salt from Windsor, Ontario to Bécancour, Quebec non-compensatory but neither significantly harming competitor, Upper Lakes Group, nor substantially lessening competition — Whether test used by Agency to determine whether rate tending to substantially lessen competition (whether rate so low as to force other from market) too high — Whether Agency's definition of market too broad — Whether Agency erred in considering effect of loss of fine crushed salt traffic on whole of Upper Lakes' business — Whether Agency erred in failing to consider harm to appellants other than Upper Lakes, intervenors.

Competition — Appeal by leave from National Transportation Agency's decision CN's rate for transporting fine crushed salt non-compensatory, but neither significantly harming competitor nor substantially lessening competition — Interpretation of National Transportation Act, s. 113(5) — Purpose of competition law, particularly predatory pricing — Definition of market — Comparison with Competition Act, s. 50(1)(c) — Whether other appellants, intervenors competitors.

Administrative law — Statutory appeals — Appeal by leave from National Transportation Agency's decision under

A-162-94

Upper Lakes Group Inc., la Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers (section locale 401 — marins), la Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers (section locale 402 — ingénieurs-mécaniciens de marine), la Guilde de la marine marchande du Canada, la Société du parc industriel et portuaire de Bécancour, et La Société Terminaux portuaires du Québec (appelantes)

c.

L'Office national des transports, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, et ICI Canada Inc. (intimés)

RÉPERTORIÉ: UPPER LAKES GROUP INC. c. CANADA (OFFICE NATIONAL DES TRANSPORTS) (C.A.)

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juge Hugessen, J.C.A., et juge suppléant Chevalier—Ottawa, 4 avril et 4 mai 1995.

Transports — Appel sur permission de la décision de l'Office national des transports fondée sur l'art. 113(5) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux selon laquelle le prix imposé par le CN pour le transport du sel fin de Windsor (Ontario) à Bécancour (Québec) n'est pas compensatoire, mais qu'il n'a pas pour effet de nuire notablement à un concurrent, Upper Lakes Group, ni de réduire notablement la concurrence — Le critère utilisé par l'Office pour déterminer si le prix a été conçu pour réduire notablement la concurrence (si le prix est assez bas pour évincer les concurrents du marché) est-il trop élevé? — La définition du marché donnée par l'Office est-elle trop large? — L'Office a-t-il commis une erreur en examinant l'effet de la perte du trafic de sel fin sur l'ensemble du chiffre d'affaires d'Upper Lakes? — L'Office a-t-il commis une erreur en négligeant d'examiner le préjudice causé aux appelantes autres qu'Upper Lakes, et aux intervenantes?

Concurrence — Appel sur permission de la décision de l'Office national des transports en vertu de laquelle le prix du CN pour le transport du sel fin n'est pas compensatoire, mais qu'il n'a pas pour effet de nuire notablement à un concurrent ni de réduire notablement la concurrence — Interprétation de l'art. 113(5) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux — Objet de la Loi sur la concurrence, plus particulièrement sur l'établissement de prix d'éviction — Définition du marché — Comparaison avec l'art. 50(1)(c) de la Loi sur la concurrence — Les autres appelantes et les intervenantes sont-elles des concurrentes.

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Appel sur permission de la décision de l'Office national des transports

National Transportation Act, 1987, s. 113(5)(b) CN's rate to transport fine crushed salt non-compensatory but neither significantly harming competitor nor substantially lessening competition — N.T.A. decisions subject to appeal on questions of law, jurisdiction — Standard of review correctness, tempered by due regard for experience, expertise of senior administrative tribunal in interpretation, application, operation of non-jurisdictional provision of governing statute.

This was an appeal by leave from a decision of the National Transportation Agency. The question of law for determination was whether the Agency's decision was founded on a wrong interpretation of *National Transportation Act, 1987*, subsection 113(5). Canadian Salt Company Ltd. (CSC) ships large quantities of fine crushed salt for chemical processes from Windsor, Ontario to its customer ICI Forest Products (ICI) in Bécancour, Quebec. Since the early 1980s ULS, a marine carrier, had carried the salt by ship during the St. Lawrence seaway navigation season. It had shipped iron ore and minerals back from the lower St. Lawrence to Great Lakes ports (backhaul traffic). CN had transported the salt by rail during the winter months. In 1993 CN negotiated a contract with ICI covering transportation of all of the latter's fine crushed salt requirements for three years. ULS lost all of the business and the accompanying backhaul. ULS complained that CN's rate was non-compensatory contrary to *National Transportation Act, 1987*, subsection 112(2), which requires that every rate be compensatory. Joining in the complaint were three unions representing ULS employees and companies representing the port and stevedoring services in Bécancour. On appeal, interventions were filed by various industry associations and lobby groups. The Agency concluded that the rate was non-compensatory. Subsection 113(5) provides that where the Agency determines that the rate is not compensatory, unless the company establishes to the satisfaction of the Agency that the rate does not have the effect or tendency of substantially lessening competition or significantly harming a competitor and was not designed to have that effect, the Agency shall disallow that rate and require the company to substitute a rate that is compensatory. The Agency held that as the salt traffic was only a small percentage of the ULS total traffic, the rate charged by CN did not significantly harm ULS. It considered the loss of backhaul traffic irrelevant. Furthermore, CN did not design its rates with a view to driving ULS from the market and thereafter raising its rates to a higher than competitive level in order to recoup any losses incurred. As ULS has continued to carry 70% of CSC salt in the form of coarse crushed salt, competition had not been lessened. If CN were to raise its rates above competitive levels, ULS would then be able to recapture the traffic.

fondée sur l'art. 113(5) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux concluant que le prix imposé par le CN pour le transport du sel fin n'est pas compensatoire, mais qu'il n'a pas pour effet de nuire notablement à un concurrent ni de réduire notablement la concurrence — Les décisions de l'O.N.T. peuvent être portées en appel sur des questions de droit et de compétence — La norme de contrôle est celle de la décision correcte, atténuée par la retenue qu'il convient d'exercer à l'égard de l'expérience et du champ d'expertise d'un tribunal administratif supérieur dans l'interprétation et l'application d'une disposition de sa loi habilitante ne portant pas sur l'exercice de sa compétence.

Il s'agit d'un appel interjeté sur permission à l'encontre d'une décision de l'Office national des transports. La question de droit à trancher consiste à savoir si la décision de l'Office se fonde sur une interprétation erronée du paragraphe 113(5) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*. La Société canadienne de sel Limitée (SCS) expédie de Windsor (Ontario) de très grandes quantités de sel fin destiné à des transformations chimiques à sa cliente ICI—Secteur forestier (ICI) à Bécancour (Québec). Depuis le début des années 1980, ULS assurait le transport par voie maritime du sel pendant la saison de navigation de la voie maritime du Saint-Laurent. Elle expédiait en retour du minerai de fer et d'autres minéraux du Bas-Saint-Laurent vers les ports des Grands Lacs (trafic de retour). Le CN transportait le sel par rail pendant les mois d'hiver. En 1993, le CN a négocié un contrat avec ICI portant sur le transport de la totalité du sel fin d'ICI pour une période de trois ans. ULS a donc perdu la totalité de ce trafic et du trafic de retour qui l'accompagnait. ULS a déposé une plainte alléguant que le prix fixé par le CN n'était pas compensatoire, contrairement aux prescriptions du paragraphe 112(2) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, qui exige que tous les prix soient compensatoires. Les trois syndicats représentant les employés d'ULS et des entreprises représentant le port et les services de débardage à Bécancour se sont joints à cette plainte. À l'audition de l'appel, des interventions ont également été déposées par des associations et des groupes de pression de ce secteur d'activités. L'Office a conclu que le prix fixé par le CN n'était pas compensatoire. Le paragraphe 113(5) porte que si l'Office détermine que le prix n'est pas compensatoire, il oblige la compagnie à y substituer un prix compensatoire, sauf si la compagnie le convainc que le prix n'a pas l'effet, immédiat ou éventuel, de réduire notablement la concurrence ou de nuire notablement à un concurrent et n'était pas conçu pour produire un tel effet. L'Office a conclu que le trafic du sel ne représente qu'un faible pourcentage du trafic global d'ULS et donc que le prix imposé par le CN n'a pas nui notablement à ULS. Il a estimé que la perte du trafic de retour d'ULS n'était pas pertinent. En outre, le CN n'a pas conçu ses prix pour le transport du sel en vue d'évincer ULS du marché et, ultérieurement, d'augmenter ses prix à un niveau supérieur à celui de la concurrence afin de recouvrer les pertes subies. ULS continue d'expédier approximativement 70 % du sel de SCS sous forme de gros sel, et donc la concurrence n'a pas été affaiblie. Si, ultérieurement, le CN augmente ses prix au-delà des niveaux concurrentiels, ULS sera alors en mesure de reprendre sa part de marché.

The appellants argued that (1) whether the rate was “so low as to force the other from the market” was too high a test; (2) the Agency’s definition of the market, which included traffic other than that in fine crushed salt between Windsor and Bécancour, was too broad; (3) the Agency erred in its assessment of significant harm by looking at ULS “total traffic” as well as by refusing to consider the loss of “backhaul” traffic; and (4) the Agency erred in failing to consider the harm caused to the appellants other than ULS and to the various intervenors who were suppliers of services to ULS and had also suffered a loss of business resulting from ULS’s loss of traffic.

Held (Isaac C.J. dissenting), the appeal should be dismissed.

Per Hugessen J.A. (Chevalier D.J. concurring): Since the National Transportation Agency is a highly specialized tribunal whose decisions are binding and conclusive on matters of fact but subject to appeal on questions of law or jurisdiction, the standard of review is one of correctness tempered by due regard for the experience and expertise of a senior administrative tribunal in the interpretation, application and operation of a non-jurisdictional provision of its governing statute.

When sections 112 and 113 are read purposively and in context, in the light of their statutory history, of transportation policy as enunciated in the Act and of competition policy as set out in contemporaneous legislation, the Agency’s interpretation is the only correct one. The *National Transportation Act, 1987*, adopted at the same time as the *Competition Act*, places a strong emphasis on competition. The Agency correctly adopted an interpretation of paragraph 113(5)(b) which views its purpose as being consonant with the purpose of competition law in Canada, particularly as relating to predatory pricing. Even if read in isolation, the interpretation of paragraph 113(5)(b) would be the same. Price cutting is, after all, frequently a symptom of vigorous competition rather than otherwise. It is only when low prices form part of a monopolistic strategy that they become anti-competitive.

It was doubtful that the issue of the definition of the market was properly raised. The question of law on appeal was confined to the interpretation of subsection 113(5). The word “market” does not appear in that subsection or in section 112 or elsewhere in section 113. Furthermore, leave could not have been obtained on this question. The definition of market in cases of this sort is a question of fact, not of law. Even assuming the matter to be properly raised, it was without substance. The appellants’ argument was based on references in the N.T.A. decision to traffic other than that in fine crushed salt. The Agency based its finding that CN’s rate had not substantially lessened competition not only on ULS’s “continued presence in the transportation market” but also on its specific finding of fact that if the rates were raised “ULS would be able to

Les appelantes font valoir que (1) l’Office a imposé un critère trop élevé quand il s’est demandé si le prix était «assez bas pour évincer l’autre du marché»; (2) l’Office a défini le marché d’une façon trop large en y englobant des éléments autres que le transport du sel fin entre Windsor et Bécancour; (3) l’Office a commis une erreur dans son évaluation du préjudice notable en tenant compte «du trafic global» d’ULS et en refusant de tenir compte de la perte du trafic de retour; et (4) l’Office a commis une erreur en refusant d’examiner le préjudice causé aux appelantes autres qu’ULS et aux différentes intervenantes qui fournissent des services à ULS et dont le chiffre d’affaires a baissé à cause de la perte de trafic qu’a subie ULS.

Arrêt (le juge en chef Isaac dissident): l’appel doit être rejeté.

Le juge Hugessen, J.C.A. (aux motifs duquel a souscrit le juge suppléant Chevalier): Puisque l’Office national des transports est un tribunal hautement spécialisé dont les décisions, définitives lorsqu’elles portent sur des questions de fait, ne sont susceptibles d’être portées en appel que lorsqu’elles traitent de questions de droit ou de compétence, la norme applicable est celle de la décision correcte atténuée par la retenue qu’il convient d’exercer à l’égard de l’expérience et du champ d’expertise d’un tribunal administratif supérieur dans l’interprétation et l’application d’une disposition de sa loi habilitante ne portant pas sur l’exercice de sa compétence.

Quand les articles 112 et 113 sont lus en fonction de l’objet visé, en tenant compte de l’historique législatif et dans le contexte de la politique des transports énoncée dans la Loi et de la politique relative à la concurrence énoncée dans les lois adoptées à la même époque, l’interprétation que leur a donnée l’Office est la seule interprétation qui soit correcte. La *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, adoptée à la même époque que la *Loi sur la concurrence*, accorde une très grande importance à la concurrence. L’Office a, à bon droit, interprété le paragraphe 113(5) de façon que son objet s’accorde avec celui de la législation canadienne en matière de concurrence, plus particulièrement pour ce qui concerne l’établissement de prix d’éviction. Même pris isolément, les termes du paragraphe 113(5) recevraient la même interprétation. Après tout, le gâchage des prix est souvent le signe d’une concurrence vigoureuse, plutôt que son contraire. C’est uniquement lorsque les bas prix font partie d’une stratégie monopolistique qu’ils deviennent anticoncurrentiels.

L’à-propos de la question concernant la définition du marché est très discutable. La question de droit autorisée en appel est limitée à l’interprétation du paragraphe 113(5). Le mot «marché» n’apparaît nulle part dans ce paragraphe ni ailleurs dans les articles 112 ou 113. Qui plus est, l’autorisation d’appel n’aurait pas pu être obtenue sur cette question. La définition du marché dans des cas semblables à celui en l’espèce est une question de fait et non de droit. Même en supposant que cette question ait été soulevée à bon droit, elle est sans fondement. L’argument des appelantes se fonde sur la référence qui est faite dans la décision de l’O.N.T. au transport des marchandises autres que le sel fin. L’Office a fondé sa conclusion selon laquelle le prix du CN n’a pas réduit notablement la concurrence non seulement sur le fait qu’ULS «est toujours pré-

recapture the traffic presently lost to it". That was with reference to the traffic in fine crushed salt between Windsor and Bécancour. Further, the appellants' attack was based on a wrong reading of the statute. The references in subsection 112(3) and in paragraph 112(4)(c) to the relevant "movement" are part of a specific direction to the Agency as to the method to be used by it in determining the compensatory or non-compensatory character of the rate; they have nothing to do with the definition of the relevant market, a term which is not even employed in the statute. The decision as to how to define the market for the purpose of assessing whether or not competition has been substantially lessened is one which is peculiarly within the expertise and knowledge of the Agency. The statute does not contain any direction or limitation as to the manner in which the Agency is to exercise its judgment in this regard.

The words "substantially lessening competition" in paragraph 113(5)(b) require the Agency to assess a rate in the light of market conditions generally and to determine whether it has the effect or tendency of substantially lessening competition or is designed to have that effect. The second test is whether the rate has the effect or tendency of "significantly harming a competitor". It is the person of the competitor and his business which must be looked at, not merely his share of the particular market concerned. Given the expressed desirability of fostering competition, the statute was not intended to regard every loss of business due to below cost pricing as being significant and requiring regulatory intervention. The Agency properly looked at the effect of the loss of the fine crushed salt traffic on the whole of ULS's business and concluded that it was not significant. The refusal to consider the alleged loss of backhaul traffic as a separate matter was not based on any wrong interpretation of paragraph 113(5)(b). It was consistent with its approach to the question of significant harm generally. Also, since the lost traffic alleged by ULS already included the alleged lost backhaul traffic, it would have been wrong to consider it a second time. These are also matters within the Agency's field of expertise.

The harm envisaged by paragraph 113(5)(b) is harm to a "competitor". None of the other appellants or intervenors were competitors of CN. None was a carrier, or furnished transportation services directly to others.

Per Isaac C.J. (dissenting): Questions of interpretation of the enabling statute are not within the scope of the Agency's expertise. The Court is better qualified to determine issues of interpretation. The standard of review is one of correctness, enlarged by the power given to the Court in subsection 65(3) to draw, in its discretion "all such inferences as are not inconsistent with the facts expressly found by the Agency and are necessary for determining the question of law".

sente sur le marché du transport», mais aussi sur une conclusion de fait précise indiquant que si les tarifs sont augmentés ultérieurement «ULS sera alors en mesure de reprendre sa part de marché». Cette dernière expression fait référence au transport du sel fin entre Windsor et Bécancour. En outre, l'argument des appelantes se fonde sur une mauvaise interprétation de la Loi. Les références contenues au paragraphe 112(3) et à l'alinéa 112(4)c) au «transport» visé font partie d'une directive spécifiquement donnée à l'Office concernant la méthode à utiliser pour déterminer la nature compensatoire ou non compensatoire du prix; ces références n'ont rien à voir avec la définition du marché pertinent qui n'est pas un terme utilisé dans la Loi. La décision portant sur la manière de définir le marché afin d'évaluer si la concurrence a été réduite de façon notable est une décision qui relève particulièrement du champ d'expertise et des connaissances de l'Office. La Loi ne contient aucune directive ou restriction quant à la manière dont l'Office doit exercer son jugement à cet égard.

Les mots utilisés au paragraphe 113(5) sont «réduire notablement la concurrence». Ils obligent l'Office à évaluer le prix à la lumière des conditions générales du marché et à déterminer si ce prix a ou non l'effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence ou s'il a été conçu pour produire un tel effet. Le deuxième critère consiste à savoir si le prix a l'effet immédiat ou éventuel de «nuire notablement à un concurrent». L'accent est placé sur le concurrent et son entreprise, et non pas simplement sur sa part du marché visé. L'objectif visé étant de favoriser la concurrence, il est impossible que la Loi puisse considérer chaque perte d'une activité commerciale attribuable à la fixation de prix inférieurs aux coûts comme une perte importante exigeant l'intervention d'un organisme de réglementation. L'Office n'a pas commis d'erreur en examinant l'incidence de la perte du transport du sel fin au regard du commerce global d'ULS et en concluant que cette perte n'était pas importante. Son refus d'examiner la perte du trafic de retour séparément de la perte du transport du sel fin ne se fonde pas sur une interprétation erronée du paragraphe 113(5). Le refus de l'Office est tout à fait compatible avec la manière générale dont il a traité du préjudice notable. De plus, étant donné que la perte présumée du trafic d'ULS comprenait déjà le trafic de retour, il n'aurait pas été approprié d'en tenir compte une deuxième fois. Il s'agit encore d'une question qui relève tout à fait du champ d'expertise de l'Office.

Le préjudice visé au paragraphe 113(5) est le préjudice causé à un «concurrent». Aucune des autres appelantes ou intervenantes ne peut être considérée à juste titre comme une concurrente du CN. Aucune de ces personnes morales n'est un transporteur au sens de la Loi. Aucune d'entre elles n'offre directement de services de transport à autrui.

Le juge en chef Isaac (*dissident*): Les questions d'interprétation de sa loi habilitante ne font pas partie du champ d'expertise de l'Office. La Cour est mieux qualifiée que l'Office à cet égard. La norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, élargie cependant par le pouvoir conféré au tribunal au paragraphe 65(3) de tirer, à sa discrétion, «toutes conclusions non incompatibles avec les faits formellement établis par l'Office et nécessaires pour décider de la question de droit».

The Agency erred in law in basing its decision as to the relevant market on irrelevant considerations as a result of its incorrect interpretation of the subsection. The words "relevant market" do not appear in subsection 113(5), but the notion is implicit in the references to "competition" and "competitor", which, as creations of the market economy, exist in a market. The Agency was required, as a matter of law, to define the market in order to give full effect to the words "competition" and "competitor". What constitutes the relevant market in a given case is a question of fact. The Agency's reasons gave no indication that it was alive to the distinction between questions of law and of fact. This led to confusion about what must be considered and the criteria to be used in defining the relevant market for the purposes of subsection 113(5). The only relevant market on which evidence was led was the movement of traffic in fine crushed salt from Windsor to Bécancour. That was the only field of rivalry between CN and ULS. The Agency therefore erred in construing subsection 113(5) by considering other product markets in deciding whether the non-compensatory rate had the effect or tendency of substantially lessening competition.

After defining the relevant market, both in law and in fact, the Agency was required to ask whether CN had shown on a balance of probabilities that the non-compensatory rate did not have the effect or tendency of substantially lessening competition in that market. It did not do so. It asked instead whether the non-compensatory rate had the tendency or effect of eliminating a competitor from the market and answered that it did not.

The Agency's reasons were devoid of any analysis as to whether the appellants other than ULS were competitors and, if so, whether the harm to them should be considered in its analysis of harm to a competitor. On a proper definition of the relevant market, the Agency might well have decided, on the evidence, that all the appellants were competitors and that the harm to them should be considered.

Since backhaul traffic in iron ore was an integral part of the fronthaul traffic in fine crushed salt, the backhaul traffic was relevant. The Agency committed reviewable error by refusing to consider relevant evidence in its assessment of the extent of the harm suffered by ULS.

The conclusion that the non-compensatory rate did not significantly harm ULS was also based on an incorrect definition of the relevant market. By including in its analysis evidence of traffic in a different product and in a different geographical market, the Agency based its conclusion on irrelevant considerations and thus erred in law.

L'Office a commis une erreur de droit en fondant sa décision relative au marché pertinent sur des éléments non pertinents à cause d'une interprétation inexacte du paragraphe visé. Les mots «marché pertinent» ne figurent pas au paragraphe 113(5) de la Loi, mais la notion est implicite dans les références aux mots «concurrence» et «concurrent» puisque, en tant qu'éléments d'une économie de marché, ces notions ne peuvent exister que dans un marché. L'Office devait également définir le terme marché afin de donner leur plein effet aux mots «concurrence» et «concurrent». Ce qu'est un marché pertinent dans un cas donné est une question de fait. Dans ses motifs, l'Office ne fournit aucun indice qui permette de croire qu'il a tenu compte de cette distinction entre les questions de droit et de fait. D'où la confusion qui en a résulté relativement aux éléments à examiner et aux critères à utiliser pour définir le marché pertinent pour les fins du paragraphe 113(5). Le transport du sel fin de Windsor à Bécancour est le seul marché pertinent dont la preuve fasse mention. C'était le seul point de rivalité entre le CN et ULS. L'Office a donc commis une erreur quand, dans son interprétation du paragraphe 113(5), il a examiné d'autres marchés de produits pour décider si le prix non compensatoire avait l'effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence.

Après avoir défini le marché pertinent, du point de vue du droit comme du point de vue des faits, l'Office devait se demander si le CN avait démontré, selon la prépondérance des probabilités, que le prix non compensatoire n'avait pas pour effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence sur ce marché. L'Office ne s'est pas posé cette question. Il s'est plutôt demandé si le prix non compensatoire avait l'effet immédiat ou éventuel d'éliminer un concurrent du marché et il a répondu que tel n'était pas le cas.

Les motifs de l'Office ne font état d'aucune analyse qui lui aurait permis de déterminer si les appelantes autres qu'ULS étaient en concurrence et, si tel était le cas, si le préjudice qui leur a été causé devait être pris en compte dans son analyse du préjudice causé à un concurrent. S'il avait utilisé la définition appropriée du marché pertinent, l'Office aurait bien pu décider, à partir de la preuve, que toutes les appelantes étaient en concurrence avec le CN et que le préjudice qui leur a été causé devait être pris en compte.

Étant donné que le transport du minerai de fer au retour faisait partie intégrante du trafic du sel fin à l'aller, le trafic de retour était pertinent. L'Office a commis une erreur susceptible de révision en refusant de considérer une preuve pertinente dans son évaluation de la gravité du préjudice subi par ULS.

La conclusion de l'Office selon laquelle le prix non compensatoire exigé par le CN «n'a pas nui notablement à ULS» se fonde sur une définition erronée du marché pertinent. En incluant dans son analyse des éléments de preuve relatifs au trafic d'un produit différent sur un marché géographique différent, l'Office a fondé sa conclusion sur des considérations non pertinentes et il a donc commis une erreur de droit.

STATUTES JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
- Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (as am. by S.C. 1986, c. 26, s. 19), ss. 32(1)(c) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 14), 34(1)(c) (as am. *idem*, s. 16).
- Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 1.1 (as enacted *idem*), 50(1)(c).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1312.
- Motor Vehicle Transport Act, 1987*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 29.
- National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, ss. 3 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 33), 37(3), 65(1)(3), 110 "confidential contract", "traffic", 112, 113.
- Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 285 (rep. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 333), 286 (rep. *idem*).
- Shipping Conferences Exemption Act, 1987*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 17.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; [1994] 7 W.W.R. 1; (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 145; 4 C.C.L.S. 117; *Queen, The v. J. W. Mills & Son Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex. C.R. 275; affd (1968), 56 C.P.R. 1; *Mills (J. W.) & Son Ltd. et al. v. The Queen*, [1971] S.C.R. 63; (1970), 14 D.L.R. (3d) 464; 1 C.C.C. (2d) 420; 64 C.P.R. 7; *R. v. Hoffmann-La Roche Limited* (1980), 28 O.R. (2d) 164; 109 D.L.R. (3d) 5; 53 C.C.C. (2d) 1; 48 C.P.R. (2d) 145; 14 C.R. (3d) 289 (H.C.); affd (1981), 33 O.R. (2d) 694; 125 D.L.R. (3d) 607; 15 B.L.R. 217; 62 C.C.C. (2d) 118; 58 C.P.R. (2d) 1; 24 C.R. (3d) 193 (C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (National Transportation Agency)*, [1992] 3 F.C. 145; (1992), 144 N.R. 235 (C.A.).

CONSIDERED:

- United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Queensland Co-operative Milling Association Ltd., Re; Re Defiance Holdings Ltd.* (1976), 25 F.L.R. 169 (Aust. Trade Pract. Trib.); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *R. v. Consumers Glass Company Ltd. and*

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.
- Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 3 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 33), 37(3), 65(1)(3), 110 «contrat confidentiel», «transport» ou «trafic», 112, 113.
- Loi de 1987 sur les transports routiers*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 29.
- Loi dérogatoire de 1987 sur les conférences maritimes*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 17.
- Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (mod. par S.C. 1986, ch. 26, art. 19), art. 32(1)c) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 76, art. 14), 34(1)c) (mod., *idem*, art. 16).
- Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), art. 1.1 (édicte, *idem*), 50(1)c).
- Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 285 (abrogé par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 333), 286 (abrogé, *idem*).
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 1312.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; [1994] 7 W.W.R. 1; (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 145; 4 C.C.L.S. 117; *Queen, The v. J. W. Mills & Son Ltd. et al.*, [1968] 2 R.C.É. 275; conf. par (1968), 56 C.P.R. 1; *Mills (J.W.) & Son Ltd. et autres c. La Reine*, [1971] R.C.S. 63; (1970), 14 D.L.R. (3d) 464; 1 C.C.C. (2d) 420; 64 C.P.R. 7; *R. v. Hoffmann-La Roche Limited* (1980), 28 O.R. (2d) 164; 109 D.L.R. (3d) 5; 53 C.C.C. (2d) 1; 48 C.P.R. (2d) 145; 14 C.R. (3d) 289 (H.C.); conf. par (1981), 33 O.R. (2d) 694; 125 D.L.R. (3d) 607; 15 B.L.R. 217; 62 C.C.C. (2d) 118; 58 C.P.R. (2d) 1; 24 C.R. (3d) 193 (C.A.); *Canadien Pacifique Ltée. c. Canada (Office national des transports)*, [1992] 3 C.F. 145; (1992) 144 N.R. 235 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

- Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Queensland Co-operative Milling Association Ltd., Re; Re Defiance Holdings Ltd.* (1976), 25 F.L.R. 169 (Aust. Trade Pract. Trib.); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *R. v. Consumers Glass Company Ltd. and*

Portion Packaging (1981), 33 O.R. (2d) 228; 124 D.L.R. (3d) 274; 14 B.L.R. 172; 60 C.C.C. (2d) 481 (H.C.).

REFERRED TO:

Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board), [1995] 1 S.C.R. 157; (1995), 121 D.L.R. (4th) 385; 177 N.R. 1; *Canadian National Railway Co. v. Handyside et al.* (1994), 170 N.R. 353 (F.C.A.); *In the matter of a complaint made by Atlantic Container Express Inc. dated July 6, 1989 that the Canadian National Railway Company is charging certain rates to Newfoundland destinations not consistent with the Terms of Union and National Transportation Agency Decision No. 266-R-1991 dated May 22, 1991*, No. 254-R-1992, decision dated 6/5/92, N.T.A.

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Transport. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 35 (13 April 1987).

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Transport and Communications. *Proceedings*, Issue No. 16 (13 July 1987).

Crampton, Paul S. *Mergers and the Competition Act*. Toronto: Carswell, 1990.

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Lexenomics Inc. *The Competition Act and Federal Economic Regulation of the Transportation Sector: A Comparative Assessment*, Final Draft. Ottawa: Fraser & Beatty, 1992.

National Transportation Act Review Commission. *Competition in Transportation: Policy and Legislation in Review*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1993.

Nozick, Robert S. *The 1995 Annotated Competition Act*, 1995 Edition prepared by Peter Monastyrskyj. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

APPEAL from National Transportation Agency's decision that although CN's rate for transporting fine crushed salt was non-compensatory, it neither significantly harmed ULS, a competitor, nor substantially lessened competition. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Richard J. Lande and *A. Pretto* for appellants.

Serge Cantin, Q.C. for respondent Canadian National Railway Company.

Brian A. Crane for respondent ICI Canada Inc.

Richard Makuch for respondent National Transportation Agency.

Portion Packaging (1981), 33 O.R. (2d) 228; 124 D.L.R. (3d) 274; 14 B.L.R. 172; 60 C.C.C. (2d) 481 (H.C.).

DÉCISIONS CITÉES:

Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail), [1995] 1 R.C.S. 157; (1995), 121 D.L.R. (4th) 385; 177 N.R. 1; *Cie des chemins de fer nationaux c. Handyside et autres* (1994), 170 N.R. 353 (C.A.F.); *Relative à une plainte déposée par Atlantic Container Express Inc., le 6 juillet 1989, selon laquelle certains prix exigés par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada pour le transport vers Terre-Neuve seraient non conformes aux Conditions d'adhésion et à la décision n° 266-R-1991 de l'Office national des transports en date du 22 mai 1991*, n° 254-R-1992, décision en date du 6/5/92, O.N.T.

DOCTRINE

Canada. Chambre des communes. Comité permanent des Transports. *Procès-verbaux et témoignages*, Fascicule n° 35 (le 13 avril 1987).

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Transports et des communications. *Délibérations*, Fascicule n° 16 (le 13 juillet 1987).

Commission d'examen de la Loi sur les transports nationaux, *La concurrence dans les transports: regard sur la politique et la législation*, vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services du Canada, 1993.

Crampton, Paul S. *Mergers and the Competition Act*. Toronto: Carswell, 1990.

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Lexenomics Inc. *The Competition Act and Federal Economic Regulation of the Transportation Sector: A Comparative Assessment*, Final Draft. Ottawa: Fraser & Beatty, 1992.

Nozick, Robert S. *The 1995 Annotated Competition Act*, 1995 Edition prepared by Peter Monastyrskyj. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

APPEL d'une décision de l'Office national des transports concluant que même si le prix imposé par le CN pour le transport du sel fin n'était pas compensatoire, il n'a pas eu pour effet de nuire notablement à ULS, une concurrente, ni de réduire notablement la concurrence. Appel rejeté.

AVOCATS:

Richard J. Lande et *A. Pretto* pour les appelantes.

Serge Cantin, c.r. pour l'intimée Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

Brian A. Crane pour l'intimée ICI Canada Inc.

Richard Makuch pour l'intimé Office national des transports.

Norman B. Willans for intervenor St. Lawrence Seaway Authority.

Dennis Johnson for intervenor International Association of Great Lakes Ports.

Jacques A. Laurin for intervenors Chamber of Maritime Commerce and Canadian Shipowners Association. ^a

No one appearing for the Attorney General of Canada.

No one appearing for the Windsor Harbour Commission. ^b

SOLICITORS:

Lande & Associates, Westmount, Quebec, for appellants. ^c

Canadian National Railway Company Legal Services, Montréal, for respondent Canadian National Railway Company. ^d

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for respondent ICI Canada Inc.

National Transportation Agency Legal Services, Ottawa, for respondent National Transportation Agency. ^e

Norman B. Willans, Ottawa, for intervenor St. Lawrence Seaway Authority.

Thunder Bay Harbour Commission Legal Services, Thunder Bay, Ontario, for intervenor International Association of Great Lakes Ports. ^f

Legault, Longtin, Laurin, Halpin, Montréal, for intervenors Chamber of Maritime Commerce and Canadian Shipowners Association. ^g

Deputy Attorney General of Canada for the Attorney General of Canada.

David S. H. Cree, Windsor, Ontario for the Windsor Harbour Commission. ^h

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ISAAC C.J. (*dissenting*): I have had the privilege of reading in draft the reasons of Mr. Justice Hugessen for dismissing this appeal. I accept as accurate the facts and the reasons of the National Transportation Agency (hereinafter the Agency) as he has stated them. I would, however, add the following facts: first, there was evidence that fine crushed salt is used by the respondent ICI Canada Inc. (hereinafter ICI) to

Norman B. Willans pour l'intervenante Administration de la voie maritime du St-Laurent.

Dennis Johnson pour l'intervenante International Association of Great Lakes Ports.

Jacques A. Laurin pour les intervenantes Chambre de commerce maritime et Association des armateurs canadiens.

Nul n'a comparu pour le Procureur général du Canada.

Nul n'a comparu pour la Commission du port de Windsor.

PROCUREURS:

Lande & Associates, Westmount (Québec), pour les appelantes.

Service juridique de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Montréal, pour l'intimée Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour l'intimée ICI Canada Inc.

Service juridique de l'Office national des transports, Ottawa, pour l'intimé Office national des transports.

Norman B. Willans, Ottawa, pour l'intervenante Administration de la voie maritime du Saint-Laurent.

Service juridique de la Commission du port de Thunder Bay, Ontario, pour l'intervenante International Association of Great Lakes Ports.

Legault Longtin Laurin Halpin, Montréal, pour les intervenantes Chambre de commerce maritime et Association des armateurs canadiens.

Le sous-procureur général du Canada, pour le Procureur général du Canada.

David S. H. Cree, Windsor (Ontario), pour la Commission du port de Windsor.

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

LE JUGE EN CHEF ISAAC (*dissentant*): J'ai eu le privilège de lire la version préliminaire des motifs du juge Hugessen rejetant le présent appel. Je reconnais l'exactitude des faits et des motifs avancés par l'Office national des transports (ci-après l'Office), tel qu'il les a exprimés. Toutefois, j'aimerais ajouter les faits suivants: tout d'abord, il y avait des éléments de preuve démontrant que le sel fin est utilisé par l'inti-

produce chlorine, caustic soda and derivative compounds used in the bleaching of paper products and that this salt is different from table salt, used for seasoning food and from coarse crushed salt, used for de-icing roads; secondly, there was evidence that the appellant Upper Lakes Group Inc. (hereinafter ULS) had specially adapted re-claimer type vessels to carry the traffic in fine crushed salt; thirdly, there was evidence that as a direct consequence of the loss of the traffic in fine crushed salt, the appellant ULS also lost the backhaul traffic in iron ore and, as a result, at least one of those vessels had been “moth-balled”; and, fourthly, there was no evidence to support the Agency’s conclusion that the appellant ULS would be able to bid for the traffic in fine crushed salt if at a future time the respondent Canadian National Railway Company (hereinafter CN) increased its price for the same traffic. I also agree that no special reasons have been shown to justify an award of costs. I am, however, in respectful disagreement with his proposed disposition of the appeal and with his analytical approach to the issues which it raises.

The appeal comes here by leave granted solely on the following question of law:

Is the decision of the Agency founded on a wrong interpretation of subsection 113(5) of the *National Transportation Act, 1987*?

The appeal raises important issues concerning the proper interpretation of the anti-competitive pricing provisions of the *National Transportation Act, 1987*¹ (hereinafter the Act) and the impact of that interpretation on the proper administration of national transportation policy.

I. Standard of Review

Like Mr. Justice Hugessen, I consider it important to decide at the outset what the standard of review in this appeal should be. Although he has reproduced subsection 65(1) of the Act, which gives the condi-

¹ R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28.

mée ICI Canada Inc. (ci-après ICI) dans le but de produire du chlore, de la soude caustique et des composés dérivés utilisés dans le blanchiment des produits du papier, sel qui est différent du sel de table servant à assaisonner les aliments, et du gros sel utilisé pour déglacer les routes; deuxièmement, il y avait des éléments de preuve indiquant que l’appelante Upper Lakes Group Inc. (ci-après ULS) avait spécialement adapté des navires autochargeurs pour transporter le sel fin; troisièmement, il y avait des éléments de preuve tendant à établir que la perte du transport du sel fin a eu pour conséquence directe de faire perdre à l’appelante ULS le transport de minerai de fer au retour, l’obligeant à retirer du service au moins un de ses navires; et quatrièmement, il n’y avait pas d’élément de preuve pour appuyer la conclusion de l’Office selon laquelle l’appelante ULS serait en mesure de présenter une soumission pour le transport du sel fin si l’intimée Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (ci-après le CN) décidait à une date ultérieure d’augmenter ses prix pour le transport de ces mêmes marchandises. Je conviens également qu’aucune raison spéciale n’a été établie pour justifier l’adjudication des dépens. Toutefois, avec égards, je ne peux souscrire au dispositif proposé par le juge Hugessen ni accepter son analyse des questions soulevées en l’espèce.

L’autorisation d’appel a été accordée uniquement sur le point de droit suivant:

[TRADUCTION] La décision de l’Office se fonde-t-elle sur une interprétation erronée du paragraphe 113(5) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*?

L’appel soulève des questions importantes concernant l’interprétation qu’il convient de donner aux dispositions de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*¹ (ci-après la Loi), relatives aux prix anticoncurrentiels, et l’incidence de cette interprétation sur la bonne administration de la politique nationale des transports.

i I. La norme de contrôle

Comme le juge Hugessen, j’estime qu’il importe avant toute chose d’énoncer la norme de contrôle applicable en l’espèce. Bien qu’il ait cité le paragraphe 65(1) de la Loi, qui accorde un droit condi-

¹ L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28.

tional right of appeal, I reproduce that subsection here for convenience and add to it subsection 65(3), which is also relevant in deciding what that standard should be:

65. (1) An appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave therefor being obtained from that Court on application made within one month after the date of the decision, order, rule or regulation sought to be appealed from or within such further time as a judge of that Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Agency, and on hearing such of them as appear and desire to be heard.

(3) An appeal shall be heard as speedily as practicable and, on the hearing of the appeal, the Court may draw all such inferences as are not inconsistent with the facts expressly found by the Agency and are necessary for determining the question of law or jurisdiction, as the case may be.

It is useful to note here that the Act does provide in subsection 37(3) a finality clause on questions of fact in the following terms:

37. . . .

(3) The finding or determination of the Agency on any question of fact within its jurisdiction is binding and conclusive.

I agree that the standard of review in statutory appeals has been laid down in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722 and *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, where Iacobucci J., for the Court, echoing what was said by Gonthier J. in *Bell Canada, supra*, stated at page 591:

Consequently, even where there is no privative clause and where there is a statutory right of appeal, the concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters which fall squarely within the tribunal's expertise.

However, in considering this standard, it is important to keep in mind the following observations of Sopinka J., for the majority, in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at page 335:

tionnel d'appel, je reprends ce paragraphe ci-dessous pour faciliter la consultation et j'y ajoute le paragraphe 65(3), également utile pour déterminer la norme de contrôle applicable:

65. (1) Tout acte—décision, arrêté, règle ou règlement—de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence avec l'autorisation de la cour sur demande présentée dans le mois suivant la date de l'acte ou dans le délai supérieur accordé par un juge de la cour en des circonstances spéciales, après notification aux parties et à l'Office et audition de ceux d'entre eux qui comparaisent et désirent être entendus.

(3) L'appel est mené aussi rapidement que possible; la cour peut l'entendre en tirant toutes conclusions non incompatibles avec les faits formellement établis par l'Office et nécessaires pour décider de la question de droit ou de compétence, selon le cas.

Il est utile de préciser ici que la Loi énonce clairement le caractère définitif des décisions portant sur des questions de fait au paragraphe 37(3):

37. . . .

(3) La décision de l'Office sur une question de fait relevant de sa compétence est définitive.

Je conviens que la norme de contrôle applicable aux appels prévus par la loi a été énoncée dans les arrêts *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722 et *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, dans lequel le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour et reprenant les propos du juge Gonthier dans l'arrêt *Bell Canada*, précité, affirme ceci à la page 591:

Par conséquent, même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel, le concept de la spécialisation des fonctions exige des cours de justice qu'elles fassent preuve de retenue envers l'opinion du tribunal spécialisé sur des questions qui relèvent directement de son champ d'expertise.

Toutefois, en examinant cette norme de contrôle, il importe de garder à l'esprit les observations suivantes du juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, dans l'arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la page 335:

On the other side of the coin, a lack of relative expertise on the part of the tribunal *vis-à-vis* the particular issue before it as compared with the reviewing court is a ground for a refusal of deference.

Whatever expertise the Agency might have in the formulation and administration of the national transportation policy as expressed in section 3 [as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 33] of the Act, I do not regard questions of interpretation of its enabling statute as being comprehended within its scope. What was said by Gonthier J. in *Bell Canada*, *supra*, at page 1747 is applicable here, *mutatis mutandis*, with equal force:

Except as regards the choice, amongst remedies available to the appellant, of the most appropriate remedy to achieve the goal of just and reasonable rates throughout the interim period, the decision impugned by the respondent is not a decision which falls within the appellant's area of special expertise and is therefore pursuant to s. 68(1) subject to review in accordance with the principles governing appeals. Indeed, the appellant was not created for the purpose of interpreting the Railway Act or the National Transportation Act but rather to ensure, amongst other duties, that telephone rates are always just and reasonable. [Emphasis added.]

On issues of interpretation, I am of the opinion that this Court is better qualified for the purpose. I am, therefore, unable to agree that the standard of review "is one of correctness tempered by due regard for the experience and expertise of a senior administrative tribunal in the interpretation, application and operation of a non-jurisdictional provision of its governing statute".

It is my view that on the question of law propounded in the order granting leave to appeal, the standard of review is one of correctness, enlarged however, by the power given to the Court in subsection 65(3) to draw, in its discretion, "all such inferences as are not inconsistent with the facts expressly found by the Agency and are necessary for determining the question of law".

II. Reasons of the Agency

In responding to the appellants' complaint, the Agency conducted a two-stage analysis. In the first stage, the Agency reviewed the confidential contract together with other relevant material supplied by the respondent CN to determine the actual variable costs associated with CN's total traffic, in all commodities,

Par contre, lorsque, comparativement au tribunal d'examen, le tribunal administratif manque d'expertise relative en ce qui concerne la question dont il a été saisi, cela justifie de ne pas faire preuve de retenue.

Quelle que soit l'expertise de l'Office dans la formulation et l'application de la politique nationale des transports, énoncée à l'article 3 [mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 33] de la Loi, je ne crois pas que les questions d'interprétation de sa loi habilitante fassent partie de son champ d'expertise. Les propos qu'exprimait le juge Gonthier dans l'arrêt *Bell Canada*, précité, à la page 1747, s'appliquent, *mutatis mutandis*, avec autant de force en l'espèce:

Hormis le choix du redressement le plus approprié parmi ceux dont disposait l'appelant pour fixer des tarifs justes et raisonnables au cours de la période provisoire, la décision contestée par l'intimée ne relève pas du champ d'expertise particulier de l'appelant et est donc, conformément au par. 68(1), susceptible de contrôle selon les principes qui régissent les appels. En effet, l'appelant a été créé non pas dans le but d'interpréter la Loi sur les chemins de fer ou la Loi sur les transports nationaux, mais plutôt pour assurer, notamment, que les tarifs de téléphone soient toujours justes et raisonnables. [Non souligné dans l'original.]

Je suis d'avis que la Cour est mieux qualifiée que l'Office pour traiter des questions d'interprétation. Je ne peux donc accepter que la norme de contrôle «soit la norme de la décision correcte tenant dûment compte de l'expérience et du champ d'expertise du tribunal administratif supérieur dans l'interprétation et l'application d'une disposition de sa loi habilitante ne portant pas sur sa compétence».

À mon avis, la norme de contrôle applicable à la question de droit énoncée dans l'ordonnance autorisant l'appel est celle de la décision correcte, élargie cependant par le pouvoir conféré au tribunal au paragraphe 65(3) de tirer, à sa discrétion, «toutes conclusions non incompatibles avec les faits formellement établis par l'Office et nécessaires pour décider de la question de droit».

II. Les motifs de l'Office

La réponse de l'Office à la plainte des appelantes se présente sous la forme d'une analyse en deux parties. En premier lieu, l'Office a examiné le contrat confidentiel de même que tous les autres documents pertinents fournis par l'intimé CN afin de déterminer les coûts variables réels associés au trafic global du

from Windsor, Ontario to Bécancour, Quebec. It determined that the variable cost methodology was representative of the movement of the traffic and applied it in order to ascertain the proportion of those costs that were attributable to the movement of fine crushed salt. The Agency concluded its first-stage analysis as follows:²

Using this method, the results indicate that the variable costs for the movement of this particular traffic are higher than the CN confidential contract rate, thereby making the rate non-compensatory.

Having concluded that the rate in the confidential contract was non-compensatory, the Agency then, in the second stage of the analysis, purported to follow the directions given in subsection 113(5) which requires CN to satisfy the Agency on a balance of probabilities that the non-compensatory rate does not have the effect or tendency of

- a) substantially lessening competition, or
- b) significantly harming a competitor, and was not designed to have that effect.

The Agency failed to consider whether the appellants other than ULS were competitors of CN and rejected a submission by CN that ULS and CN were not competitors, concluding that "when two rival concerns strive to secure as much business as possible by making concessions with respect to price and service, these two concerns are indeed competitors."³ I pause here to make two observations: first, the only evidence before the Agency that CN and ULS were rivals and had made concessions as to price and service in order to secure as much business as possible was evidence relating to the rivalry between these two firms for the movement of traffic in fine crushed salt from Windsor to Bécancour; and, secondly, implicit in the finding that ULS and CN were competitors is the notion that both firms were in the same market, i.e., there was a common field of rivalry between the firms in which the substitutability of the supply of their services is a function of price. See *Queensland Co-operative Milling Association Ltd., Re; Re Defiance Holdings Ltd.* (1976), 25 F.L.R. 169 (Aust. Trade Pract. Trib.) at page 190:

² Reasons, Appeal Book, vol. I, at p. 15.

³ *Ibid.*, at p. 16.

CN, toutes marchandises confondues, de Windsor (Ontario) à Bécancour (Québec). Il a conclu que la méthode des coûts variables était représentative du transport visé et il a appliqué cette méthode pour calculer la proportion des coûts attribuable au transport du sel fin. À la fin de la première partie de son analyse, l'Office conclut de la façon suivante²:

[TRADUCTION] À partir de cette méthode, les résultats indiquent que les coûts variables de ce transport particulier sont supérieurs au prix indiqué dans le contrat confidentiel du CN et donc que ce prix n'est pas compensatoire.

Ayant conclu que le prix indiqué dans le contrat confidentiel n'était pas compensatoire, l'Office s'est efforcé, au cours de la deuxième étape de son analyse, de suivre les directives énoncées au paragraphe 113(5) qui exige que le CN établisse à la satisfaction de l'Office, selon la prépondérance des probabilités, que le prix non compensatoire, n'a pas l'effet, immédiat ou éventuel,

- a) de réduire notablement la concurrence, ou
- b) de nuire notablement à un concurrent, et qu'il n'était pas conçu pour produire un tel effet.

L'Office ne s'est pas demandé si les appelantes autres qu'ULS étaient en concurrence avec le CN et a rejeté un argument présenté par le CN selon lequel ULS et le CN n'étaient pas des concurrents, en concluant ainsi: [TRADUCTION] «lorsque deux entreprises rivales s'efforcent d'aller chercher le plus grand nombre possible de contrats en faisant des concessions au niveau du prix et du service, ces deux entreprises sont véritablement en concurrence»³. Deux observations s'imposent ici: premièrement, le seul élément de preuve dont disposait l'Office pour conclure que le CN et ULS étaient des entreprises rivales et avaient fait des concessions au niveau du prix et du service afin d'aller chercher le plus grand nombre possible de contrats portait sur la rivalité entre ces deux entreprises pour le transport du sel fin de Windsor à Bécancour; deuxièmement, la conclusion selon laquelle ULS et CN étaient en concurrence implique que les deux entreprises étaient présentes sur le même marché, c'est-à-dire qu'il y avait un terrain de rivalité commun à ces entreprises où l'interchangeabilité de leurs services était une question de prix. Voir

² Motifs, dossier d'appel, vol. I, à la p. 15.

³ *Ibid.*, à la p. 16.

We take the concept of a market to be basically a very simple idea. A market is the area of close competition between firms or, putting it a little differently, the field of rivalry between them. (If there is no close competition there is of course a monopolistic market.) Within the bounds of a market there is substitution — substitution between one product and another, and between one source of supply and another, in response to changing prices. So a market is the field of actual and potential transactions between buyers and sellers amongst whom there can be strong substitution, at least in the long run, if given a sufficient price incentive.

Having determined that ULS and CN were competitors, the Agency postulated that: “The question, however, is whether one of these companies designed a rate that was so low as to force the other from the market.”⁴

The Agency then proceeded to examine statistics cited by the appellant ULS to the effect that it had lost to CN 100% of the traffic in fine crushed salt and that this loss represented 30% of its total traffic in salt. The Agency also considered an allegation by CN that it had only 16% of the combined rail and marine traffic for salt and that the traffic which ULS lost was only 1% of the total ULS traffic. Based on these statistics, the Agency concluded that “CN has established to its satisfaction that the rate charged by CN did not significantly harm ULS”⁵ and refused to consider the appellants’ arguments that the loss of backhaul traffic by ULS should be taken into account in assessing whether ULS had been harmed significantly by the non-compensatory rate.

The Agency concluded its analysis as follows: first, it said that, based upon a review of the evidence, “CN did not design its rates for the movement of salt from Windsor to Bécancour with a view to driving ULS from the market and thereafter raising its rates to a higher-than-competitive level in order to recoup

à cet effet l’arrêt *Queensland Co-operative Milling Association Ltd., Re; Re Defiance Holdings Ltd.* (1976), 25 F.L.R. 169 (tribunal australien des pratiques en matière de commerce), à la page 190:

^a [TRADUCTION] À notre avis, le concept de marché est une notion fondamentalement simple. Il s’agit en fait d’un champ d’activité à l’intérieur duquel des entreprises se font une concurrence serrée ou, autrement dit, c’est le terrain de rivalité qui existe entre elles. (S’il n’y a pas de concurrence sérieuse, il y a bien entendu un marché monopolistique.) À l’intérieur de ce marché, il y a substitution—substitution de produits ou de sources d’approvisionnement—selon la fluctuation des prix. Ainsi donc, le marché est l’ensemble des opérations réelles et potentielles entre acheteurs et vendeurs soumis à un jeu serré de substitution, du moins à long terme, si les réductions de prix qu’ils accordent sont suffisantes.

^d Ayant conclu qu’ULS et le CN étaient des concurrents, l’Office a posé le principe suivant: [TRADUCTION] «La question, toutefois, est de savoir si l’une de ces entreprises a conçu un prix assez bas pour évincer l’autre du marché.»⁴

^e L’Office s’est ensuite penché sur les statistiques citées par l’appelante ULS selon lesquelles elle avait perdu la totalité de son trafic de sel fin au profit du CN et que cette perte représentait 30 pour cent de son trafic global de sel. L’Office a également analysé l’allégation du CN selon laquelle cette entreprise n’effectuait que 16 pour cent du transport combiné du sel par rail et par mer et que la perte subie par ULS ne représentait que un pour cent de son trafic global. À partir de ces statistiques, l’Office a conclu que [TRADUCTION] «le CN l’avait convaincu que le prix qu’il avait fixé n’avait pas nui notablement à ULS»⁵ et a refusé d’examiner les arguments des appelantes selon lesquels la perte du trafic de retour par ULS devait être prise en compte dans l’évaluation du préjudice notable causé à ULS du fait du prix non compensatoire.

ⁱ L’Office a conclu son analyse de la façon suivante: tout d’abord, en se fondant sur son examen de la preuve, il affirme que [TRADUCTION] «le CN n’a pas conçu ses prix pour le transport du sel de Windsor à Bécancour en vue d’évincer ULS du marché et, ultérieurement, augmenter ses prix à un niveau supérieur

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

any losses incurred.”⁶ As evidence of this, presumably, the Agency stated that ULS continues to ship approximately 70% of the Canadian Salt Company Limited (hereinafter CSC) salt in the form of coarse crushed salt (a different product from that which is in issue here). Secondly, the Agency declared that competition has not been lessened because ULS has a continued presence in the transportation market (a different market from that to which the complaint related). Thirdly, without any supporting evidence, and in my view, contrary to the evidence, the Agency further declared that, “Should CN at any time raise its rates above competitive levels, ULS would then be able to recapture the traffic presently lost to it.”⁷ Fourthly, without any supporting evidence whatsoever, the Agency speculated:⁸

[I]f ICI were faced with a higher-than-competitive rate, it could negotiate for the most market-sensitive rate among all modes during the next round of contract negotiations, and ULS would again have a chance to regain the traffic. The existence of such competition in the marketplace would preclude CN from raising its rates above competitive levels in the future.

This analysis led the Agency to conclude “that CN did not intentionally design the rate to have the effect or the tendency of substantially lessening competition or significantly harming a competitor”⁹ and it refused to disallow the non-compensatory rate.

III. Contentions of the Parties

The appellants contend that the Agency erred in three respects:

(i) it used the wrong market in its analysis; more specifically, it erred in concluding that the relevant traffic to consider in deciding whether the non-compensatory rate had the effect or tendency of substantially lessening competition or of significantly harming a competitor was the ULS total traffic (all commodities included) or the global traffic in salt

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

à celui de la concurrence afin de recouvrer les pertes subies»⁶. Comme preuve de cette affirmation, je présume, l’Office indique qu’ULS continue d’expédier approximativement 70 pour cent du sel de la Société canadienne de sel Limitée (ci-après la SCS) sous forme de gros sel (produit différent de celui dont il est question en l’espèce). Deuxièmement, l’Office déclare que la concurrence n’a pas été réduite parce qu’ULS est toujours présente sur le marché du transport (bien qu’il s’agisse d’un marché différent de celui dont il est question dans la plainte déposée). Troisièmement, sans aucun élément de preuve à l’appui et, à mon avis, à l’encontre même de la preuve, l’Office déclare de plus que [TRADUCTION] «si, à quelque moment que ce soit, le CN augmente ses prix au-delà des niveaux concurrentiels, ULS sera alors en mesure de reprendre la part de marché qu’il lui avait pris»⁷. Quatrièmement, sans disposer d’un seul élément de preuve à cet égard, l’Office émet l’hypothèse suivante⁸:

[TRADUCTION] [Si] le prix exigé d’ICI était supérieur à celui de la concurrence, celle-ci pourrait, au moment de renégocier son contrat, rechercher les meilleurs prix offerts sur le marché parmi les différents modes de transport, et ULS aurait alors la possibilité de récupérer sa part de marché. L’existence d’une telle concurrence empêcherait le CN de hausser ses prix au-delà des niveaux concurrentiels à l’avenir.

Cette analyse a mené l’Office à conclure [TRADUCTION] «que le CN n’a pas conçu intentionnellement son prix pour que celui-ci ait l’effet, immédiat ou éventuel, de réduire notablement la concurrence ou de nuire notablement à un concurrent»⁹ et il a donc refusé de rejeter le prix non compensatoire.

III. La thèse des parties

Les appelantes prétendent que l’Office a commis une erreur sur trois aspects:

(i) il n’a pas analysé le marché approprié; plus spécifiquement, il a commis une erreur en concluant que le trafic qu’il convenait d’examiner pour décider si le prix non compensatoire avait l’effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence ou de nuire notablement à un concurrent était le trafic global d’ULS (toutes marchandises confondues) ou le

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

when, as directed by subsection 113(5), it should have considered only the traffic in the movement of fine crushed salt from Windsor to Bécancour;

(ii) it used the wrong test in concluding that the non-compensatory rate did not have the effect or tendency of substantially lessening competition; and

(iii) it erred in concluding that the non-compensatory rate did not have the effect or tendency of significantly harming a competitor and was not designed to have that effect. It fell into this error by

(a) failing to consider the evidence presented to show that the other appellants were competitors;

(b) refusing to consider the loss of backhaul traffic in assessing harm to ULS; and

(c) using the wrong test for determining whether the non-compensatory rate had the effect or tendency of significantly harming a competitor, namely, whether that rate was "so low as to force the other competitor from the market."

The appellants were supported by the St. Lawrence Seaway Authority, the Canadian Trucking Association, the Windsor Harbour Commission, the International Association of Great Lakes Ports, the Chamber of Maritime Commerce, and the Canadian Shipowners Association, all of whom were granted intervenor status. These intervenors adopted the appellants' contentions and made submissions of their own respecting the public interest implications of the Agency's decision. They were unanimous that the decision was wrong in law and had a negative impact on the proper administration of the national transportation policy, stated in section 3 of the Act.

The respondent CN contends that in reaching its conclusion, the Agency acted within its jurisdiction and that its decision was based upon sound principles of administrative law. Consequently, so it was argued, this Court should not interfere unless the Agency's conclusion was shown to be unreasonable

trafic global du sel alors que, selon les prescriptions du paragraphe 113(5), il aurait dû examiner uniquement le trafic du sel fin de Windsor à Bécancour;

(ii) il n'a pas appliqué le critère approprié en concluant que le prix non compensatoire n'avait pas l'effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence; et

(iii) il a commis une erreur en concluant que le prix non compensatoire n'avait pas l'effet immédiat ou éventuel de nuire notablement à un concurrent et n'avait pas été conçu pour produire un tel effet. Les causes de cette erreur sont les suivantes:

(a) l'Office n'a pas tenu compte de la preuve présentée pour démontrer que les autres appelantes étaient des concurrentes;

(b) il a refusé d'examiner la perte du trafic de retour dans l'évaluation du préjudice causé à ULS; et

(c) il a utilisé un critère non approprié pour déterminer si le prix non compensatoire avait l'effet immédiat ou éventuel de nuire notablement à un concurrent, c'est-à-dire le critère de savoir si ce taux était «assez bas pour évincer l'autre concurrent du marché».

Les appelantes sont appuyées par l'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent, l'Association canadienne du camionnage, la Commission du port de Windsor, l'International Association of Great Lakes Ports, la Chambre de commerce maritime et l'Association des armateurs canadiens, qui ont toutes participé à la présente affaire à titre d'intervenantes. Ces intervenantes ont adopté la thèse des appelantes et présenté leurs propres observations concernant les répercussions de la décision de l'Office touchant l'intérêt public. Elles affirment unanimement que la décision n'est pas fondée en droit et qu'elle a eu des répercussions négatives sur l'administration de la politique nationale des transports, qui est énoncée à l'article 3 de la Loi.

L'intimé CN prétend qu'en arrivant à sa conclusion l'Office a agi dans les limites de sa compétence et que sa décision se fonde sur des principes reconnus de droit administratif. Par conséquent, il soutient que la Cour ne doit pas intervenir à moins qu'il ne soit démontré que la conclusion de l'Office était déraison-

and there was no such showing. This respondent contends as well that the conclusion of the Agency was one of fact and, therefore, one to which this Court should defer. The respondent ICI rested its contention squarely on *dicta* in *Bell Canada, supra* and *Pezim, supra*. Their positions were supported by the Agency which was joined as a respondent in the appeal.

IV. Issues

The sole issue for determination is that stated in the order granting leave, which I repeat here for convenience:

Is the decision of the Agency founded on a wrong interpretation of subsection 113(5) of the *National Transportation Act, 1987*?

V. Principles of Interpretation

The question on which leave to appeal was granted requires us to examine the interpretation which the Agency placed on subsection 113(5) of the Act. The modern approach to statutory interpretation is the words-in-total-context approach which has been formulated as follows:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.¹⁰

VI. Analysis

a) Relevant Statutory Provisions

The statutory provisions relevant to this appeal are found in Division 1 of Part III of the Act which deals with transportation of freight by rail. Section 110 contains a definition of some of the words and phrases used in Division 1. For example:

110. . . .

. . . .

“confidential contract” means a contract entered into pursuant to subsection 120(1);

. . . .

¹⁰ E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at p. 87.

nale, ce qui n’a pas été établi. L’intimé prétend également que la conclusion de l’Office portait sur une question de fait et, par conséquent, qu’il y a lieu pour la Cour de faire preuve de retenue. L’intimé ICI fonde nettement son argumentation sur les opinions exprimées dans *Bell Canada* et *Pezim*, précités. Leurs positions sont appuyées par l’Office qui prend part au pourvoi également à titre d’intimé.

b IV. La question en litige

La seule question à déterminer est celle qui a été énoncée dans l’ordonnance autorisant l’appel, que je reproduis ici pour faciliter la consultation:

La décision de l’Office se fonde-t-elle sur une interprétation erronée du paragraphe 113(5) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*?

d V. Les principes d’interprétation

La question à l’égard de laquelle l’autorisation d’appel a été accordée nous oblige à examiner comment l’Office a interprété le paragraphe 113(5) de la Loi. La méthode moderne d’interprétation d’une loi se fonde sur l’interprétation des mots selon le contexte et a été formulée en ces termes:

[TRADUCTION] De nos jours, un seul principe ou méthode prévaut: les mots d’une loi doivent être interprétés selon le contexte, dans leur acception logique courante en conformité avec l’esprit et l’objet de la loi et l’intention du législateur¹⁰.

g VI. L’analyse

a) Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions législatives applicables au présent appel se trouvent à la section 1 de la partie III de la Loi qui traite du transport des marchandises par chemin de fer. L’article 110 définit certains des mots et expressions utilisés dans la section 1. Par exemple:

110. . . .

. . . .

«contrat confidentiel» Le contrat conclu en application du paragraphe 120(1).

. . . .

¹⁰ E. A. Driedger *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1983), à la p. 87.

“traffic” means the traffic of goods including equipment required for the carriage of goods on rolling stock.

Sections 112 and 113 deal with rates. I reproduce them here in their entirety, because their proper interpretation lies at the heart of this appeal:

112. (1) In this section and section 113, “rate” means any net rate, whether it

(a) is an agreed charge or is set out in a tariff or confidential contract, or

(b) is prescribed or determined in the manner prescribed pursuant to paragraph 152(4)(b) or established as a competitive line rate,

determined after deduction of any rebate, reduction or allowance set out in an agreed charge, tariff or confidential contract.

(2) Every rate shall be compensatory.

(3) A rate shall be deemed to be compensatory when it exceeds the variable cost, as determined by the Agency, of the movement of the traffic concerned.

(4) In determining for the purposes of subsection (3) the variable cost of any movement of traffic by a railway company, the Agency

(a) may, subject to paragraphs (b) and (c) and to the regulations made under section 349 of the *Railway Act*, include therein or exclude therefrom such items or factors relating to costs as the Agency considers appropriate;

(b) shall compute the costs of capital in all cases by using the costs of capital approved by the Agency as appropriate for the Canadian rail division of Canadian Pacific Limited; and

(c) shall use the costs specific to that movement by the company if specific costs are available or, if specific costs are not available, the available costs that are most directly related to that movement.

113. (1) Where the Agency receives a complaint made by any person that a rate is not compensatory, the Agency shall conduct such investigation of the rate as, in its opinion, is warranted.

(2) The Agency may, at any time prior to the completion of an investigation conducted pursuant to subsection (1), make an interim order having the same effect as an order under subsection (5).

(3) Where the Agency is conducting an investigation pursuant to subsection (1) in relation to a rate charged by a railway company, the Agency may require the company to furnish to it within such period as is specified by it any information that, in the opinion of the Agency, is required by it to determine whether the rate is compensatory.

(4) Where a railway company does not comply with a requirement for information made by the Agency under sub-

«transport» ou «trafic» Le transport des marchandises et l'emploi du matériel nécessaire à ces fins.

Les articles 112 et 113 traitent des prix. Comme leur juste interprétation constitue le fond du présent pourvoi, ils sont reproduits ci-dessous dans leur intégralité:

112. (1) Dans le présent article et à l'article 113, on entend par «prix» le prix net—déterminé après déduction de tout rabais, réduction ou allocation établie dans un prix convenu, un tarif ou un contrat confidentiel—qui est:

a) soit un prix convenu ou un prix contenu dans un tarif ou un contrat confidentiel;

b) soit fixé par règlement ou de la manière réglementaire par l'Office en application de l'alinéa 152(4)b) ou établi à titre de prix de ligne concurrentiel.

(2) Les prix doivent être compensatoires.

(3) Un prix est réputé compensatoire s'il est supérieur au coût variable, déterminé par l'Office, du transport visé.

(4) Pour la détermination, aux fins du paragraphe (3), du coût variable du transport effectué par une compagnie de chemin de fer, l'Office:

a) peut, sous réserve des alinéas b) et c) et des règlements d'application de l'article 349 de la *Loi sur les chemins de fer*, inclure ou exclure les articles ou facteurs relatifs aux frais qu'il estime indiqués;

b) doit calculer les coûts du capital dans tous les cas en utilisant tels frais qu'il a jugés convenables pour la section canadienne du rail de Canadien Pacifique Limitée;

c) doit utiliser les frais propres à ce transport, si ces frais sont disponibles ou, s'ils ne le sont pas, utiliser les frais disponibles qui sont liés le plus directement à ce transport.

113. (1) Sur réception d'une plainte à l'effet qu'un prix n'est pas compensatoire, l'Office mène l'enquête qu'il estime indiquée relativement à ce prix.

(2) L'Office peut, en tout temps avant la fin de l'enquête menée en application du paragraphe (1), prendre un arrêté intérimaire en vertu du paragraphe (5).

(3) L'Office peut, dans le cadre de l'enquête prévue par le paragraphe (1), obliger la compagnie de chemin de fer visée à lui fournir, dans le délai précisé par lui, les renseignements qu'il estime nécessaires pour déterminer si le prix est compensatoire.

(4) Dans les cas où la compagnie omet de fournir les renseignements exigés en application du paragraphe (3) dans le délai

section (3), the Agency may use such cost estimates as appear to it reasonable for the purposes of determining whether the rate charged by the railway company is compensatory.

(5) On completion of an investigation conducted pursuant to subsection (1) and within ninety days after the complaint is received,

(a) the Agency shall determine whether the rate in respect of which the complaint was made is compensatory; and

(b) where the Agency determines that the rate is not compensatory, unless the company establishes to the satisfaction of the Agency that the rate does not have the effect or tendency of substantially lessening competition or significantly harming a competitor and was not designed to have that effect, the Agency shall make an order disallowing that rate and requiring the company to substitute for that rate a rate that is compensatory.

I agree with Mr. Justice Hugessen that sections 112 and 113 of the Act should be “read purposively and in context” but I disagree with him about the meaning of context. It is well accepted that legislative history is one contextual element to consider.

b) Legislative History

The Act is one of a number of statutes¹¹ enacted by Parliament in the last decade to give effect to the policy, still in vogue, of deregulation of the national economy. This development signalled a marked departure in national economic management from the regime, in existence since the early years of Confederation, in which key sectors of the national economy were regulated by the state. Under this new dispensation the economy would be driven not by state regulation but by market forces. Henceforth, the role of the state would be to provide a framework in which market forces could have free rein.

¹¹ Lexenomics Inc. *The Competition Act and Federal Economic Regulation of the Transportation Sector: A Comparative Assessment* (Ottawa: Fraser & Beatty, Final Draft August 17, 1992).

précisé, l'Office peut utiliser les estimés de frais qu'il considère fondés pour déterminer si les prix exigés par la compagnie sont compensatoires.

(5) Après la fin de l'enquête menée en application du paragraphe (1) et dans les quatre-vingt-dix jours suivant la réception de la plainte, l'Office détermine si le prix visé par la plainte est compensatoire et, s'il détermine qu'il n'est pas compensatoire, par arrêté, il rejette le prix et oblige la compagnie à y substituer un prix compensatoire, sauf si la compagnie le convainc que le prix n'a pas l'effet, immédiat ou éventuel, de réduire notablement la concurrence ou de nuire notablement à un concurrent et qu'il n'était pas conçu pour produire un tel effet.

Je conviens avec le juge Hugessen que les articles 112 et 113 de la Loi doivent être «lus dans leur contexte et en fonction de l'objet visé», mais nous ne nous entendons pas sur le sens du mot contexte. Il est bien établi que l'historique législatif constitue un élément contextuel à prendre en compte.

b) L'historique législatif

La Loi est l'une des nombreuses lois¹¹ adoptées par le législateur depuis une dizaine d'années dans le but de donner effet à la politique, toujours en vogue, de la déréglementation de l'économie nationale. Depuis l'adoption de cette politique, la gestion de l'économie nationale s'est considérablement éloignée du régime en place depuis les débuts de la Confédération et selon lequel les secteurs-clés de l'économie nationale étaient réglementés par l'État. En vertu de cette nouvelle orientation, l'économie ne serait plus réglementée par l'État, mais plutôt par les forces du marché. Le rôle de l'État se limiterait donc à fournir le cadre à l'intérieur duquel les forces du marché auraient libre cours.

¹¹ Lexenomics Inc. *The Competition Act and Federal Economic Regulation of the Transportation Sector: A comparative Assessment* (Ottawa: Fraser & Beatty, version finale du 17 août 1992).

Consistent with this new policy orientation, Parliament enacted four statutes of relevance to this appeal. In 1986, the *Combines Investigation Act*¹² was revised and renamed the *Competition Act*.¹³ In that statute, Parliament enacted general rules respecting competition, applicable to all sectors of the national economy. A year later, Parliament enacted three statutes aimed specifically at deregulating the national transportation industry. The most important of these is the *National Transportation Act, 1987*, in issue here, which effectively deregulated air transportation in Canada south of the 60th parallel and adopted market oriented rules to facilitate intra-modal rail competition and to break down joint rate setting by railways. It is said¹⁴ that this statute is the cornerstone of the strategy of the Government of Canada to develop a competitive transportation system serving the diverse needs of Canadian travellers and shippers. The goal of this legislation is to replace reliance upon state regulation of the transportation sector with decisions made in reaction to the market-place. Henceforth, transportation decisions would be governed more by the needs and wants of shippers and travellers than by the state. At the same time, Parliament also enacted two companion statutes, namely, the *Shipping Conferences Exemption Act, 1987*¹⁵ which imposed new conditions upon shipping conference exemptions from conspiracy prosecutions under the *Competition Act*, and the *Motor Vehicle Transport Act, 1987*,¹⁶ which removed barriers to entry into extra-provincial trucking.

En conformité avec cette nouvelle orientation politique, le législateur a adopté quatre lois qui sont pertinentes au présent appel. En 1986, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹² a été modifiée et renommée *Loi sur la concurrence*¹³. Dans cette Loi, le législateur a adopté des règles générales relatives à la concurrence, applicables à tous les secteurs de l'économie nationale. L'année suivante, le Parlement a adopté trois autres lois ayant spécifiquement pour objet de déréglementer l'industrie nationale des transports. La plus importante de ces lois est la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, dont il est question en l'espèce, qui a donné effet à la déréglementation du transport aérien au Canada au sud du 60^e parallèle et a mis en vigueur des règles axées sur le marché pour favoriser la concurrence ferroviaire intra-modale et mettre un terme à l'établissement de prix communs par les compagnies de chemin de fer. Il a été dit¹⁴ de cette loi qu'elle était la pierre angulaire de la stratégie du gouvernement canadien visant à mettre en place un système de transport concurrentiel capable de répondre aux divers besoins des voyageurs et des expéditeurs canadiens. L'objectif de cette loi est le suivant: en l'absence de réglementation gouvernementale, permettre au secteur des transports d'évoluer en fonction des décisions se fondant sur les réactions du marché. De cette façon, les décisions en matière de transport seraient davantage fonction des besoins des expéditeurs et des voyageurs que de l'État. Simultanément, le Parlement a adopté deux lois connexes, savoir la *Loi dérogatoire de 1987 sur les conférences maritimes*¹⁵, qui a imposé de nouvelles conditions aux dérogations applicables aux conférences maritimes relativement aux poursuites en matière de complot régies par la *Loi sur la concurrence*, et la *Loi de 1987 sur les transports routiers*¹⁶, qui a supprimé les barrières qui limitaient le camionnage extra-provincial.

¹² R.S.C. 1970, c. C-23 (as am. by S.C. 1986, c. 26, s. 19).

¹³ R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19), Part II.

¹⁴ National Transportation Act Review Commission. *Competition in Transportation: Policy and Legislation in Review*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1993.

¹⁵ R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 17.

¹⁶ R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 29.

¹² S.R.C. 1970, ch. C-23 (mod. par S.C. 1986, ch. 26, art. 19).

¹³ L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19), partie II.

¹⁴ Commission d'examen de la Loi sur les transports nationaux. *La concurrence dans les transports: regard sur la politique et la législation*, vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services du Canada, 1993.

¹⁵ L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 17.

¹⁶ L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 29.

c) Parliamentary Debates

Parliamentary debates relating to the legislation may also be looked at to determine the purpose of the legislation and the mischief at which it is aimed.

Sections 112 and 113 replace sections 285 and 286 of the *Railway Act*¹⁷ which dealt with freight rates. Those sections read:

285. (1) Except as otherwise provided by this Act, all freight rates shall be compensatory, and the Commission may require the company issuing a freight tariff to furnish the Commission at the time of filing the tariff or at any time with any information required by the Commission to establish that the rates contained in the tariff are compensatory.

(2) A freight rate shall be deemed to be compensatory when it exceeds the variable cost of the movement to the traffic concerned as determined by the Commission.

(3) In determining for the purposes of this section and section 286 the variable cost of any movement of traffic, the Commission shall

(a) have regard to all items and factors prescribed by regulations of the Commission as being relevant in the determination of variable costs; and

(b) compute the costs of capital in all cases by using the costs of capital approved by the Commission as proper for the Canadian Pacific Limited.

286. (1) The Commission may disallow any freight rate that after investigation the Commission determines is not compensatory.

(2) Where the Commission receives information by way of a complaint or otherwise containing evidence that a freight rate shown in a tariff filed with the Commission is not compensatory, the Commission shall conduct an investigation to determine if that rate is compensatory, and in any other case the Commission may, of its own motion, conduct such an investigation.

During clause-by-clause study of the Act by the Standing Committee on Transport of the House of Commons, the Parliamentary Secretary to the Minister of Transport explained the mischief at which subsection 113(5) is aimed as follows:¹⁸

Mr. Thacker: But the amendment, Mr. Chairman, would take away the possibility of having a rate that was less than

¹⁷ R.S.C., 1985, c. R-3 [ss. 285 (rep. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 333), 286 (rep. *idem*)].

¹⁸ *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Standing Committee on Transport, 13 April 1987, at p. 35:172.

c) Les débats parlementaires

Il convient également de consulter les débats parlementaires ayant trait à la Loi examinée pour en déterminer l'objet et la situation qu'elle vise à réformer.

Les articles 112 et 113 remplacent les articles 285 et 286 de la *Loi sur les chemins de fer*¹⁷ qui traitaient des taux de transport de marchandises dont voici le texte:

285. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi, tous les taux de transport de marchandises sont compensatoires; et la Commission peut sommer la compagnie qui émet un tarif-marchandises de lui communiquer, lors du dépôt du tarif ou à toute autre époque, tous renseignements exigés par la Commission pour établir que les taux figurant dans ce tarif sont compensatoires.

(2) Un taux de transport des marchandises est réputé compensatoire quand il dépasse le coût variable du mouvement du trafic en cause tel que l'a déterminé la Commission.

(3) En déterminant, pour l'application du présent article et de l'article 286, le coût variable de tout mouvement de trafic, la Commission canadienne des transports doit:

a) d'une part, tenir compte de tous les articles et facteurs prescrits par les règlements de la Commission comme étant pertinents à la détermination des coûts variables;

b) d'autre part, calculer les frais d'immobilisations dans tous les cas en utilisant les frais d'immobilisations approuvés par la Commission comme convenables pour la compagnie Canadien Pacifique Limitée.

286. (1) La Commission peut rejeter tout taux de transport de marchandises qu'elle estime, après enquête, n'être pas compensatoire.

(2) Lorsque la Commission reçoit, par plainte ou autrement, des renseignements contenant certains éléments de preuve tendant à établir qu'un taux de transport de marchandises indiqué dans un tarif déposé à la Commission n'est pas compensatoire, elle doit mener une enquête pour déterminer si ce taux est compensatoire et, dans tout autre cas, la Commission peut, de son propre chef, mener une telle enquête.

Au cours de l'analyse détaillée des dispositions de la Loi par le Comité permanent des transports de la Chambre des communes, le secrétaire parlementaire du ministre des Transports a expliqué la situation que le paragraphe 113(5) cherchait à réformer dans les termes suivants¹⁸:

M. Thacker: Cet amendement, monsieur le président, nous enlèverait toute possibilité de permettre à certains d'offrir des

¹⁷ L.R.C. (1985), ch. R-3 [art. 285 (abrogé par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28, art. 333), 286 (abrogé, *idem*)].

¹⁸ *Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent des transports, le 13 avril 1987, à la p. 35:172.

compensatory; that is, the recovery of full cost. This amendment states that if there is an investigation and they find the rate was below compensatory, then they have to automatically increase it to the compensatory rate. As long as it is not hurting somebody the existing clause gives a bit of flexibility for a period of time at least. Surely that would seem to be wise.

The following exchange between members of the Committee and the acting General Counsel of the Canadian Transport Commission (the Agency's predecessor), who appeared as a witness in those proceedings, is also instructive as to the purpose of the legislation and the mischief at which it is aimed:¹⁹

Ms Bloodworth: I understand there may have been some examples of that in Quebec as well. In other words, it would be a very tough test for the railway to meet here. If they are hurting anyone, or the effect of the rate is to hurt any competitor, they will not be able to meet it. It is only if no competitor is hurt by that lower rate that they will be allowed to charge it.

Mr. Ouellet: Well, let me ask a question. If all the good examples you just gave were possible under the old section of the act, why do you not leave it as it is? Why did you introduce this new twist that was not in the old Railway Act?

Mr. Mulder: Mr. Chairman, again, if I may, the old act was only used once, and that was in the ACE case. But there have been times, and I hope I am not speaking too much against the railways, where the railways would have said to a person negotiating a raise that they cannot go any lower because then they are below cost, and that is against the law. So the railways would use that as a reason not to drive a rate down any further in negotiations with a shipper. So now the shipper can say you are allowed to go below cost as long as you do not drive anybody else out of business.

The Chairman: Then you are saying Mr. Robichaud's amendment removes this flexibility to have developmental rates, which are not going to hurt anybody.

Mr. Mulder: Right.

Ms Bloodworth: Mr. Chairman, if I could just make one comment in response to Mr. Ouellet's question, the answer is that it is not possible under the present law. We suspect it is occurring occasionally, and no one is complaining. But legally, if anybody brought that to the agency's attention they would have to disallow that, whether anyone was hurt or not. So we are recognizing the fact that if no one is hurt, they should be able to allow it.

The acting General Counsel also appeared as a witness before the Standing Senate Committee where

¹⁹ *Ibid.*, at p. 35:173.

prix inférieurs au niveau compensatoire, c'est-à-dire au plein recouvrement des coûts. Cet amendement dit que si l'enquête permet de conclure que le prix est inférieur au prix compensatoire, il doit automatiquement être ramené au niveau du prix compensatoire. L'article du projet de loi offre une certaine souplesse, tant que personne n'est lésé. Cela me paraîtrait tout à fait justifié.

L'échange suivant entre les membres du Comité et l'avocat-général par intérim de la Commission canadienne des transports (prédécesseur de l'Office), qui a témoigné au cours de ces audiences, nous instruit également sur l'objet poursuivi par la loi et la situation qu'elle vise à corriger¹⁹:

Mme Bloodworth: Je pense que l'on pourrait en trouver des exemples au Québec même. Je pense que la condition imposée aux transporteurs ferroviaires est suffisamment bien définie. C'est-à-dire que si quelqu'un est lésé, si un concurrent s'en trouve désavantagé, le tarif ne sera pas autorisé. Il faut donc qu'aucun concurrent ne soit lésé.

M. Ouellet: Permettez-moi de vous poser une question. Si les anciennes dispositions de la loi ont permis toutes ces exceptions que vous venez de citer, pourquoi alors ne pas s'y tenir? Pourquoi voulez-vous à ce moment-là vous écarter de l'ancienne loi?

M. Mulder: Monsieur le président, je le répète, si vous le permettez, l'ancienne loi n'a été invoquée qu'une fois, et c'est dans le cas de l'ACE. Mais il est arrivé, et j'espère que je ne nuis pas aux intérêts des chemins de fer en disant cela, que ceux-ci n'ont pas pu accorder certaines ristournes à leurs clients parce qu'ils se seraient à ce moment-là retrouvés en-dessous du seuil fixé par la loi. Les chemins de fer étaient donc tenus par cette disposition à chaque fois qu'ils négociaient avec un expéditeur. Maintenant l'expéditeur pourrait répondre aux chemins de fer qu'il est possible d'offrir un prix inférieur au coût, à condition qu'aucun concurrent ne soit lésé.

Le président: L'amendement de M. Robichaud, d'après vous, nous priverait de cette possibilité d'accorder des tarifs promotionnels, lesquels devraient évidemment ne léser personne.

M. Mulder: Exactement.

Mme Bloodworth: Monsieur le président, j'aimerais répondre à M. Ouellet; la réponse est que cela, dans le cadre des dispositions de la loi, n'est pas possible. Nous soupçonnons que cela ait pu arriver parfois, sans que qui que ce soit se plaigne. Mais du point de vue strictement légal, si l'office en était saisi, il serait obligé de l'interdire, même si personne n'y voyait véritablement d'inconvénient. Il s'agirait donc ici de permettre d'offrir ce genre de prix, à condition que personne ne soit lésé.

L'avocat-général par intérim a également témoigné devant le Comité sénatorial permanent devant lequel

¹⁹ *Ibid.*, à la p. 35:173.

she explained the purpose of the legislation in the following passages:²⁰

The other requirement was a rate floor. Their rates had to be compensatory; they could not set below compensatory. This was at the insistence [*sic*] of the trucking industry, which was afraid that if railways were allowed to set non-compensatory rates they would put the trucking companies out of business.

Subject to that, however, they were virtually allowed to set whatever rates they chose. That system worked very well where there was competition. Wherever there was trucking competition particularly, that system worked very well.

However, since 1967 there was extreme growth in particularly the bulk resource industry in Canada and that industry is by and large captive to rail, and captive to one rail line because of its location. Therefore, I am sure you are going to hear during the course of your hearings from many shippers who would count themselves in that category. In other words, it is not economically feasible for them to ship by any mode other than rail and they only have one railway available. Those shippers have complained for some considerable length of time, starting back in about the mid-1970s, that they were not fairly treated under the existing legislation. You will see in this legislation certain measures to recreate that balance.

So these provisions do several things when it comes to rates. They continue the provision that rates must be compensatory; you will find that in clauses 112 and 113. However, they allow for a sort of defence, if you like, by a railway company if a rate is found to be non-compensatory. The agency will not disallow it. If you look at paragraph 113.(5)(b) [*sic*], they shall determine whether the rate is compensatory, and:

where the Agency determines that the rate is not compensatory, unless the company establishes to the satisfaction of the Agency that the rate does not have the effect or tendency of substantially lessening competition or significantly harming a competitor and was not designed to have that effect, make an order disallowing that rate

The reason for that provision is that it was argued by several parties that if you have a non-compensatory rate that was not hurting anyone, was not harming competition, why should the law insist that it go up? That certainly is a fairly logical, common sense type of argument.

The people that argue that rates should be compensatory will be a competitor. Indeed, the only cases that have arisen—the one most recently had to do with Atlantic Container Express complaining about certain CN rates—were competitors who were arguing that they would be unfairly disadvantaged. So if there is no competitor that is being hurt, and the shipper is ben-

²⁰ Proceedings of the Standing Senate Committee on Transport and Communications, 13 July 1987, at pp. 16:35-16:36.

elle a expliqué l'objet de la loi dans les extraits suivants²⁰:

L'autre exigence prenait la forme d'un seuil de prix. Les prix devaient être compensatoires; ils ne pouvaient être fixés à un niveau inférieur à ce seuil. Cela s'est fait à la demande de l'industrie du camionnage qui craignait que, si les chemins de fer étaient autorisés à établir des prix non compensatoires, ils mettraient les entreprises de camionnage en faillite.

A part cela, ils étaient autorisés à établir les prix à leur guise. C'est un système qui fonctionnait très bien s'il y avait de la concurrence, notamment de la part des entreprises de camionnage.

Depuis 1967, toutefois, le secteur des ressources connaît une croissance exceptionnelle, et ce secteur est captif du transport par chemin de fer, souvent même d'une seule société ferroviaire. Je suis donc convaincu [*sic*] que plusieurs expéditeurs qui se retrouvent dans cette catégorie vous parleront de ce problème au cours de vos audiences. Ils vous diront qu'il n'est pas rentable pour eux de faire leurs expéditions par un autre mode que le chemin de fer et qu'une seule société ferroviaire dessert leurs installations d'exploitation. Ces expéditeurs se plaignent depuis longtemps, soit depuis le milieu des années soixante-dix, qu'ils ne jouissent pas d'un traitement équitable en vertu des lois en vigueur. Le projet contient quelques dispositions par lesquelles on tente de rétablir un certain équilibre.

Donc ces dispositions comportent plusieurs éléments. Elles continuent à exiger que les prix soient compensatoires; c'est ce que l'on trouve aux articles 112 et 113. Toutefois, elles permettent en quelque sorte à une compagnie de chemin de fer de se défendre lorsqu'un prix est jugé non compensatoire. Le prix peut donc ne pas être rejeté. Comme on peut le voir à l'alinéa 113.(5)b), l'Office détermine si le prix visé par la plainte est compensatoire et,

s'il détermine qu'il n'est pas compensatoire, il rejette le prix par arrêté, sauf si la compagnie le convainc que le prix n'a pas l'effet, immédiat ou éventuel, de réduire la concurrence ou de nuire sensiblement à un concurrent et qu'il ne devait pas avoir un tel effet.

La raison d'être d'une telle disposition est que plusieurs parties ont avancé que la loi ne devrait pas faire en sorte qu'un prix non compensatoire soit haussé si ce dernier ne nuit à personne et ne fait pas entrave à la concurrence. On conviendra que ce genre d'argument est plutôt logique et sensé.

Les gens qui soutiennent que les prix doivent être compensatoires sont des concurrents. De fait, les seuls par qui se sont produits—comme les plaintes formulées récemment par Atlantic Container Express au sujet de certains prix du CN—concernaient des concurrents se disant injustement désavantagés. Alors, si aucun concurrent n'est touché et que l'expéditeur

²⁰ Délibérations du Comité sénatorial permanent des transports et des communications, le 13 juillet 1987, aux p. 16:35 et 16:36.

efiting from a lower rate And the reason for that is not because the railway is giving away service; it may be because it is trying to develop a new market and it is prepared to give a break on the rate for six months or a year because it feels it is going to gain more business. There is always a valid business reason behind that particular reason. So that continues this provision, but it does modify it by making it a little more flexible.

From this history and from the legislation, it is clear that sections 112 and 113 must be read both purposively and together. Subsection 112(2) continues the rule that all rates fixed by railways for the transportation of freight must be compensatory in the sense defined in the legislation. Subsection 113(5) provides for the only exception. As in all other cases where exceptions are provided in legislation, the subsection imposes upon a railway seeking to rely upon the exception an onus to bring itself squarely within its terms. The onus must be discharged on a balance of probabilities. The subsection spells out with precision the manner in which that onus should be discharged if the non-compensatory rate is to be maintained. Where the Agency determines that the railway has charged a non-compensatory rate in a particular case, the onus shifts to the railway to satisfy the Agency on a balance of probabilities that the non-compensatory rate does not have the effect or tendency of

a) substantially lessening competition, or

b) significantly harming a competitor, and was not designed to have that effect.

Failure to satisfy the Agency to the requisite degree will result in disallowance of the non-compensatory rate and the substitution of a compensatory rate.

That is the analytical framework which Parliament has laid down for the Agency to follow in cases such as this where a complaint is made that a railway is charging a rate that is non-compensatory. The appellants and their supporting intervenors say that the Agency fell into error in this case by failing to follow it. I agree.

bénéficie d'un prix plus bas . . . Et ce n'est pas parce que la compagnie de chemin de fer fait cadeau de ses services; c'est peut-être parce qu'elle essaie de développer un nouveau marché et qu'elle est prête à baisser ses prix pour une période de six mois à un an afin de pouvoir obtenir ainsi davantage de contrats. Ce genre de décision n'est jamais prise dans un motif commercial bien précis. Par conséquent, la disposition relative aux prix compensatoires est maintenue, mais elle a été modifiée de façon à la rendre un peu plus souple.

Il ressort de cet historique et de la loi, que les articles 112 et 113 doivent être lus en fonction de l'objet visé et l'un par rapport à l'autre. Le paragraphe 112(2) maintient la règle selon laquelle tous les prix fixés par les compagnies de chemin de fer pour le transport des marchandises doivent être compensatoires selon le sens défini dans la loi. Le paragraphe 113(5) prévoit la seule exception à cette règle. Comme dans tous les autres cas où des exceptions sont prévues dans une loi, le paragraphe oblige la compagnie de chemin de fer qui cherche à se prévaloir de cette exception à se conformer strictement aux conditions qui y sont énoncées, et à faire la preuve demandée selon la prépondérance des probabilités. Le paragraphe énonce avec précision la manière dont il faut s'acquitter de cette obligation pour que le prix non compensatoire puisse être maintenu. Lorsque l'Office détermine que la compagnie de chemin de fer exige un prix non compensatoire dans un cas particulier, la compagnie a alors le fardeau de convaincre l'Office, selon la prépondérance des probabilités, que le taux non compensatoire n'a pas l'effet, immédiat ou éventuel,

a) de réduire notablement la concurrence, ou

b) de nuire notablement à un concurrent, et n'a pas été conçu pour produire un tel effet.

Si la compagnie de chemin de fer ne parvient pas à convaincre l'Office en respectant la norme de preuve demandée, celui-ci rejette le prix non compensatoire et y substitue un prix compensatoire.

C'est là le cadre d'analyse élaboré par le législateur pour faciliter la tâche de l'Office dans des cas, comme celui en l'espèce, où une plainte allègue qu'une compagnie de chemin de fer exige un prix non compensatoire. Les appelantes et les intervenantes qui les soutiennent prétendent que l'Office a commis une erreur en l'espèce en ne suivant pas la norme établie. Je suis d'accord avec elles.

d) Relevant Market

I disagree with Mr. Justice Hugessen that “the definition of market in cases of this sort is a question of fact and not one of law”. I agree with him that the words “relevant market” do not appear in subsection 113(5) of the Act. But this is not surprising, since the notion of relevant market is implicit in the references in the subsection to “competition” and “competitor”. “Competition” does not occur, and a “competitor” does not exist, in a vacuum. As creations of the market economy, they exist only in a market. A market is, as I have said, an area of rivalry between suppliers of goods and services who vie with each other for the patronage of consumers of those goods and services in which price is a significant determinant in the exchange process. In deciding, on the first branch of subsection 113(5), whether the non-compensatory rate had the effect or tendency of substantially lessening competition or, on the second branch of the subsection, whether the non-compensatory rate had the effect or tendency of significantly harming a competitor, the Agency was required, as a matter of law, to define the market in order to give full effect to the words “competition” and “competitor” where they appear in the subsection. This implies interpreting those words according to the rule of interpretation that I have already mentioned. If the Agency errs in its interpretation of “competition” or “competitor”, it will have erred in law.

I find support for this conclusion in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, decided under the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23], which involved an allegation that paragraph 32(1)(c) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 14] of that Act, proscribing conspiracies and agreements to lessen competition unduly, was offensive to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*²¹ due to its vagueness and overbreadth. At pages 647-648, Justice Gonthier, for the Court, spoke extensively about the distinction between the various questions of law and questions

²¹ 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].

d) Le marché pertinent

Je ne peux souscrire à l'affirmation du juge Hugessen selon laquelle «la définition du marché dans ce genre de cas est une question de fait et non de droit». Je conviens avec lui que les mots «marché pertinent» ne figurent pas au paragraphe 113(5) de la Loi. Il n'y a rien d'étonnant à cela, puisque la notion de marché pertinent est implicite dans les références aux mots «concurrence» et «concurrent» utilisés dans ce paragraphe. La «concurrence» et les «concurrents» n'existent pas dans l'absolu. En tant qu'éléments d'une économie de marché, ils ne peuvent exister que dans un marché. Et, comme je l'ai dit, le marché est le terrain sur lequel les fournisseurs de biens et de services rivalisent d'adresse pour s'attacher les consommateurs de ces biens et services et où le prix est un facteur déterminant dans le processus d'échange. En décidant, comme l'exige la première condition du paragraphe 113(5), si le prix non compensatoire avait l'effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence ou, selon la deuxième condition, si le prix non compensatoire avait l'effet immédiat ou éventuel de nuire notablement à un concurrent, l'Office devait, légalement, définir le terme marché afin de donner leur plein effet aux mots «concurrence» et «concurrent» qui figurent dans ce paragraphe. Cela suppose que ces mots doivent être interprétés selon la règle d'interprétation que j'ai déjà mentionnée. Si l'Office a commis une erreur dans son interprétation des mots «concurrence» ou «concurrent», il a commis une erreur de droit.

À l'appui de cette conclusion, je cite l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, qui a été jugé en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, ch. C-23]; dans cette affaire, il était allégué que l'alinéa 32(1)c) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 76, art. 14] de cette Loi, interdisant les complots et les accords visant à diminuer indûment la concurrence, portait atteinte à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²¹, en raison de son imprécision et de sa portée excessive. Aux pages 647 et 648, le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la Cour, s'étend

²¹ 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].

of fact raised by the test to be applied when assessing whether competition in a market is unduly lessened:

According to the appellants, since the determination of whether the restriction on competition was undue is a question of fact, not subject to appellate review, no conclusion can be drawn from the case law. This argument rests on a mistaken perception of the distinction between questions of fact and questions of law.

In the context of s. 32(1)(c), the process followed and the criteria used to arrive at a determination of “undueness” are questions of law and as such are reviewable by an appellate court. The application of this process and these criteria, that is the full inquiry, often involving complicated economic issues, into whether the impugned agreement was an undue restriction on competition, remains a question of fact. The general rule that appellate courts should be reluctant to venture into a re-examination of the factual conclusions of the trial judge applies with special force in a complex matter such as here.

The legal content of s. 32(1)(c), however, is not exhausted by a search for the meaning of unduly. Section [sic] 32(1)(c) must not be taken in a vacuum. Its interpretation is conditioned, first of all, by the purposes of the Act. Furthermore, its content is enriched by the rest of the section in which it is found and by the mode of inquiry adopted by courts as they have ruled under it. These are matters of law, pertaining to the determination of undueness under s. 32(1)(c), and as such most relevant.

A similar view was expressed by Crampton in *Mergers and the Competition Act*:²²

However... it is important to recognize that while the delineation of the relevant market in a particular case is a question of fact, the meaning of the notion of “relevant market” is a question of law. That is to say, while the limits of a market in a particular case will be a function of both the unique factual situation at hand and the weight that is placed on certain factors by the Competition Tribunal, the issue of what must be considered, and the legitimacy of the various criteria, are questions of law. [Emphasis added.]

At footnote 9, Crampton explains the passages from *Queen, The v. J. W. Mills & Son Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex. C.R. 275, at page 305; affd [1971] S.C.R. 63 and *R. v. Hoffmann-La Roche Limited* (1980), 28 O.R. (2d) 164 (H.C.); affd (1981), 33 O.R. (2d) 694 (C.A.), at pages 705-706 upon which Mr. Justice Hugessen relies for his conclusion that “relevant market is a question of fact.” His explanation reads [at page 264]:

²² Toronto: Carswell, 1990, at p. 264.

longuement sur la distinction qui existe entre les questions de droit et les questions de fait soulevées par le critère qui doit être appliqué pour déterminer si la concurrence sur un marché est indûment diminuée:

^a D’après les appelants, puisque la question de savoir si la limitation de la concurrence était indue est une question de fait, ne donnant pas lieu à révision en appel, on ne peut tirer aucune conclusion de la jurisprudence. Cet argument repose sur une mauvaise perception de la distinction entre les questions de fait et les questions de droit.

^b Dans le contexte de l’al. 32(1)c), le processus suivi et les critères utilisés pour déterminer le caractère «indu» sont des questions de droit et comme telles sont susceptibles de révision par une cour d’appel. L’application de ce processus et de ces critères, c’est-à-dire l’examen complet, portant souvent sur des questions d’ordre économique compliquées, en vue de déterminer si l’accord attaqué était une limitation indue de la concurrence, reste une question de fait. La règle générale voulant que les cours d’appel devraient hésiter à réexaminer les conclusions de fait du juge du procès s’applique avec une force particulière dans une affaire complexe comme la présente.

^c L’analyse juridique du contenu de l’al. 32(1)c) ne se réduit cependant pas au sens du mot «indûment». Il ne faut pas étudier l’al. 32(1)c) dans l’absolu. Son interprétation est tributaire, avant tout, des objectifs de la Loi. De plus, son contenu est enrichi par le reste de l’article dans lequel il est situé et par le mode d’examen retenu par les tribunaux qui l’ont interprété et appliqué. Ce sont des questions de droit, qui se rapportent à la détermination du caractère indu au regard de l’al. 32(1)c) et qui sont, comme telles, des plus pertinentes.

^d Crampton, dans son ouvrage *Mergers and the Competition Act*²², exprime une opinion similaire:

^e [TRADUCTION] Toutefois... il est important de reconnaître que même si la délimitation du marché pertinent dans un cas particulier est une question de fait, la définition de la notion de «marché pertinent» est une question de droit. Autrement dit, bien que les limites d’un marché dans un cas particulier soient fonction à la fois d’une situation factuelle unique et de l’importance que le tribunal de la concurrence accorde à certains facteurs, la question de savoir ce qui doit être examiné, et la légitimité des différents critères sont des questions de droit.

^f Au renvoi 9, Crampton explique les extraits tirés des arrêts *Queen, The v. J. W. Mills & Sons Ltd. et al.*, [1968] 2 R.C.É. 275, à la page 305; confirmé à [1971] R.C.S. 63, et *R. v. Hoffmann-La Roche Limited* (1980), 28 O.R. (2d) 164 (H.C.); confirmé à (1981), 33 O.R. (2d) 694 (C.A.), aux pages 705 et 706, sur lesquels le juge Hugessen s’appuie pour conclure que le «marché pertinent est une question de fait». Voici son explication [à la page 264]:

²² Toronto: Carswell, 1990, à la p. 264.

It would appear from the context of the remarks in these cases that the learned judges meant that the question "what constitutes the relevant market in a given case" is a question of fact. The distinction is important, because the meaning of the notion "relevant market" does not change from one fact situation to another.

The reasons of the Agency give no indication that it was alive to this distinction. This led, unfortunately, to confusion about what must be considered and the criteria to be used in defining the relevant market for the purposes of subsection 113(5). It is clear from the complaint and from the evidence led to support it that the dispute between the appellants and CN related to a discrete market, namely, the movement of the traffic in fine crushed salt from Windsor to Bécancour. References to the global market in the transportation of salt of all kinds or the total transportation business of ULS were irrelevant to the issues that the Agency was required to consider. I conclude, then, that the Agency erred in law in basing its decision as to the relevant market on irrelevant considerations as a result of its incorrect interpretation of the subsection.

e) The Test Used by the Agency

The appellants say that the Agency applied the wrong test in deciding whether the non-compensatory rate had the effect or tendency of substantially lessening competition. As I understand his reasons, Mr. Justice Hugessen is of the view that the test applied by the Agency is the only correct one, for the reasons that he gave. I do not agree.

After defining the relevant market, both in law and in fact, the first question which the Agency was required to ask and to answer was whether CN had shown on a balance of probabilities that the non-compensatory rate did not have the effect or tendency of substantially lessening competition in that market. The Agency did not ask or answer that question. The Agency asked, instead, whether the non-compensatory rate had the tendency or effect of eliminating a competitor from the market and answered that it did not. Mr. Justice Hugessen supports the correctness of this question and answer by invoking the provisions of paragraph 50(1)(c) of the *Competition Act*, the Director's Guidelines issued pursuant to the

[TRADUCTION] D'après le contexte des observations formulées dans ces arrêts, il semble que les éminents juges aient voulu dire que la question de savoir «ce qui constitue le marché pertinent dans un cas donné» est une question de fait. La distinction est importante, parce que la définition de la notion de «marché pertinent» ne change pas d'une situation de fait à une autre.

Dans ses motifs, l'Office ne fournit aucun indice qui nous permette de croire qu'il a tenu compte de cette distinction. D'où, malheureusement, la confusion qui en a résulté relativement aux éléments à examiner et aux critères à utiliser pour définir le marché pertinent pour les fins du paragraphe 113(5). Il ressort clairement de la plainte déposée et de la preuve produite à l'appui de cette plainte que le conflit entre les appelantes et le CN portait sur un marché tout à fait particulier, savoir le transport du sel fin de Windsor à Bécancour. Les références au marché global du transport du sel de toutes sortes ou au commerce global du transport d'ULS ne se rapportaient pas aux questions que l'Office était tenu d'examiner. Je conclus donc que l'Office a commis une erreur de droit en fondant sa décision relative au marché pertinent sur des éléments non pertinents à cause d'une interprétation inexacte du paragraphe.

e) Le critère utilisé par l'Office

Les appelantes prétendent que l'Office a appliqué le mauvais critère pour décider si le prix non compensatoire avait l'effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence. Selon mon interprétation de ses motifs, le juge Hugessen est d'avis que le critère appliqué par l'Office est le seul critère correct, pour les motifs qu'il énonce ensuite. Je ne suis pas d'accord.

La première question que l'Office devait se poser et à laquelle il devait répondre, après avoir défini le marché pertinent, du point de vue du droit comme du point de vue des faits, était de savoir si le CN avait démontré, selon la prépondérance des probabilités, que le prix non compensatoire n'avait pas pour effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence sur ce marché. L'Office ne s'est pas posé cette question et il n'y a pas répondu. Au contraire, l'Office s'est demandé si le prix non compensatoire avait l'effet immédiat ou éventuel d'éliminer un concurrent du marché, et il a répondu que tel n'était pas le cas. Le juge Hugessen justifie l'aspect correct de cette question et de cette réponse en invoquant les

provisions of that Act and jurisprudence developed in criminal proceedings under predecessor legislation, paragraph 34(1)(c) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 16] of the *Combines Investigation Act*.

Paragraph 50(1)(c) and its predecessor, paragraph 34(1)(c), created the offence of predatory pricing. I reproduce both paragraphs here for ease of reference:

Combines Investigation Act

34. (1) Every one engaged in a business who

(c) engages in a policy of selling products at prices unreasonably low, having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have such effect,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years. [Emphasis added.]

Competition Act

50. (1) Every one engaged in a business who

(c) engages in a policy of selling products at prices unreasonably low, having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have that effect, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years. [Emphasis added.]

To be sure, the language used in subsection 113(5) is, in some respects, similar to that used in these paragraphs. But in other respects it is different. The Agency was under a duty to take those differences as well as the similarities into account in deciding on the meaning of the subsection and the true object and intent of Parliament in enacting it. The first difference to note is that paragraphs 34(1)(c) and 50(1)(c) proscribe a policy or sustained practice of predatory pricing, while subsection 113(5) does not. It speaks only of a single non-compensatory rate. The second difference is that the conduct proscribed by those paragraphs is selling at prices that are unreasonably low, while subsection 113(5) proscribes non-compensatory rates, a term defined in subsection

dispositions de l'alinéa 50(1)c) de la *Loi sur la concurrence*, les directives émises par le directeur en application de cette Loi et la jurisprudence découlant des poursuites criminelles intentées en vertu de la loi antérieure, soit l'alinéa 34(1)c) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 76, art. 16] de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

L'alinéa 50(1)c) et son prédécesseur, l'alinéa 34(1)c), énonçaient les éléments constitutifs du délit que représente l'établissement de prix d'éviction. Je reproduis ces deux alinéas pour en faciliter la consultation:

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions

34. (1) Toute personne qui, s'adonnant à une entreprise,

c) se livre à une politique de vente de produits à des prix déraisonnablement bas, cette politique ayant pour effet ou tendance de réduire sensiblement la concurrence ou d'éliminer dans une large mesure un concurrent, ou étant destinée à avoir un semblable effet,

est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans. [Non souligné dans l'original.]

Loi sur la concurrence

50. (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de deux ans toute personne qui, s'adonnant à une entreprise, selon le cas:

c) se livre à une politique de vente de produits à des prix déraisonnablement bas, cette politique ayant pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent, ou étant destinée à avoir un semblable effet. [Non souligné dans l'original.]

De toute évidence, le texte du paragraphe 113(5) est, à bien des égards, semblable à celui de ces alinéas. Mais il en est aussi différent. L'Office avait le devoir de tenir compte de ces différences aussi bien que des similitudes en interprétant ce paragraphe et en cherchant le véritable objet ainsi que l'intention du législateur au moment de son adoption. La première différence vient de ce que les alinéas 34(1)c) et 50(1)c) interdisent une politique ou une pratique continue de prix d'éviction, alors que le paragraphe 113(5) ne comporte pas une telle interdiction. Ce paragraphe traite uniquement d'un seul prix non compensatoire. Deuxièmement, la conduite proscrire par ces alinéas est la vente à des prix déraisonnablement bas, alors que le paragraphe 113(5) prohibe les

112(3). The third difference is that the offence created is made out if one of the consequences of the proscribed conduct is eliminating a competitor. Under subsection 113(5), on the other hand, the railway must disprove that the non-compensatory rate has the effect or tendency of significantly harming a competitor. Surely, significant harm to a competitor is not synonymous with elimination of that competitor. It is also significant, I think, that in the Act, Parliament did not create the offence of predatory pricing as it did in the *Competition Act*. Instead, in subsection 113(5), Parliament provided a “defence” to a railway whose conduct is alleged to have fallen short of the rule laid down in subsection 112(2) of the Act.

In its analysis, the Agency was obliged to heed and give effect to the language used by Parliament in subsection 113(5). That obligation could not be discharged by fixing its gaze on the language used in another statute, enacted for a different, though related, purpose and basing its interpretation of the subsection on policies and jurisprudence developed under that other statute. It is elementary that in the interpretation of statutes, the assumption must be that Parliament does not legislate in vain. The language used in the statute being construed must be given its ordinary meaning having regard to context. The Agency failed to do so in this case and fell into error.

Sections 112 and 113 must be read together. Subsections 112(1) and (2) of the Act require all rates, including rates in confidential contracts, to be compensatory. This is the general rule. Subsection 112(3) provides that a rate is deemed to be non-compensatory when it exceeds the variable costs of the movement of the traffic concerned, as determined by the Agency. This is an absolute. There is no choice in the matter. A rate charged by a railway, whether compensatory or not, is movement specific, i.e., it relates to a specific movement for a specific customer. The requirement that all rates be compensatory applies to any single rate. Unlike paragraph 50(1)(c) of the *Competition Act* which requires a pol-

prix non compensatoires, expression définie au paragraphe 112(3). Troisièmement, en vertu de ces alinéas, un acte criminel est commis si la conduite pros- crite a, entre autres conséquences, celle d'éliminer un concurrent. Aux termes du paragraphe 113(5), en revanche, la compagnie de chemin de fer est tenue de prouver que le prix non compensatoire n'a pas l'effet immédiat ou éventuel de nuire notablement à un concurrent. De toute évidence, nuire notablement à un concurrent n'est pas synonyme d'éliminer ce concurrent. À mon avis, il est également important de noter que, dans la Loi, l'établissement de prix d'éviction ne constitue pas un délit comme c'est le cas dans la *Loi sur la concurrence*. Au contraire, au paragraphe 113(5), le législateur a prévu un «moyen de défense» dont peut se prévaloir une compagnie de chemin de fer dont la conduite est présumée ne pas respecter la règle établie au paragraphe 112(2) de la Loi.

Dans son analyse, l'Office avait l'obligation de tenir compte du texte adopté par le législateur au paragraphe 113(5) et de lui donner son plein effet. Il ne pouvait s'acquitter de cette obligation en s'appuyant sur le texte d'une autre loi poursuivant une fin différente, bien que connexe, et en fondant son interprétation du paragraphe sur des politiques et une jurisprudence établies en vertu de cette autre loi. Il est élémentaire qu'en interprétant les lois, il faut présumer que le Parlement ne légifère pas en vain. Le texte utilisé dans la loi faisant l'objet de l'examen doit être interprété selon l'acception courante des mots compte tenu du contexte. Comme l'Office n'a pas respecté cette règle, il a commis une erreur.

Les articles 112 et 113 doivent être lus conjointement. Les paragraphes 112(1) et (2) de la Loi exigent que tous les prix, y compris les prix fixés dans les contrats confidentiels, soient compensatoires. C'est la règle générale. Le paragraphe 112(3) porte qu'un taux est réputé compensatoire s'il est supérieur au coût variable, déterminé par l'Office, du transport visé. C'est une règle absolue ne donnant pas lieu à l'exercice d'un choix. Le prix exigé par une compagnie de chemin de fer, qu'il soit compensatoire ou non, porte sur un type de transport précis, c'est-à-dire qu'il est lié à un transport spécifique pour un client donné. L'exigence portant que tous les prix doivent être compensatoires s'applique à tous les prix indivi-

icy or sustained practice of selling at unreasonably low prices as a necessary feature of predatory pricing, the Act provides that a single non-compensatory rate must be justified under subsection 113(5) or be disallowed and replaced by one that is compensatory. There is also no choice here. In other words, there is a presumption that a non-compensatory rate will have the effect or tendency of substantially lessening competition or of significantly harming a competitor and was designed to have that effect.²³

So the first question to ask when faced with a non-compensatory rate is whether it has been shown not to have the effect or tendency of substantially lessening competition. However, since competition exists only in a market economy, market definition is a necessary aspect of this question. The only relevant market on which evidence was led was the movement of traffic in fine crushed salt from Windsor to Bécancour. That was the movement of traffic in respect of which the appellants' complaint was made. That was the movement of traffic in respect of which the Agency found the rate non-compensatory. On the evidence, that was the only field of rivalry between CN and ULS. There was no evidence that the two were rivals in the movement of the traffic in coarse crushed salt or in table salt. The Agency therefore erred in construing subsection 113(5) by considering other product markets in deciding whether the non-compensatory rate had the effect or tendency of substantially lessening competition.

It is *nihil ad rem* to say, as the Agency did, that ULS is still present in the transportation market, that it is still carrying 70% of the traffic in coarse crushed salt or that ULS would be able to recapture the traffic in fine crushed salt if CN raised its rate above com-

²³ *In the matter of a complaint made by Atlantic Container Express Inc. dated July 6, 1989 that the Canadian National Railway Company is charging certain rates to Newfoundland destinations not consistent with the Terms of Union and National Transportation Agency Decision No. 266-R-1991 dated May 22, 1991 (decision rendered 6 May 1992), No. 254-R-1992 (N.T.A.), at p. 6.*

duels. Contrairement à l'alinéa 50(1)c de la *Loi sur la concurrence* selon lequel une politique ou une pratique continue de vente de produits à des prix déraisonnablement bas constitue un élément essentiel d'une pratique de prix d'éviction, la Loi porte qu'un seul prix non compensatoire doit être justifié en vertu du paragraphe 113(5) sous peine d'être rejeté et remplacé par un prix compensatoire. Il n'y a pas non plus de choix à exercer dans cette situation. Autrement dit, il existe une présomption selon laquelle le prix non compensatoire a l'effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence ou de nuire notablement à un concurrent et d'avoir été conçu pour produire un tel effet²³.

La première question qu'il faut se poser face à un prix non compensatoire est donc de déterminer s'il a été démontré que ce prix n'a pas l'effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence. Toutefois, puisque la concurrence n'existe que dans une économie de marché, il faut nécessairement, pour répondre à cette question, définir le marché visé. Le transport du sel fin de Windsor à Bécancour est le seul marché pertinent dont la preuve fasse mention. La plainte des appelantes portait sur ce transport précis. C'est au sujet de ce transport que l'Office a conclu que le prix n'était pas compensatoire. Selon la preuve, c'est le seul point de rivalité entre le CN et ULS. Aucun élément de preuve ne tend à établir que ces deux entreprises se faisaient concurrence pour le transport du gros sel ou du sel de table. L'Office a donc commis une erreur quand, dans son interprétation du paragraphe 113(5), il a examiné d'autres marchés de produits pour décider si le prix non compensatoire avait l'effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence.

Cela ne change rien de dire, comme l'Office l'a fait, qu'ULS est toujours présente sur le marché du transport, et qu'elle effectue encore 70 pour cent du transport du gros sel ou qu'ULS serait en mesure de reprendre sa part du marché du transport du sel fin si

²³ *Affaire relative à une plainte déposée par Atlantic Container Express Inc., le 6 juillet 1989, selon laquelle certains prix exigés par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada pour le transport vers Terre-Neuve seraient non conformes aux Conditions d'adhésion et à la décision n° 266-R-1991 de l'Office national des transports en date du 22 mai 1991 (décision en date du 6 mai 1992), n° 254-R-1992 (O.N.T.), à la p. 6.*

petitive levels. The issue before the Agency was not CN's conduct in the global transportation market or the global market for the movement of traffic in salt. There certainly was no clear evidence that ULS could recapture the lost traffic if CN raised its rate above competitive levels. The only issue in respect of which evidence was led was that relating to the market for the movement of fine crushed salt from Windsor to Bécancour. The Agency failed to deal solely with this issue because it misread the first branch of subsection 113(5). In doing so, it asked the wrong question and gave the wrong answer, thus committing an error of law.

I should not leave this aspect of the appeal without saying that the wrong test which the Agency applied as a result of its incorrect interpretation of the first branch of subsection 113(5) is not assisted by statements such as: "Price cutting is, after all, a symptom of vigorous competition rather than otherwise" or "It is only when low prices form part of a monopolistic strategy that they become anti-competitive." Whatever validity such statements might have in other contexts, they have none for sections 112 and 113 of the Act. What subsection 112(2) proscribes is a rate that is non-compensatory. All rates must be compensatory, so that subsection reads. Furthermore, subsection 113(5) does not require the showing of a "monopolistic strategy". It requires justification of a rate that is non-compensatory in order to avoid the mandatory sanctions of disallowance and substitution.

f) Significant Harm to Competitor

The appellants led evidence before the Agency that they priced their marine services strategically so that their collective services would be competitive with any price that CN would propose. However, the Agency found that only CN and ULS were competitors.

The appellants also led evidence that they had suffered significant financial loss as a direct result of

le CN augmentait son prix au-delà des niveaux concurrentiels. La question dont l'Office était saisi ne portait pas sur la conduite du CN sur le marché global du transport ou sur le marché global du transport du sel. Il n'y a manifestement aucun indice précis dans la preuve déposée qui permette de conclure qu'ULS pourrait reprendre la part du trafic qu'elle a perdue si le CN haussait ses prix au-delà des niveaux concurrentiels. Des éléments de preuve n'ont été fournis que sur un seul point, savoir le transport du sel fin de Windsor à Bécancour. L'Office n'a pas traité uniquement de cette question parce qu'il a mal interprété la première condition du paragraphe 113(5). Ce faisant, il a posé la mauvaise question et y a donné la mauvaise réponse, et il a donc commis une erreur de droit.

Avant de passer à un autre sujet, je tiens à préciser que le critère non approprié que l'Office a appliqué du fait qu'il a mal interprété la première condition du paragraphe 113(5) n'est pas appuyé par des déclarations de ce genre: [TRADUCTION] «Après tout, le gâchage des prix est souvent le signe d'une concurrence vigoureuse, plutôt que son contraire» ou «C'est uniquement lorsque les bas prix font partie d'une stratégie monopolistique qu'ils deviennent anticoncurrentiels». Quelle que soit la validité de telles affirmations dans d'autres contextes, elles n'en n'ont aucune pour l'interprétation des articles 112 et 113 de la Loi. Le paragraphe 112(2) interdit l'établissement d'un prix qui n'est pas compensatoire. Tous les prix doivent être compensatoires, selon la prescription de ce paragraphe. En outre, le paragraphe 113(5) n'exige pas la preuve d'une «stratégie monopolistique». Il exige qu'un prix qui n'est pas compensatoire soit justifié, à défaut de quoi il sera obligatoirement rejeté et remplacé.

h) Le préjudice notable causé à un concurrent

Les appelantes ont déposé des éléments de preuve devant l'Office indiquant qu'elles établissent le prix de leurs services maritimes selon une stratégie qui leur permet, pour leurs services collectifs, de soutenir la concurrence avec tous les prix que le CN propose. Toutefois, l'Office a conclu que seul le CN et ULS étaient en concurrence.

Les appelantes ont également déposé des éléments de preuve établissant qu'elles ont subi des pertes

CN's non-compensatory rate and the consequent loss of the movement of traffic in fine crushed salt. Nonetheless, the reasons of the Agency are devoid of any analysis as to whether the appellants other than ULS were competitors in light of this evidence and, if so, whether the harm to them should be considered in its analysis of harm to a competitor within the meaning of the second branch of the subsection.

I was at first inclined to the view, expressed by Mr. Justice Hugessen, that the Agency committed no reviewable error in finding that ULS and CN were the only competitors. Upon reflection, however, I have concluded that on a proper definition of the relevant market as I have outlined it, the Agency might well have decided, on the evidence, that all the appellants were competitors and that the harm to them should be considered. I am therefore unable to assent to Mr. Justice Hugessen's conclusion that the appellants other than ULS were not competitors or that the evidence of the harm which they suffered as a direct result of the non-compensatory rate was irrelevant.

I turn now to a consideration of the Agency's reasons for concluding that the non-compensatory rate did not have the effect or tendency of harming ULS. For convenience, I reproduce the relevant portions of those reasons:²⁴

The Complainants cite statistics which indicate that CN now has 100 percent of the ICI fine crushed salt market and that ULS has lost 30 percent of its total salt traffic, suggesting that the fine crushed salt is a significant portion of the ULS traffic. CN alleges, however, that of the combined rail and marine traffic for salt, the rail share was 16 percent in 1991 and the salt which is the subject of this complaint comprises only one percent of all the ULS traffic, and thus is not a significant share.

In view of the fact that the volume-related statistics referred to above indicate that this salt traffic is only a small percentage of the ULS total traffic, the Agency finds that CN has established to its satisfaction that the rate charged by CN did not significantly harm ULS. The arguments raised by the Complainants

financières importantes résultant directement de la fixation d'un prix non compensatoire par le CN et de la perte du transport du sel fin qui en a découlé. Néanmoins, les motifs de l'Office ne font état d'aucune analyse qui lui aurait permis de déterminer si l'une ou l'autre des appelantes, en dehors d'ULS, étaient des concurrentes au vu de ces éléments de preuve et, si tel était le cas, si le préjudice qui leur a été causé devait être pris en compte dans son analyse du préjudice causé à un concurrent, comme l'exige la deuxième condition du paragraphe.

De prime abord, j'étais disposé à accepter l'opinion, exprimée par le juge Hugessen, selon laquelle l'Office n'a commis aucune erreur susceptible de révision en concluant qu'ULS et le CN étaient les seuls concurrents visés. Après réflexion, toutefois, j'ai conclu que, s'il avait utilisé la définition appropriée du marché pertinent que j'ai donnée ci-dessus, l'Office aurait bien pu décider, à partir de la preuve, que toutes les appelantes étaient des concurrentes et que le préjudice qui leur a été causé devait être pris en compte. Je ne peux donc souscrire à la conclusion du juge Hugessen selon laquelle les appelantes autres qu'ULS ne sont pas des concurrentes ou que la preuve du préjudice qu'elles ont subi en conséquence directe du prix non compensatoire n'était pas pertinente.

J'examine maintenant les motifs sur lesquels l'Office s'est fondé pour conclure que le prix non compensatoire n'avait pas l'effet immédiat ou éventuel de nuire à ULS. Pour faciliter la consultation, je reproduis ci-dessous les parties pertinentes de ces motifs²⁴:

[TRADUCTION] Les plaignantes citent des statistiques qui indiquent que le CN détient maintenant la totalité du marché du sel fin d'ICI et qu'ULS a perdu 30 pour cent de son trafic global de sel, laissant entendre que le sel fin est un élément important du trafic d'ULS. Le CN allègue, toutefois, que, sur la totalité du transport combiné du sel par rail et par mer, la part du transport par rail était de 16 pour cent en 1991 et que le sel qui fait l'objet de cette plainte ne compte que pour un pour cent du trafic global d'ULS, ce qui n'est pas une part importante.

Compte tenu du fait que les statistiques sur les volumes, dont il est question ci-dessus, indiquent que le trafic du sel ne représente qu'un faible pourcentage du trafic global d'ULS, l'Office conclut que le CN l'a convaincu que le prix qu'il exige n'a pas nuï notablement à ULS. Les arguments soulevés par les plai-

²⁴ Reasons, Appeal Book, vol. 1, at p. 16.

²⁴ Motifs, dossier d'appel, vol. 1, à la p. 16.

with regard to the ULS loss of backhaul traffic are not relevant in this case and were not taken into consideration.

I commence by making some observations on the Agency's refusal to take into account evidence of the loss of the backhaul traffic. The uncontradicted evidence before the Agency was that in order to compete for the traffic in fine crushed salt, ULS fronthauled fine crushed salt from Windsor to Bécancour and backhauled iron ore from Bécancour to other ports on the Great Lakes. There was also evidence that ULS lost the movement of the backhaul traffic as a direct result of its loss of the fronthaul traffic. Since backhaul traffic in iron ore was an integral part of the fronthaul traffic in fine crushed salt, it defies logic that the backhaul traffic should be considered irrelevant. But this is what the Agency did. To seek to justify the Agency's approach on the basis that the loss of backhaul traffic was included in the consideration of the loss of fronthaul traffic is to misread the record. There is no evidence that the loss of backhaul traffic was included in the quantification of the loss of fronthaul traffic. I conclude that the Agency committed legal error by refusing to consider relevant evidence in its assessment of the extent of the harm suffered by ULS.

As regards the Agency's conclusion that it was satisfied that the non-compensatory rate "charged by CN did not significantly harm ULS"²⁵, I need only repeat what I have already said, i.e. that the conclusion is based on an incorrect definition of the relevant market. The statistical evidence proved that ULS had lost 100% of the movement of the traffic in fine crushed salt from Windsor to Bécancour. That was the market in respect of which the complaint was made, in relation to which the rate was found to be non-compensatory, and in relation to which "competition" and "competitor" were to be assessed. This is the analysis that a correct interpretation of the language of sections 112 and 113 required. By including in its analysis evidence of traffic in a different product and in a different geographical market, the Agency based its conclusion on irrelevant considera-

²⁵ *Ibid.*

gnantes ayant trait à la perte par ULS du trafic de retour ne sont pas pertinents en l'espèce et n'ont donc pas été pris en compte.

Je ferai tout d'abord quelques observations sur le refus de l'Office de prendre en compte les éléments de preuve ayant trait à la perte du trafic de retour. La preuve non contredite déposée devant l'Office révèle que, pour être en mesure de soutenir la concurrence pour le transport du sel fin, ULS transportait du sel fin de Windsor à Bécancour et, au retour, du minerai de fer de Bécancour à destination d'autres ports situés sur les Grands Lacs. Il y avait également des éléments de preuve indiquant qu'ULS a perdu ce trafic de retour en conséquence directe de la perte du transport du sel fin à l'aller. Étant donné que le transport du minerai de fer au retour faisait partie intégrante du trafic du sel fin à l'aller, il est contraire à la logique de prétendre que le trafic de retour n'est pas pertinent. Mais c'est ce que l'Office a conclu. Ce serait mal interpréter le dossier que d'essayer de justifier l'approche de l'Office en prétendant que la perte du trafic de retour a été prise en compte dans la perte du trafic à l'aller. Aucun élément de preuve ne laisse entendre que la perte du trafic de retour était incluse dans l'évaluation de la perte du trafic à l'aller. Je conclus que l'Office a commis une erreur de droit en refusant de considérer une preuve pertinente dans son évaluation de la gravité du préjudice causé à ULS.

Quant à la conclusion de l'Office selon laquelle il est convaincu que le prix non compensatoire «exigé par le CN n'a pas nui notablement à ULS»²⁵, je me contenterai de répéter ce que j'ai déjà dit, c'est-à-dire que cette conclusion se fonde sur une définition erronée du marché pertinent. La preuve statistique démontre qu'ULS a perdu la totalité du trafic du sel fin de Windsor à Bécancour. C'est ce marché qui a fait l'objet de la plainte, au sujet duquel on a constaté que le prix n'était pas compensatoire, et à l'égard duquel il fallait évaluer les mots «concurrence» et «concurrent». Il ressort d'une interprétation correcte du texte des articles 112 et 113 que c'est cette analyse qui s'imposait. En incluant dans cette analyse des éléments de preuve relatifs au trafic d'un produit différent sur un marché géographique différent, l'Office a fondé sa conclusion sur des considérations non

²⁵ *Ibid.*

tions and thus fell into legal error flowing from a serious misreading of the relevant sections of the Act, including subsection 113(5).

VII. Summary

The purpose of the Act is to allow free but fair competition in the national transportation market, not as an end in itself, but in order to enhance the competitiveness of the consumers of national transportation services. To achieve that purpose, subsection 112(2) enacted the general rule that every rate for the movement of traffic in freight by a railway shall be compensatory, i.e., not below the variable cost of the particular movement. Subsection 113(5) is an exception to the general rule. As evidenced by reference to the minutes of the proceedings in the Senate and House of Commons, the subsection was enacted to allow railways to charge a non-compensatory rate provided competition was not substantially reduced or a competitor was not significantly harmed thereby.

Without undertaking the analysis required properly to determine their meaning, the Agency engaged in a ritualistic incantation of the words of subsection 113(5), and thus based its decision on an erroneous interpretation of that subsection by failing to assess correctly whether the non-compensatory rate charged by the respondent CN had the effect or tendency of substantially lessening competition or significantly harming a competitor in the relevant market or was designed to have that effect.

VIII. Conclusion

I would answer in the affirmative the question propounded in the order granting leave to appeal, set aside the decision of the Agency and remit the hearing of the appellants' complaint to the Agency, differently constituted, for redetermination in accordance with these reasons.

In view of this conclusion, I do not find it necessary to decide whether the substitution of a compensatory rate, if necessary, should have retroactive effect.

* * *

pertinentes et il a donc commis une erreur de droit qui découle d'une grave erreur d'interprétation des articles pertinents de la Loi, y inclus le paragraphe 113(5).

VII. Résumé

La Loi a pour objet de favoriser une libre mais honnête concurrence sur le marché national des transports, non pas comme fin en soi, mais de façon à promouvoir la concurrence entre des consommateurs des services de transport nationaux. Pour réaliser cet objectif, le paragraphe 112(2) énonce la règle générale indiquant que tous les prix fixés pour le transport des marchandises par une compagnie de chemin de fer doivent être compensatoires, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas être inférieurs au coût variable du transport visé. Le paragraphe 113(5) est une exception à la règle générale. Comme en font preuve les procès-verbaux des délibérations du Sénat et de la Chambre des communes, le paragraphe a été adopté pour permettre aux compagnies de chemin de fer d'exiger un prix non compensatoire à condition qu'il n'y ait pas de réduction notable de la concurrence et qu'un concurrent n'en ait pas subi un préjudice notable.

Sans effectuer l'analyse nécessaire qui lui aurait permis de déterminer le sens des mots, l'Office a prononcé comme une incantation rituelle les mots utilisés au paragraphe 113(5), et en est arrivé ainsi à fonder sa décision sur une interprétation erronée de ce paragraphe puisqu'il a omis d'évaluer correctement si le prix non compensatoire exigé par l'intimé CN avait l'effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence ou de nuire notablement à un concurrent sur le marché pertinent ou avait été conçu pour produire un tel effet.

VIII. Conclusion

Je répondrais par l'affirmative à la question posée dans l'ordonnance autorisant l'appel, j'annulerais la décision de l'Office et je renverrais la plainte des appelantes devant une formation différente de l'Office, pour qu'elle soit réexaminée en conformité avec les présents motifs.

Compte tenu de cette conclusion, je suis d'avis qu'il n'est pas nécessaire de décider si la substitution d'un taux compensatoire, s'il y a lieu, devrait avoir un effet rétroactif.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.A.:

Introduction

This is an appeal by leave from a decision of the National Transportation Agency rendered following an investigation pursuant to section 113 of the *National Transportation Act, 1987*²⁶ of a complaint lodged by Upper Lakes Group Inc. (hereinafter ULS) and others against Canadian National Railway Company (hereinafter CN) for alleged breach of section 112 of that Act. Sections 112 and 113 read as follows:

112. (1) In this section and section 113, "rate" means any net rate, whether it

(a) is an agreed charge or is set out in a tariff or confidential contract, or

(b) is prescribed or determined in the manner prescribed pursuant to paragraph 152(4)(b) or established as a competitive line rate,

determined after deduction of any rebate, reduction or allowance set out in an agreed charge, tariff or confidential contract.

(2) Every rate shall be compensatory.

(3) A rate shall be deemed to be compensatory when it exceeds the variable cost, as determined by the Agency, of the movement of the traffic concerned.

(4) In determining for the purposes of subsection (3) the variable cost of any movement of traffic by a railway company, the Agency

(a) may, subject to paragraphs (b) and (c) and to the regulations made under section 349 of the *Railway Act*, include therein or exclude therefrom such items or factors relating to costs as the Agency considers appropriate;

(b) shall compute the costs of capital in all cases by using the costs of capital approved by the Agency as appropriate for the Canadian rail division of Canadian Pacific Limited; and

(c) shall use the costs specific to that movement by the company if specific costs are available or, if specific costs are not available, the available costs that are most directly related to that movement.

113. (1) Where the Agency receives a complaint made by any person that a rate is not compensatory, the Agency shall conduct such investigation of the rate as, in its opinion, is warranted.

²⁶ R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.:

^a Introduction

^b Il s'agit d'un appel interjeté sur permission à l'encontre d'une décision de l'Office national des transports prise à l'issue d'une enquête effectuée aux termes de l'article 113 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*²⁶ par suite d'une plainte déposée par Upper Lakes Group Inc. (ci-après ULS) et d'autres alléguant que la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (ci-après le CN) a violé l'article 112 de cette Loi. Les articles 112 et 113 sont reproduits ci-dessous:

^d **112.** (1) Dans le présent article et à l'article 113, on entend par «prix» le prix net—déterminé après déduction de tout rabais, réduction ou allocation établie dans un prix convenu, un tarif ou un contrat confidentiel—qui est:

^e a) soit un prix convenu ou un prix contenu dans un tarif ou un contrat confidentiel;

b) soit fixé par règlement ou de la manière réglementaire par l'Office en application de l'alinéa 152(4)b) ou établi à titre de prix de ligne concurrentiel.

(2) Les prix doivent être compensatoires.

^f (3) Un prix est réputé compensatoire s'il est supérieur au coût variable, déterminé par l'Office, du transport visé.

^g (4) Pour la détermination, aux fins du paragraphe (3), du coût variable du transport effectué par une compagnie de chemin de fer, l'Office;

a) peut, sous réserve des alinéas b) et c) et des règlements d'application de l'article 349 de la *Loi sur les chemins de fer*, inclure ou exclure les articles ou facteurs relatifs aux frais qu'il estime indiqués;

^h b) doit calculer les coûts du capital dans tous les cas en utilisant tels frais qu'il a jugés convenables pour la section canadienne du rail de Canadien Pacifique Limitée;

ⁱ c) doit utiliser les frais propres à ce transport, si ces frais sont disponibles ou, s'ils ne le sont pas, utiliser les frais disponibles qui sont liés le plus directement à ce transport.

^j **113.** (1) Sur réception d'une plainte à l'effet qu'un prix n'est pas compensatoire, l'Office mène l'enquête qu'il estime indiquée relativement à ce prix.

²⁶ L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 28.

(2) The Agency may, at any time prior to the completion of an investigation conducted pursuant to subsection (1), make an interim order having the same effect as an order under subsection (5).

(3) Where the Agency is conducting an investigation pursuant to subsection (1) in relation to a rate charged by a railway company, the Agency may require the company to furnish to it within such period as is specified by it any information that, in the opinion of the Agency, is required by it to determine whether the rate is compensatory.

(4) Where a railway company does not comply with a requirement for information made by the Agency under subsection (3), the Agency may use such cost estimates as appear to it reasonable for the purposes of determining whether the rate charged by the railway company is compensatory.

(5) On completion of an investigation conducted pursuant to subsection (1) and within ninety days after the complaint is received,

(a) the Agency shall determine whether the rate in respect of which the complaint was made is compensatory; and

(b) where the Agency determines that the rate is not compensatory, unless the company establishes to the satisfaction of the Agency that the rate does not have the effect or tendency of substantially lessening competition or significantly harming a competitor and was not designed to have that effect, the Agency shall make an order disallowing that rate and requiring the company to substitute for that rate a rate that is compensatory.

The appeal to this Court is restricted to questions of law or jurisdiction:

65. (1) An appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave therefor being obtained from that Court on application made within one month after the date of the decision, order, rule or regulation sought to be appealed from or within such further time as a judge of the Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Agency, and on hearing such of them as appear and desire to be heard.

The Court, in granting leave, formulated a single question of law as follows:

Is the decision of the Agency founded on a wrong interpretation of subsection 113(5) of the *National Transportation Act, 1987*? [Appeal Book, vol. II, page 274.]

Background

Canadian Salt Company Ltd. (hereinafter CSC) located in Windsor, Ontario, ships large quantities (approximately 270,000 tonnes a year) of fine crushed salt for chemical processes to its customer ICI Forest Products (hereinafter ICI) in Bécancour,

(2) L'Office peut, en tout temps avant la fin de l'enquête menée en application du paragraphe (1), prendre un arrêté intérimaire en vertu du paragraphe (5).

(3) L'Office peut, dans le cadre de l'enquête prévue par le paragraphe (1), obliger la compagnie de chemin de fer visée à lui fournir, dans le délai précisé par lui, les renseignements qu'il estime nécessaires pour déterminer si le prix est compensatoire.

(4) Dans les cas où la compagnie omet de fournir les renseignements exigés en application du paragraphe (3) dans le délai précisé, l'Office peut utiliser les estimés de frais qu'il considère fondés pour déterminer si les prix exigés par la compagnie sont compensatoires.

(5) Après la fin de l'enquête menée en application du paragraphe (1) et dans les quatre-vingt-dix jours suivant la réception de la plainte, l'Office détermine si le prix visé par la plainte est compensatoire et, s'il détermine qu'il n'est pas compensatoire, par arrêté, il rejette le prix et oblige la compagnie à y substituer un prix compensatoire, sauf si la compagnie le convainc que le prix n'a pas l'effet, immédiat ou éventuel, de réduire notablement la concurrence ou de nuire notablement à un concurrent et qu'il n'était pas conçu pour produire un tel effet.

L'appel devant la Cour ne peut porter que sur les questions de droit ou de compétence:

65. (1) Tout acte—décision, arrêté, règle ou règlement—de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence avec l'autorisation de la cour sur demande présentée dans le mois suivant la date de l'acte ou dans le délai supérieur accordé par un juge de la cour en des circonstances spéciales, après notification aux parties et à l'Office et audition de ceux d'entre eux qui comparaisent et désirent être entendus.

La Cour, en autorisant le pourvoi, a formulé une seule question de droit dans les termes suivants:

[TRADUCTION] La décision de l'Office se fonde-t-elle sur une interprétation erronée du paragraphe 113(5) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*? [Dossier d'appel, vol. II, page 274.]

Contexte

La Société canadienne de sel Limitée (ci-après la SCS), située à Windsor (Ontario), expédie de très grandes quantités de sel fin (environ 270 000 tonnes par année) destiné à des transformations chimiques à sa cliente ICI—Secteur forestier (ci-après ICI) à

Quebec. Since the early 1980s, these shipments had been moved by ship during the St. Lawrence seaway navigation season and by rail during the winter months when the seaway was closed. Originally, CSC paid the transportation charges and sold its salt on a delivered basis to ICI. In April 1993, CN negotiated a confidential contract with ICI covering transportation of all of the latter's fine crushed salt requirements for three years. As a result, ICI thereafter purchased its salt undelivered and assumed the entire cost of shipping it from Windsor to Bécancour by rail. ULS, which had been the marine carrier for the bulk of this traffic, lost the business and CN acquired all of it.

In July 1993, ULS filed a complaint with the Agency charging that CN's rate was non-compensatory contrary to subsection 112(2). Joining in the complaint were three unions representing ULS employees and companies representing the port and stevedoring services in Bécancour. At the hearing of the appeal in this Court, interventions were also filed by the Windsor Harbour Commission, the St. Lawrence Seaway Authority, the International Association of Great Lakes Ports, the Canadian Trucking Association, the Chamber of Maritime Commerce and the Canadian Ship Owners Association.

After receiving submissions from the interested persons, the Agency concluded that the rate offered by CN for the transportation of fine crushed salt between Windsor and Bécancour was less than the variable cost calculated by the Agency as attributable to the traffic and that the rate was accordingly non-compensatory within the meaning of section 112. No leave to appeal was sought or obtained in respect of that finding. Since it is one of fact, it is, in the terms of subsection 37(3) of the Act, "binding and conclusive".

The Agency then invited submissions as to the appropriate order which should be made under the terms of paragraph 113(5)(b), *supra*. After considering these submissions the Agency gave the decision

Bécancour (Québec). Depuis le début des années 1980, le sel est expédié par bateau pendant la saison de navigation de la voie maritime du Saint-Laurent et par rail pendant les mois d'hiver quand la voie maritime est fermée. Au début, SCS payait les frais de transport et vendait le sel à ICI, frais de livraison compris. En avril 1993, le CN a négocié un contrat confidentiel avec ICI portant sur le transport de la totalité du sel fin d'ICI pour une période de trois ans. Aux termes de ce contrat, le prix d'achat du sel exclut les frais de livraison et ICI assume la totalité des frais d'expédition de Windsor à Bécancour par rail. ULS, qui assurait auparavant le transport maritime de la majeure partie de cette marchandise, a donc perdu la totalité de ce trafic au profit du CN.

En juillet 1993, ULS a déposé une plainte auprès de l'Office alléguant que le prix fixé par le CN n'était pas compensatoire, contrairement aux prescriptions du paragraphe 112(2). Les trois syndicats représentant les employés d'ULS et des entreprises représentant le port et les services de débarquement à Bécancour se sont joints à cette plainte. À l'audition de l'appel devant la Cour, des interventions ont également été déposées par la Commission du port de Windsor, l'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent, l'International Association of Great Lakes Ports, l'Association canadienne du camionnage, la Chambre de commerce maritime et l'Association des armateurs canadiens.

Après avoir reçu les mémoires des parties intéressées, l'Office a conclu que le prix fixé par le CN pour le transport du sel fin entre Windsor et Bécancour était inférieur au coût variable, déterminé par l'Office, du transport visé et, par conséquent, qu'il s'agissait d'un prix non compensatoire au sens de l'article 112. Aucune demande n'a été présentée en vue d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel contre cette décision. Comme il s'agit d'une question de fait, la décision est, aux termes du paragraphe 37(3) de la Loi, «définitive».

L'Office a ensuite demandé aux parties de lui soumettre leurs observations écrites sur l'ordonnance appropriée qui devrait être rendue aux termes du paragraphe 113(5), précité. Après avoir examiné les

now under attack. The relevant paragraphs of that decision read as follows:

[1] Paragraph 113(5)(b) of the NTA, 1987 requires that the company, in this case CN, establish to the satisfaction of the Agency that the rate for the movement of fine crushed salt between Windsor and Bécancour does not have the effect or tendency of substantially lessening competition or significantly harming a competitor, in this case ULS, and that it was not designed to have that effect.

[2] CN states in its arguments that "Upper Lakes Shipping and Canadian National were not *per se* competitors, but rather carriers making offers to their respective customer." The Agency is of the opinion that when two rival concerns strive to secure as much business as possible by making concessions with respect to price and service, these two concerns are indeed competitors. The question, however, is whether one of these companies designed a rate that was so low as to force the other from the market.

[3] The Complainants cite statistics which indicate that CN now has 100 percent of the ICI fine crushed salt market and that ULS has lost 30 percent of its total salt traffic, suggesting that the fine crushed salt is a significant portion of the ULS traffic. CN alleges, however, that of the combined rail and marine traffic for salt, the rail share was 16 percent in 1991 and the salt which is the subject of this complaint comprises only one percent of all the ULS traffic, and thus is not a significant share.

[4] In view of the fact that the volume-related statistics referred to above indicate that this salt traffic is only a small percentage of the ULS total traffic, the Agency finds that CN has established to its satisfaction that the rate charged by CN did not significantly harm ULS. The arguments raised by the Complainants with regard to the ULS loss of backhaul traffic are not relevant in this case and were not taken into consideration.

[5] Furthermore, the Agency reviewed the evidence and finds that CN did not design its rates for the movement of salt from Windsor to Bécancour with a view to driving ULS from the market and thereafter raising its rates to a higher-than-competitive level in order to recoup any losses incurred. ULS continues to ship approximately 70 percent of the CSC salt in the form of coarse crushed salt. Competition has not been lessened as attested by the ULS continued presence in the transportation market. Should CN at any time raise its rates above competitive levels, ULS would then be able to recapture the traffic presently lost to it. Further, if ICI were faced with a higher-than-competitive rate, it could negotiate for the most market-sensitive rate among all modes during the next round of contract negotiations, and ULS would again have a chance to regain the traffic. The existence of such competition in the marketplace would preclude CN from raising its rates above competitive levels in the future. Therefore, the Agency con-

mémoires déposés, l'Office a rendu la décision contestée en l'espèce. Les paragraphes pertinents de cette décision sont reproduits ci-dessous:

[TRADUCTION] [1] Le paragraphe 113(5) de la LTN de 1987 exige que la compagnie, en l'espèce le CN, convainque l'Office que le prix du transport du sel fin entre Windsor et Bécancour n'a pas l'effet, immédiat ou éventuel, de réduire notablement la concurrence ou de nuire notablement à un concurrent, en l'espèce ULS, et qu'il n'a pas été conçu pour produire un tel effet.

[2] Dans son argumentation, le CN fait valoir que: «Upper Lakes Shipping et le Canadien national ne sont pas de véritables concurrents, mais plutôt des transporteurs qui font des offres de prix à leur client respectif». L'Office est d'avis que, lorsque deux entreprises rivales s'efforcent d'aller chercher le plus grand nombre possible de contrats en faisant des concessions au niveau du prix et du service, ces deux entreprises sont véritablement en concurrence. La question, toutefois, est de savoir si l'une de ces entreprises a conçu un prix assez bas pour évincer l'autre du marché.

[3] Les plaignantes citent des statistiques qui indiquent que le CN détient maintenant la totalité du marché du sel fin d'ICI et qu'ULS a perdu 30 pour cent de son trafic global de sel, laissant entendre que le sel fin est un élément important du trafic d'ULS. Le CN allègue, toutefois, que sur la totalité du transport combiné du sel par rail et par mer, la part du transport par rail était de 16 pour cent en 1991 et que le sel qui fait l'objet de cette plainte ne compte que pour un pour cent du trafic global d'ULS, ce qui n'est pas une part importante.

[4] Compte tenu du fait que les statistiques sur les volumes, dont il est question ci-dessus, indiquent que le trafic du sel ne représente qu'un faible pourcentage du trafic global d'ULS, l'Office conclut que le CN l'a convaincu que le prix qu'il exige n'a pas nuï notablement à ULS. Les arguments soulevés par les plaignantes ayant trait à la perte du trafic de retour d'ULS ne sont pas pertinents en l'espèce et n'ont donc pas été pris en compte.

[5] En outre, après avoir examiné la preuve, l'Office conclut que le CN n'a pas conçu ses prix pour le transport du sel de Windsor à Bécancour en vue d'évincer ULS du marché et, ultérieurement, augmenter ses prix à un niveau supérieur à celui de la concurrence afin de recouvrer les pertes subies. ULS continue d'expédier approximativement 70 pour cent du sel de SCS sous forme de gros sel. La concurrence n'a pas été affaiblie, comme l'atteste le fait qu'ULS est toujours présente sur le marché du transport. Si, à quelque moment que ce soit, le CN augmente ses prix au-delà des niveaux concurrentiels, ULS sera alors en mesure de reprendre sa part de marché. En outre, si le prix offert à ICI est supérieur à celui de la concurrence, celle-ci pourra, au moment de renégocier son contrat, rechercher les meilleurs prix offerts sur le marché parmi les différents modes de transport, et ULS aura alors la possibilité de récupérer sa part de marché. L'existence d'une telle concurrence empêchera à l'avenir le CN de hausser ses prix au-delà des

cludes that CN did not intentionally design the rate to have the effect or the tendency of substantially lessening competition or significantly harming a competitor. [Appeal Book, vol. I, page 16; I have numbered the paragraphs for ease of reference.]

Appellants' position

As I understand them, the appellants' arguments include four separate attacks on this decision:

1) the Agency imposed too high a test and asked itself the wrong question when it inquired whether the rate was "so low as to force the other from the market" (decision, paragraph 2, *supra*);

2) the Agency erred in its definition of the market which was too broad in considering matters other than the traffic in fine crushed salt between Windsor and Bécancour (decision, paragraphs 3, 4, 5, *supra*);

3) the Agency erred in its assessment of significant harm by looking at ULS "total traffic" as well as by refusing to consider the loss of "backhaul" traffic (decision, paragraph 4, *supra*); and

4) the Agency erred in failing to consider the harm caused to the appellants other than ULS and to the various intervenors who are suppliers of services to ULS and have also suffered a loss of business resulting from ULS's loss of traffic.

Standard of review

It is appropriate at the outset to say a word about the standard of review to be applied by this Court on an appeal from the Agency. Two recent decisions of the Supreme Court of Canada are directly in point. They are *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*²⁷ and *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*.²⁸

(An even more recent decision, *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157 also deals with the question but

²⁷ [1989] 1 S.C.R. 1722.

²⁸ [1994] 2 S.C.R. 557.

niveaux concurrentiels. Par conséquent, l'Office conclut que le CN n'a pas intentionnellement conçu ses prix pour qu'ils aient l'effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence ou de nuire notablement à un concurrent. [Dossier d'appel, vol. I, page 16; les paragraphes ont été numérotés pour faciliter la consultation.]

Position des appelantes

D'après mon interprétation, les arguments des appelantes attaquent cette décision sur quatre points:

1) l'Office a imposé un critère trop élevé et s'est posé la mauvaise question quand il s'est demandé si le prix était «assez bas pour évincer l'autre du marché» (paragraphe 2 de la décision précitée);

2) l'Office a commis une erreur en définissant le marché d'une façon si large qu'il englobe des éléments autres que le transport du sel fin entre Windsor et Bécancour (paragraphes 3, 4 et 5 de la décision précitée);

3) l'Office a commis une erreur dans son évaluation du préjudice notable en tenant compte «du trafic global» d'ULS et en refusant de tenir compte de la perte du trafic de retour (paragraphe 4 de la décision précitée); et

4) l'Office a commis une erreur en refusant d'examiner le préjudice causé aux appelantes autres qu'ULS et aux différentes intervenantes qui fournissent des services à ULS et dont le chiffre d'affaires a baissé à cause de la perte de trafic qu'a subie ULS.

Norme de contrôle

Il importe tout d'abord de déterminer la norme de contrôle que doit appliquer la Cour dans un appel interjeté à l'encontre d'une décision de l'Office. Deux arrêts récents de la Cour suprême du Canada traitent directement de cette question. Il s'agit de *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*²⁷ et *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*²⁸.

(Un arrêt encore plus récent, *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157 traite également de la question,

²⁷ [1989] 1 R.C.S. 1722.

²⁸ [1994] 2 R.C.S. 557.

in the context of judicial review rather than statutory appeal.)

The following passage from the reasons for judgment of Iacobucci J. in *Pezim, supra*, [at pages 590-591] quoting from the reasons for judgment of Gonthier J. in *Bell Canada, supra*, summarizes the current state of the law:

Having regard to the large number of factors relevant in determining the applicable standard of review, the courts have developed a spectrum that ranges from the standard of reasonableness to that of correctness. Courts have also enunciated a principle of deference that applies not just to the facts as found by the tribunal, but also to the legal questions before the tribunal in the light of its role and expertise. At the reasonableness end of the spectrum, where deference is at its highest, are those cases where a tribunal is protected by a true privative clause, is deciding a matter within its jurisdiction and where there is no statutory right of appeal. See *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1089 (*Bibeault*), and *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756.

At the correctness end of the spectrum, where deference in terms of legal questions is at its lowest, are those cases where the issues concern the interpretation of a provision limiting the tribunal's jurisdiction (jurisdictional error) or where there is a statutory right of appeal which allows the reviewing court to substitute its opinion for that of the tribunal and where the tribunal has no greater expertise than the court on the issue in question, as for example in the area of human rights. See for example *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, and *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353.

The case at bar falls between these two extremes. On one hand, we are dealing with a statutory right of appeal pursuant to s. 149 of the Act. On the other hand, we are dealing with an appeal from a highly specialized tribunal on an issue which arguably goes to the core of its regulatory mandate and expertise.

This Court's decision in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722 (*Bell Canada*), is particularly helpful in deciding the present case as it dealt with a statutory right of appeal rather than an application for judicial review. Gonthier J., writing for this Court, stated the following at pp. 1745-46:

It is trite to say that the jurisdiction of a court on appeal is much broader than the jurisdiction of a court on judicial

mais sous l'angle du contrôle judiciaire plutôt que dans le contexte d'un appel prévu par la loi.)

Le passage suivant tiré des motifs du juge Iacobucci dans l'arrêt *Pezim*, précité [aux pages 590 et 591], reprenant les motifs du juge Gonthier dans l'arrêt *Bell Canada*, précité, résume l'état actuel du droit:

Compte tenu du grand nombre de facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle applicable, les tribunaux ont élaboré toute une gamme de normes allant de celle de la décision manifestement déraisonnable à celle de la décision correcte. Les tribunaux ont également formulé un principe de retenue judiciaire qui s'applique à l'égard non seulement de faits constatés par le tribunal, mais aussi des questions de droit dont le tribunal est saisi en raison de son rôle et de son expertise. Pour ce qui est des décisions manifestement déraisonnables, qui appellent la plus grande retenue, ce sont les cas où un tribunal protégé par une véritable clause privative rend une décision relevant de sa compétence et où il n'existe aucun droit d'appel prévu par la loi. Voir les arrêts *Le Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. La Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1089 (*Bibeault*), et *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756.

Quand aux décisions correctes où l'on est tenu à une moins grande retenue relativement aux questions juridiques, ce sont les cas où les questions en litige portent sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence du tribunal (erreur dans l'exercice de la compétence) ou encore les cas où la loi prévoit un droit d'appel qui permet au tribunal siégeant en révision de substituer son opinion à celle du tribunal, et où le tribunal ne possède pas une expertise plus grande que la cour de justice sur la question soulevée, par exemple dans le domaine des droits de la personne. Voir les arrêts *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, et *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353.

Le présent pourvoi se situe entre ces deux extrêmes. D'une part, il existe en l'espèce un droit d'appel conformément à l'art. 149 de la Loi. D'autre part, il s'agit d'un appel contre la décision d'un tribunal très spécialisé sur une question qui, peut-on soutenir, touche directement le mandat et l'expertise que lui confère le texte réglementaire.

L'arrêt de notre Cour *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722 (*Bell Canada*), est tout particulièrement utile en l'espèce puisqu'il portait sur un droit d'appel prévu par la loi plutôt que sur une demande de contrôle judiciaire. Le juge Gonthier, s'exprimant au nom de notre Cour, affirme, aux pp. 1745 et 1746:

Il va de soi que la compétence d'un tribunal saisi d'un appel est beaucoup plus large que celle d'un tribunal qui exerce un

review. In principle, a court is entitled, on appeal, to disagree with the reasoning of the lower tribunal.

However, within the context of a statutory appeal from an administrative tribunal, additional consideration must be given to the principle of specialization of duties. Although an appeal tribunal has the right to disagree with the lower tribunal on issues which fall within the scope of the statutory appeal, curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise.

Consequently, even where there is no privative clause and where there is a statutory right of appeal, the concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters which fall squarely within the tribunal's expertise. [Emphasis in text.]

Since we are here dealing with a highly specialized tribunal whose decisions are binding and conclusive on matters of fact but subject to appeal on questions of law or jurisdiction only, I take it that the standard is one of correctness tempered by due regard for the experience and expertise of a senior administrative tribunal in the interpretation, application and operation of a non-jurisdictional provision of its governing statute.

Bearing this standard in mind, I turn now to the appellants' arguments.

The test used by the Agency

As I read the Agency's decision, the test of whether CN's rate was so low as to force ULS from the market was used for the purpose of determining whether CN's rate had the effect or tendency of substantially lessening competition. The appellants suggest that it was also used by the Agency in respect of the question of significant harm but I do not think that this can be the case in the light of the Agency's treatment of the latter question in paragraph 4 of the quoted portion of the decision, *supra*, a treatment, which it may be noted, is also attacked by the appellants on other grounds.

As I understand the appellants' criticism of the test as it is applied to the question of competition it is that

contrôle judiciaire. En principe, le tribunal saisi d'un appel a le droit d'exprimer son désaccord avec le raisonnement du tribunal d'instance inférieure.

Toutefois, dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, il faut de plus tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions. Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise.

Par conséquent, même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel, le concept de la spécialisation des fonctions exige des cours de justice qu'elles fassent preuve de retenue envers l'opinion du tribunal spécialisé sur des questions qui relèvent directement de son champ d'exercice. [Souligné dans l'original.]

Puisque nous avons affaire à un tribunal hautement spécialisé dont les décisions, définitives lorsqu'elles portent sur des questions de fait, ne sont susceptibles d'être portées en appel que lorsqu'elles traitent de questions de droit ou de compétence, je conclus que la norme applicable est celle de la décision correcte atténuée par la retenue qu'il convient d'exercer à l'égard de l'expérience et du champ d'expertise d'un tribunal administratif supérieur dans l'interprétation et l'application d'une disposition de sa loi habilitante ne portant pas sur l'exercice de sa compétence.

En gardant cette norme à l'esprit, j'aborde maintenant les arguments des appelantes.

Le critère utilisé par l'Office

Selon mon interprétation de la décision contestée, l'Office, en se demandant si le prix du CN était assez bas pour évincer ULS du marché, cherchait à déterminer si le prix du CN avait l'effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence. Les appelantes laissent entendre que l'Office a également utilisé ce critère pour déterminer si un préjudice notable avait été causé, mais je ne pense pas que cela puisse être le cas compte tenu de la façon dont l'Office a traité de cette dernière question au paragraphe 4 de l'extrait de sa décision, cité ci-dessus, traitement qui, il est utile de le noter, est également contesté par les appelantes pour d'autres motifs.

Selon mon interprétation, en contestant le critère appliqué à la question de la concurrence, les appe-

it places the threshold too high and that there may be a substantial lessening of competition which does not necessarily have the effect or tendency of driving a competitor from the market. In my view, this criticism fails to take account of the context in which paragraph 113(5)(b) appears and of its legislative purpose.

Prior to the adoption of the *National Transportation Act, 1987*, railway tariffs were subject to regulation by the Agency's predecessor, the Canadian Transport Commission. The requirement that tariffs should be compensatory was contained in section 285 of the *Railway Act*²⁹ and the remedy therefor was found in section 286:

286. (1) The Commission may disallow any freight rate that after investigation the Commission determines is not compensatory.

(2) Where the Commission receives information by way of a complaint or otherwise containing evidence that a freight rate shown in a tariff filed with the Commission is not compensatory, the Commission shall conduct an investigation to determine if that rate is compensatory, and in any other case the Commission may, of its own motion, conduct such an investigation.

There is nothing in this text which ties it directly to competition policy. Indeed, in a context of fully-regulated rates one can well imagine circumstances in which the requirement that rates be compensatory might be invoked by the railways themselves in submissions to the regulator for the purpose of justifying an increase in rates.³⁰

The adoption of the *National Transportation Act, 1987*, effected a radical change of policy in the matter of rates and competition in the transportation industry. That change was succinctly described by my brother Linden J.A. in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (National Transportation Agency)*:³¹

It should be noted that there are novel features in this policy which, *inter alia*, promote intramodal railway competition,

²⁹ R.S.C., 1985 c. R-3.

³⁰ For an example of an attempt by a railway to invoke subsection 112(2) in a rate arbitration case see *Canadian National Railway Co. v. Handyside et al.* (1994), 170 N.R. 353 (F.C.A.).

³¹ [1992] 3 F.C. 145 (C.A.), at p. 150.

lantes prétendent que ce critère place la barre trop haut et qu'il peut y avoir une diminution notable de la concurrence qui n'aurait pas nécessairement pour effet immédiat ou éventuel d'évincer un concurrent du marché. À mon avis, cet argument ne tient pas compte du contexte dans lequel se trouve le paragraphe 113(5) ni de l'objectif recherché par le législateur.

Avant l'adoption de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, les tarifs ferroviaires étaient réglementés par le prédécesseur de l'Office, la Commission canadienne des transports. L'obligation d'établir des taux compensatoires se trouvait à l'article 285 de la *Loi sur les chemins de fer*²⁹ et le redressement approprié était énoncé à l'article 286:

286. (1) La Commission peut rejeter tout taux de transport de marchandises qu'elle estime, après enquête, n'être pas compensatoire.

(2) Lorsque la Commission reçoit, par plainte ou autrement, des renseignements contenant certains éléments de preuve tendant à établir qu'un taux de transport de marchandises indiqué dans un tarif déposé à la Commission n'est pas compensatoire, elle doit mener une enquête pour déterminer si ce taux est compensatoire et, dans tout autre cas, la Commission peut, de son propre chef, mener une telle enquête.

Il n'y a, dans ce texte, aucun élément qui permette de le relier à la politique relative à la concurrence. En fait, dans un contexte de pleine réglementation, on pourrait très bien imaginer une situation dans laquelle l'obligation d'établir des taux compensatoires puisse être invoquée par les compagnies de chemin de fer elles-mêmes pour justifier une demande d'augmentation des taux adressée aux autorités de réglementation.³⁰

L'adoption de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* a radicalement modifié la politique en matière de prix et de concurrence dans l'industrie des transports. Cette modification a été brièvement décrite par le juge Linden, J.C.A., dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée. c. Canada*:³¹

Il convient de remarquer que cette politique révèle de nouvelles particularités qui, notamment, encouragent la concurrence.

²⁹ L.R.C. (1985), ch. R-3.

³⁰ Voir l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux c. Handyside et autres* (1994), 170 N.R. 353 (C.A.F.), dans lequel une compagnie de chemin de fer a tenté d'invoquer le paragraphe 112(2) dans un cas d'arbitrage.

³¹ [1992] 3 C.F. 145 (C.A.), à la p. 150.

underscore that competition and market forces are the prime agents of an effective transportation system and protect shippers without limiting the opportunity of carriers to compete. Before the enactment of this Act in 1987, regulation of railway rates was more rigid, more public and rates were collectively set. With the passage of the new Act, rates are no longer established collectively and publicly in all cases; they may be negotiated individually and confidentially. Rebates and specific rates are allowed, whereas they were not before. The system has been rendered more limber.

The Act itself enunciates Canada's transportation policy in detail in section 3 as follows:

3. (1) It is hereby declared that a safe, economic, efficient and adequate network of viable and effective transportation services accessible to persons with disabilities and making the best use of all available modes of transportation at the lowest total cost is essential to serve the transportation needs of shippers and travellers, including persons with disabilities, and to maintain the economic well-being and growth of Canada and its regions and that those objectives are most likely to be achieved when all carriers are able to compete, both within and among the various modes of transportation, under conditions ensuring that, having due regard to national policy and to legal and constitutional requirements,

(a) the national transportation system meets the highest practicable safety standards,

(b) competition and market forces are, whenever possible, the prime agents in providing viable and effective transportation services,

(c) economic regulation of carriers and modes of transportation occurs only in respect of those services and regions where regulation is necessary to serve the transportation needs of shippers and travellers and such regulation will not unfairly limit the ability of any carrier or mode of transportation to compete freely with any other carrier or mode of transportation,

(d) transportation is recognized as a key to regional economic development and commercial viability of transportation links is balanced with regional economic development objectives in order that the potential economic strengths of each region may be realized,

(e) each carrier or mode of transportation, so far as practicable, bears a fair proportion of the real costs of the resources, facilities and services provided to that carrier or mode of transportation at public expense,

(f) each carrier or mode of transportation, so far as practicable, receives fair and reasonable compensation for the resources, facilities and services that it is required to provide as an imposed public duty, and

rence dans le transport ferroviaire, soulignent que la concurrence et les forces du marché sont les principaux facteurs d'un système de transport efficace, et protègent les expéditeurs sans restreindre la concurrence entre transporteurs. Avant l'adoption de cette Loi en 1987, la réglementation des tarifs ferroviaires était plus rigide, plus publique, et les prix étaient établis collectivement. Depuis l'adoption de la nouvelle Loi, l'établissement des tarifs ne se fait plus collectivement et publiquement dans tous les cas; les négociations peuvent être individuelles et confidentielles. Des rabais et des prix spéciaux, interdits auparavant, sont désormais accordés, et on a donné au système plus de flexibilité.

La Loi elle-même énonce en détail la politique canadienne des transports à l'article 3 dans les termes suivants:

3. (1) Il est déclaré que, d'une part, la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, accessibles aux personnes ayant une déficience, utilisant au mieux et aux moindres frais globaux tous les modes de transport existants, est essentielle à la satisfaction des besoins des expéditeurs et des voyageurs—y compris des personnes ayant une déficience—en matière de transports comme à la prospérité et à la croissance économique du Canada et de ses régions, d'autre part, ces objectifs ont le plus de chances de se réaliser en situation de concurrence, dans et parmi les divers modes de transport, entre tous les transporteurs, à condition que, compte dûment tenu de la politique nationale et du contexte juridique et constitutionnel:

a) le réseau national des transports soit conforme aux normes de sécurité les plus élevées possible dans la pratique;

b) la concurrence et les forces du marché soient, chaque fois que possible, les principaux facteurs en jeu dans la prestation de services de transport viables et efficaces;

c) la réglementation économique des transporteurs et des modes de transport se limite aux services et aux régions à propos desquels elle s'impose dans l'intérêt des expéditeurs et des voyageurs, sans pour autant restreindre abusivement la libre concurrence entre transporteurs ou modes de transport;

d) les transports soient reconnus comme un facteur primordial du développement économique régional et que soit maintenu un équilibre entre les objectifs de rentabilité des liaisons de transport et ceux de développement économique régional en vue de la réalisation du potentiel économique de chaque région;

e) chaque transporteur ou mode de transport supporte, dans la mesure du possible, une juste part du coût réel des ressources, installations et services mis à sa disposition sur les fonds publics;

f) chaque transporteur ou mode de transport soit, dans la mesure du possible, indemnisé, de façon juste et raisonnable, du coût des ressources, installations et services qu'il est tenu de mettre à la disposition du public;

(g) each carrier or mode of transportation, so far as practicable, carries traffic to or from any point in Canada under fares, rates and conditions that do not constitute

- (i) an unfair disadvantage in respect of any such traffic beyond that disadvantage inherent in the location or volume of the traffic, the scale of operation connected therewith or the type of traffic or service involved, *a*
- (ii) an undue obstacle to the mobility of persons, including those persons who are disabled, *b*
- (iii) an undue obstacle to the interchange of commodities between points in Canada, or
- (iv) an unreasonable discouragement to the development of primary or secondary industries or to export trade in or from any region of Canada or to the movement of commodities through Canadian ports, *c*

and this Act is enacted in accordance with and for the attainment of those objectives to the extent that they fall within the purview of subject-matters under the legislative authority of Parliament relating to transportation. *d*

I note in particular the strong emphasis which this policy places upon competition. I also note that almost contemporaneous with the *National Transportation Act, 1987*, Parliament adopted the *Competition Act* in which Canada's competition policy was revised and updated; that Act contains a strong statement of purpose as follows:³² *e*

1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices. *f*

The *Competition Act* in its turn contains provisions respecting predatory pricing which uses language remarkably similar to paragraph 113(5)(b) of the *National Transportation Act, 1987*. Paragraph 50(1)(c) reads: *g*

50. (1) Every one engaged in a business who

g) les liaisons assurées en provenance ou à destination d'un point du Canada par chaque transporteur ou mode de transport s'effectuent, dans la mesure du possible, à des prix et selon des modalités qui ne constituent pas:

- (i) un désavantage injuste pour les autres liaisons de ce genre, mis à part le désavantage inhérent aux lieux desservis, à l'importance du trafic, à l'ampleur des activités connexes ou à la nature du trafic ou du service en cause, *a*
- (ii) un obstacle abusif à la circulation, des personnes, y compris les personnes handicapées, *b*
- (iii) un obstacle abusif à l'échange des marchandises à l'intérieur du Canada, *c*
- (iv) un empêchement excessif au développement des secteurs primaire ou secondaire, aux exportations du Canada ou de ses régions, ou au mouvement des marchandises par les ports canadiens. *d*

Il est en outre déclaré que la présente loi vise à la réalisation de ceux de ces objectifs qui portent sur les questions relevant de la compétence législative du Parlement en matière de transports. *d*

Je note tout particulièrement la très grande importance que cette politique accorde à la concurrence. Je note également que, presque simultanément à la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, le Parlement a adopté la *Loi sur la concurrence*, dans laquelle la politique canadienne sur la concurrence a été révisée et mise à jour; l'objet de cette Loi est énoncé très clairement de la manière suivante:³² *e*

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. *f*

La *Loi sur la concurrence* renferme également certaines dispositions concernant l'établissement de prix d'éviction dont le texte anglais est remarquablement similaire à celui du paragraphe 113(5) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*. L'alinéa 50(1)(c) est reproduit ci-dessous: *g*

50. (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de deux ans toute personne qui, s'adonnant à une entreprise, selon le cas: *g*

³² R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), s. 1.1 (as enacted *idem*).

³² L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), art. 1.1 (édicte, *idem*).

(c) engages in a policy of selling products at prices unreasonably low, having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have that effect,

The Agency, rightly in my view, has adopted an interpretation of the terms of paragraph 113(5)(b) which views its purpose as being consonant with the purpose of competition law in Canada, particularly as relating to predatory pricing. The test used by the Agency in the decision under review had been enunciated and explained in greater detail a little less than a year previously in Agency decision 705-R-1992 of November 26, 1992 as follows:

Paragraph 113(5)(b) of the NTA, 1987 sets out an industry specific test that determines whether rates are "predatory" or "anti-competitive". Predatory rate setting is typified by a dominant carrier in a particular market setting rates so low that over a long enough period of time it drives one or more of its competitors from the market and deters other carriers from entering the market. Following the exit of the competition, and with the absence of any threat of new entry, the predator raises its rates to supra-competitive levels, thereby recouping any losses incurred when rates were below costs. [At page 4.]

That view of the purpose of the test is remarkably similar to the one set out in the Guidelines issued by the Director.³³

The concept of predatory pricing is best illustrated by a dominant firm in a market setting its prices so low, over a long enough period of time, that it may drive one or more of its competitors from the market, or deter other companies from entering the market, or both. Following the exit of competitors from the market, or upon successfully deterring new entry, the predator is expected to raise prices significantly in an attempt, in the now less-competitive market it had created, to recover the costs incurred (i.e., losses or foregone profits) during the period of predation.

This is precisely the type of conduct that the Director seeks to identify in response to situations brought forward for examination under the statute. Although such pricing behaviour does confer some benefits to the purchasers in the market during the period of predation, those benefits will be transitory or short-term, and eventually outweighed by increased costs during the period of recoupment.

³³ See *The 1995 Annotated Competition Act*, Robert S. Nozick, 1995 Edition prepared by Peter Monastyrskij. Carswell, 1995, at p. 345.

c) se livre à une politique de vente de produits à des prix déraisonnablement bas, cette politique ayant pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent, ou étant destinée à avoir un semblable effet.

Selon moi, l'Office a, à bon droit, interprété le texte du paragraphe 113(5) de façon que son objet s'accorde avec celui de la législation canadienne en matière de concurrence, plus particulièrement pour ce qui concerne l'établissement de prix d'éviction. Un peu moins d'un an avant la décision contestée en l'espèce, l'Office a énoncé et expliqué plus en détail le critère qu'il a utilisé dans une autre de ses décisions, soit la décision 705-R-1992, en date du 26 novembre 1992, dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Le paragraphe 113(5) de la LTN de 1987 établit un critère spécifique à chaque secteur d'activité qui permet de déterminer si les prix sont «abusifs» ou «anti-concurrentiels». Pour illustrer un cas type de pratique de prix abusifs ou prix d'éviction, prenons un transporteur dominant un marché particulier qui fixe des prix si bas que, sur une période suffisamment longue, il force un ou plusieurs de ses concurrents à abandonner le marché et empêche d'autres transporteurs de s'y implanter. Une fois la concurrence éliminée, et en l'absence de toute menace de nouveaux concurrents, le «prédateur» hausse ses prix à des niveaux supérieurs à la concurrence, et recouvre ainsi toutes les pertes qu'il a subies quand ses prix étaient inférieurs à ses coûts. [À la page 4.]

Cette interprétation de l'objet du critère est remarquablement semblable à celle qui est énoncée dans les directives émises par le directeur³³:

[TRADUCTION] La meilleure façon d'illustrer la notion de prix d'éviction est la suivante: une entreprise dominant un marché fixe ses prix tellement bas, sur une période suffisamment longue, qu'elle force un ou plusieurs de ses concurrents à abandonner le marché, ou empêche d'autres compagnies d'y accéder, ou les deux. Une fois que tous les concurrents se sont retirés du marché, ou qu'il a réussi à empêcher d'autres concurrents d'y entrer, le «prédateur» augmente ses prix de façon importante afin de récupérer, sur le marché moins concurrentiel qu'il a créé, les coûts engagés (c'est-à-dire les pertes ou le manque à gagner) pendant la période où ses prix étaient abusifs.

C'est précisément ce type de conduite que le directeur cherche à déceler dans les cas qui lui sont soumis pour examen en vertu de la loi. Bien que les acheteurs retirent initialement certains avantages de ces prix d'éviction, ces avantages ne sont que temporaires ou de courte durée et, au bout du compte, ils sont largement absorbés par l'augmentation des prix destinée à recouvrer les pertes.

³³ Voir *The 1995 Annotated Competition Act*, Robert S. Nozick, Édition 1995 préparé par Peter Monastyrskij. Carswell, 1995, à la p. 345.

The Agency's position is also very much in line with judicial statements on the matter. In *R. v. Hoffmann-La Roche Limited.*,³⁴ Linden J., as he then was, said:

This section is aimed at combatting predatory pricing. The classic example that is given to demonstrate the evil of predatory pricing is this: One company, the predator, decides to sell its product at a very low price in order to put his competitor out of business, because they cannot or will not sell at such a low price. If the competitor goes out of business, the predator may then increase his prices, make back any loss as a result of the predatory campaign and continue to reap the benefits of greater profits, because his former competitor has now departed from the scene.

Although tactics such as this may make good business sense in certain circumstances, Parliament has decided to forbid these practices because the public interest demands a system in which fair competition thrives.

Likewise in *R. v. Consumers Glass Company Ltd. and Portion Packaging*,³⁵ O'Leary J. said:

Section 34(1)(c) of the *Combines Investigation Act* prohibits a policy of selling at prices unreasonably low, having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have such effect. The Act does not specifically define what constitutes an unreasonably low price. In deciding whether a price is unreasonably low the Court should bear in mind that the purpose of the Act is to protect the public interest in free competition, and that s. 34(1)(c) of the Act prohibits predatory pricing, that is to say, the selling at low prices for anti-competitive purposes. As mentioned earlier, the classic example of predation runs as follows:

- (1) The predator deliberately sacrifices present returns by lowering the selling price for the purpose of driving rivals out of the market.
- (2) The rivals, having less financial staying power than the predator, are driven out of the market.
- (3) In the absence of competition the predator raises its prices so as to recover the sacrificed returns and earn higher profits.

Finally, I note (although this would not be conclusive if the Agency had indeed erred in law) that the test which it used is actually suggested in some of the material filed by the appellants themselves before the Agency:

³⁴ (1980), 28 O.R. (2d) 164 (H.C.), at p. 192.

³⁵ (1981), 33 O.R. (2d) 228 (H.C.), at pp. 246-247.

La position de l'Office est tout à fait conforme aux opinions judiciaires exprimées sur la question. Dans l'arrêt *R. v. Hoffmann-La Roche Limited.*³⁴, le juge Linden, maintenant de notre Cour, dit ceci:

[TRADUCTION] Cet article vise à combattre les pratiques de prix d'éviction. L'exemple classique qui est donné pour illustrer l'effet nuisible de la fixation de prix d'éviction est le suivant: une entreprise, le «prédateur», décide de vendre son produit à un très bas prix afin de mettre son concurrent en faillite, parce que ce concurrent ne peut pas ou ne veut pas vendre à un prix aussi bas. Si le concurrent est éliminé du marché, le «prédateur» peut ensuite augmenter ses prix, recouvrer les pertes qu'il a subies à cause de cette pratique de prix abusifs et réaliser des profits plus importants, parce que son ancien concurrent a quitté la scène.

Bien que l'application de tactiques semblables puisse révéler, en certaines circonstances, un judicieux sens des affaires, le législateur a décidé d'interdire ces pratiques parce qu'il est de l'intérêt public d'avoir un système laissant libre cours à une saine et juste concurrence.

De même, dans l'arrêt *R. v. Consumers Glass Company Ltd. and Portion Packaging*³⁵, le juge O'Leary déclare ceci:

[TRADUCTION] L'alinéa 34(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* interdit les politiques de vente à des prix déraisonnablement bas, ayant pour effet ou tendance de réduire sensiblement la concurrence ou d'éliminer un concurrent, ou étant destinées à avoir un semblable effet. La Loi ne définit pas spécifiquement ce qu'est un prix déraisonnablement bas. En décidant si un prix est déraisonnablement bas, la Cour doit garder à l'esprit que l'objet de la Loi est de protéger la libre concurrence dans l'intérêt public, et aussi le fait que l'alinéa 34(1)c) de la Loi interdit la fixation de prix abusifs, c'est-à-dire la vente à bas prix à des fins anticoncurrentielles. Comme je l'ai déjà mentionné, l'exemple classique d'une pratique de prix abusifs est le suivant:

- (1) Le «prédateur» renonce tout d'abord délibérément à ses profits en abaissant son prix de vente en vue d'évincer ses rivaux du marché.
- (2) Les rivaux, moins stables financièrement que le «prédateur», sont éliminés du marché.
- (3) En l'absence de concurrence, le «prédateur» augmente ses prix de façon à recouvrer les profits auxquels il a renoncé et à s'assurer des profits plus élevés.

Enfin, je note (bien que cet aspect ne puisse pas être déterminant si l'Office a commis une erreur de droit) que le critère qu'il a utilisé est en fait suggéré dans certains des documents déposés par les appelantes elles-mêmes devant l'Office:

³⁴ (1980), 28 O.R. (2d) 164 (H.C.), à la p. 192.

³⁵ (1981), 33 O.R. (2d) 228 (H.C.), aux p. 246 et 247.

Therefore, it is submitted that there is high likelihood that the pricing action of Canadian National has the effect of eliminating competition from the market, so that it will ultimately be able to increase its freight rates for the salt movement and recoup the losses it is currently incurring. [Appeal Book, Vol. II, page 241.]

Even if read in isolation, the terms of paragraph 113(5)(b) could scarcely be susceptible of a meaning different from that given to them by the Agency. Price cutting is, after all, frequently a symptom of vigorous competition rather than otherwise. It is only when low prices form part of a monopolistic strategy that they become anti-competitive.

When the terms of sections 112 and 113 are read purposively and in context, in the light of their statutory history, of transportation policy as enunciated in the Act and of competition policy as set out in contemporaneous legislation, it is my view that the Agency's interpretation of them is the only correct one.

The definition of the market

As a preliminary, I would note that, in my view, it is very doubtful indeed that this question is properly raised by the appellants. As noted, the appeal to this Court is by leave on a question of law only. That question is, in terms, confined to the interpretation of subsection 113(5). The word "market" appears nowhere in that subsection or indeed anywhere else in section 112 or 113.

Furthermore, and even more importantly, it is my opinion that leave could not have been obtained on this question. It is now settled law, in my view, that the definition of market in cases of this sort is a question of fact and not one of law. In *Queen, The v. J. W. Mills & Son Ltd. et al.*,³⁶ Gibson J. said, at page 305:

As a matter of law of course there is no definition of the "market" in relation to which the evidence of any alleged violation of sections 32(1)(a) and 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act* may be examined. What is the relevant market in

[TRADUCTION] Par conséquent, nous soutenons qu'il est hautement probable que les prix fixés par le Canadien National aient pour effet d'éliminer la concurrence du marché, de sorte qu'il sera ultimement en mesure d'augmenter ses tarifs marchandises pour le transport du sel et recouvrer ainsi les pertes qu'il subit actuellement. [Dossier d'appel, vol. II, page 241.]

Même pris isolément, les termes du paragraphe 113(5) pourraient difficilement avoir un sens différent de celui qui leur est donné par l'Office. Après tout, le gâchage des prix est souvent le signe d'une concurrence vigoureuse, plutôt que son contraire. C'est uniquement lorsque les bas prix font partie d'une stratégie monopolistique qu'ils deviennent anticoncurrentiels.

Quand on lit les articles 112 et 113 en fonction de l'objet visé, en tenant compte de l'historique législatif et dans le contexte de la politique des transports énoncée dans la Loi et de la politique relative à la concurrence énoncée dans les lois adoptées à la même époque, je suis d'avis que l'interprétation que leur a donnée l'Office est la seule interprétation qui soit correcte.

Définition du marché

En guise de préliminaire, je tiens à faire observer qu'à mon avis l'à-propos de cette question soulevée par les appelantes est très discutable. Comme on l'a déjà noté, l'appel devant la Cour n'est autorisé que sur une question de droit. Cette question se limite à l'interprétation du paragraphe 113(5). Le mot «marché» n'apparaît nulle part dans ce paragraphe ni ailleurs dans les articles 112 ou 113.

Qui plus est et encore plus important, je suis d'avis que l'autorisation d'appel n'aurait pas pu être obtenue sur cette question. À mon avis, le fait que la définition du marché dans des cas semblables à celui en l'espèce soit une question de fait et non une question de droit est maintenant bien établi en droit. Dans l'arrêt *Queen, The v. J. W. Mills & Son Ltd. et al.*,³⁶ le juge Gibson affirme, à la page 305 ce qui suit:

[TRADUCTION] Bien entendu, du point de vue juridique, il n'y a pas de définition du «marché» au regard de laquelle on puisse examiner la preuve d'une allégation portant que les ali-néas 32(1)(a) et 32(1)(c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les*

³⁶ [1968] 2 Ex. C.R. 275; aff'd [1971] S.C.R. 63.

³⁶ [1968] 2 R.C.É. 275; confirmé par [1971] R.C.S. 63.

every case is a matter of judgment based upon the evidence.
[Emphasis added.]

Likewise, on the appeal of the decision in *Hoffmann-La Roche, supra*,³⁷ Martin J.A. said:

What constitutes a relevant market is essentially a question of fact depending on the circumstances underlying the particular offence alleged. [Emphasis added.]

Even assuming the matter to be properly raised, however, it is in my view without substance. As I understand it, the appellants' argument is founded on the reference in paragraphs 3, 4 and 5 of the decision to traffic other than the traffic in fine crushed salt between Windsor and Bécancour. It is said that this is an error because of the direction contained in subsection 112(3) to have regard to the "movement of the traffic concerned" and in paragraph 112(4)(c) to use costs of or related to "that movement".

I cannot accept that argument. In the first place, as I read the Agency's decision, it bases its finding that CN's rate had not substantially lessened competition not only on ULS's "continued presence in the transportation market" but also on its specific finding of fact that if the rates were raised "ULS would be able to recapture the traffic presently lost to it". In my view there can be no doubt that the latter phrase is a reference to the traffic in fine crushed salt between Windsor and Bécancour.

I would note further, however, that in my opinion the appellants' attack is based on a wrong reading of the statute. The references in subsection 112(3) and in paragraph 112(4)(c), to the relevant "movement," are part of a specific direction to the Agency as to the method to be used by it in determining the compensatory or non-compensatory character of the rate; they have nothing to do with the definition of the relevant market which, as I have indicated, is not even a term employed in the statute. The decision as to how to define the market for the purpose of assessing

³⁷ *R. v. Hoffmann-La Roche Limited. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694 (C.A.), at p. 706.

coalitions ont été violés. La définition du marché pertinent est, dans chaque cas, une question de jugement se fondant sur la preuve. [Non souligné dans l'original.]

De même, dans l'appel interjeté à l'encontre de la décision dans *Hoffmann-La Roche*, précité³⁷, le juge Martin, J.C.A., dit ceci:

[TRADUCTION] La définition du marché pertinent est essentiellement une question de fait qui dépend des circonstances particulières au délit allégué. [Non souligné dans l'original.]

Même en supposant que cette question ait été soulevée à bon droit, elle est à mon avis sans fondement. Selon mon interprétation, l'argument des appelantes se fonde sur la référence qui est faite aux paragraphes 3, 4 et 5 de la décision au transport de marchandises autres que le sel fin entre Windsor et Bécancour. Elles prétendent qu'il s'agit là d'une erreur à cause de la directive contenue au paragraphe 112(3), ayant trait au «transport visé», et de celle énoncée à l'alinéa 112(4)c) concernant l'utilisation des frais propres «à ce transport» ou liés le plus directement à ce transport.

Je ne peux accepter cet argument. En premier lieu, selon mon interprétation de la décision de l'Office, celui-ci fonde sa conclusion selon laquelle le prix du CN n'a pas réduit notablement la concurrence non seulement sur le fait qu'ULS «est toujours présente sur le marché du transport», mais aussi sur une conclusion de fait précise indiquant que si les prix sont augmentés ultérieurement «ULS sera alors en mesure de reprendre sa part de marché». À mon avis, il ne fait aucun doute que cette dernière expression fait référence au transport du sel fin entre Windsor et Bécancour.

Je fais de plus observer qu'à mon avis l'argument des appelantes se fonde sur une mauvaise interprétation de la loi. Les références contenues au paragraphe 112(3) et à l'alinéa 112(4)c) au «transport» visé font partie d'une directive spécifiquement donnée à l'Office concernant la méthode à utiliser pour déterminer la nature compensatoire ou non compensatoire du prix; ces références n'ont rien à voir avec la définition du marché pertinent qui, comme je l'ai déjà dit, n'est pas un terme utilisé dans la loi. La décision portant sur la manière de définir le marché afin d'évaluer

³⁷ *R. v. Hoffmann-La Roche Limited. (Nos. 1 et 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694 (C.A.), à la p. 706.

whether or not competition has been substantially lessened is one which is peculiarly within the expertise and knowledge of the Agency; that tribunal is far better placed than this Court to weigh the impact of rates on competition in and between various markets and modes. Indeed it is even possible, given the complex inter-relation between modes, rates, routes and areas in transportation markets, that a non-compensatory rate in one mode or route may be found to have produced an anti-competitive effect in another market altogether. Certainly the statute does not contain any direction or limitation as to the manner in which the Agency is to exercise its judgment in this regard and I would not interfere.

Significant harm

The appellants attack the Agency's finding that CN's rate did not cause significant harm to ULS on the ground that the Agency erred in comparing the fine crushed salt traffic with "ULS total traffic" (decision, paragraph 4). They also take issue with the Agency's refusal to consider the alleged loss of "backhaul" traffic.

I think this attack is based on a misconception of paragraph 113(5)(b). That paragraph, in my view, looks to two separate kinds of actual, potential or intended damage. The first is damage to the public policy interest in free and vigorous competition. The words used are "substantially lessening competition" [underlining added]. They require the Agency to assess the rate in the light of market conditions generally and to determine whether or not it has the effect or tendency of substantially lessening competition or is designed to have that effect.

The second test is quite different and looks to the private interests of the persons who may be harmed; the question is whether the rate has the effect or tendency of "significantly harming a competitor". It is the person of the competitor and his business which must be looked at, not merely his share of the particular market concerned. A loss of a very small part of a competitor's business, even though it be all of his business in that particular market, may not cause a

si la concurrence a été réduite de façon notable est une décision qui relève particulièrement du champ d'expertise et des connaissances de l'Office; ce tribunal est beaucoup mieux placé que la Cour pour évaluer l'incidence des prix sur la concurrence à l'intérieur d'un marché aussi bien qu'entre différents marchés et modes de transport. En fait, il est même possible, étant donné l'interrelation complexe qui existe entre les modes de transport, les prix, les parcours et les secteurs des marchés des transports, qu'un prix non compensatoire pour un mode de transport ou un parcours donné puisse avoir un effet anti-concurrentiel sur un autre marché. De toute évidence, la loi ne contient aucune directive ou restriction quant à la manière dont l'Office doit exercer son jugement à cet égard et je me garderai d'intervenir.

Préjudice notable

Les appelantes contestent la conclusion de l'Office selon laquelle le prix du CN n'a pas causé de préjudice notable à ULS au motif que l'Office a commis une erreur en comparant le transport du sel fin au «trafic global d'ULS». (paragraphe 4 de la décision). Elles contestent également le refus de l'Office d'examiner la perte présumée du trafic de «retour».

Je pense que cet argument se fonde sur une mauvaise interprétation du paragraphe 113(5). À mon avis, ce paragraphe vise deux types distincts de dommages réels, possibles ou prévus. Le premier type de dommages est celui porté à l'objectif de la politique publique concernant l'exercice libre et efficace de la concurrence. Les mots utilisés sont «réduire notablement la concurrence» [soulignement ajouté]. Ils obligent l'Office à évaluer le prix à la lumière des conditions générales du marché et à déterminer si ce prix a ou non l'effet immédiat ou éventuel de réduire notablement la concurrence ou s'il a été conçu pour produire un tel effet.

Le deuxième critère est tout à fait différent et porte sur les intérêts privés des personnes qui peuvent subir un préjudice; la question est de savoir si le prix a l'effet immédiat ou éventuel de «nuire notablement à un concurrent». L'accent est placé sur le concurrent et son entreprise, et non pas simplement sur sa part du marché visé. Qu'un concurrent perde une très petite part d'un marché, même s'il s'agit là de l'ensemble de son activité commerciale sur ce marché particu-

significant harm; contrariwise, even if the competitor had only a small market share, its loss may be devastating to him. Indeed, given the expressed desirability of fostering competition, it cannot be the case that the statute would regard any and every loss of business due to below cost pricing as being significant and requiring regulatory intervention. In my view, it was no error for the Agency to look at the effect of the loss of the fine crushed salt traffic on the whole of ULS's business and to conclude that it was not significant.

The Agency's refusal to consider the alleged loss of backhaul traffic as a separate matter is entirely consistent with its approach to the question of significant harm generally. Also, since the lost traffic alleged by ULS already included the alleged lost backhaul traffic it would have been wrong to consider it a second time. I would add that we are here again dealing with a matter which is very much within the Agency's field of expertise: the question as to whether the carriage of iron ore and minerals from the lower St. Lawrence to ports in Lakes Michigan and Superior is truly a "backhaul" to the much shorter distance transportation of salt from Windsor to Bécancour, together with issues as to possible cross-subsidization between the various rates involved, are matters with which the Agency may be expected to be very familiar. I am not persuaded that its refusal to consider the loss of the backhaul as separate from the loss of the fine crushed salt traffic is based on any wrong interpretation of paragraph 113(5)(b).

Harm to others

The harm envisaged by paragraph 113(5)(b) is harm to a "competitor". In my view, none of the other appellants or intervenors, including the various industry associations and lobby groups, can properly be described as a competitor of CN. None of them is a carrier within the meaning of the Act. None of them furnishes transportation services directly to others. Some of them furnish services or labour to ULS but any harm suffered by them from a loss of business by

lier, ne signifie pas nécessairement qu'il subit un préjudice important; par contre, il peut arriver que, même si le concurrent n'a qu'une petite part du marché, la perte qu'il subit l'accule à la ruine. En fait, l'objectif visé étant de favoriser la concurrence, il est impossible que la loi puisse considérer chaque perte d'une activité commerciale attribuable à la fixation de prix inférieurs aux coûts comme une perte importante exigeant l'intervention d'un organisme de réglementation. À mon avis, l'Office n'a pas commis d'erreur en examinant l'incidence de la perte du transport du sel fin au regard du commerce global d'ULS et en concluant que cette perte n'était pas importante.

Le refus de l'Office d'examiner séparément la perte présumée du trafic de retour est tout à fait compatible avec la manière générale dont il a traité du préjudice notable. De plus, étant donné que la perte présumée du trafic d'ULS comprenait déjà le trafic de retour, il n'aurait pas été approprié d'en tenir compte une deuxième fois. J'ajouterais qu'ici encore nous traitons d'une question qui relève tout à fait du champ d'expertise de l'Office: la question de savoir si le transport du minerai de fer et d'autres minéraux du Bas-Saint-Laurent jusqu'aux ports situés sur les lacs Michigan et Supérieur peut véritablement être considéré comme un «trafic de retour» par rapport au transport du sel sur le trajet beaucoup plus court qui sépare Windsor de Bécancour, de même que les questions d'interfinancement possible entre les différents prix en cause, sont des questions que, selon toute attente, l'Office connaît très bien. Je ne suis pas convaincu que son refus d'examiner la perte du trafic de retour séparément de la perte du transport du sel fin se fonde sur une interprétation erronée du paragraphe 113(5).

Préjudice à autrui

Le préjudice visé au paragraphe 113(5) est le préjudice causé à un «concurrent». À mon avis, aucune des autres appelantes ou intervenantes, y compris les différents groupements d'intérêts et associations d'industrie, ne peut être considérée à juste titre comme une concurrente du CN. Aucune de ces personnes morales n'est un transporteur au sens de la Loi. Aucune d'entre elles n'offre directement de services de transport à autrui. Certaines de ces appelantes et

their customer or employer is too remote to be within the contemplation of the statute.

Disposition

Before concluding I think it is appropriate to say a word about the disposition sought by the appellants and the intervenors in the event that the appeal were allowed. They ask that CN's rate be disallowed with retroactive effect and that ICI be ordered to pay a compensatory rate from the outset. I can see no possible justification for such an order which would produce paradoxical, indeed bizarre results: ICI would suffer, CN would profit and the appellants would not gain. If I had allowed the appeal I would simply have sent the matter back to the Agency with directions that it is to make an appropriate, i.e. forward-looking order under paragraph 113(5)(b); both the ninety-day time limit in subsection 113(5) and the power to make interim orders in subsection 113(2) strongly suggest that that is the only type of order contemplated by Parliament.

Conclusion

I would dismiss the appeal. No special reasons have been shown which would justify an order for costs pursuant to Rule 1312 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663].

CHEVALIER D.J.: I agree.

intervenantes fournissent des services ou de la main-d'œuvre à ULS, mais le préjudice qu'elles peuvent subir du fait que leur client ou leur employeur a perdu une partie de son activité commerciale est trop éloigné de l'objet visé par la loi.

Dispositif

Avant de conclure, je pense qu'il est approprié de traiter brièvement du redressement demandé par les appelantes et les intervenantes au cas où le pourvoi serait accueilli. Elles demandent que le taux du CN soit annulé rétroactivement et qu'ICI soit tenue de payer un prix compensatoire depuis le commencement. Je ne vois pas comment il me serait possible de justifier une telle ordonnance qui produirait des résultats paradoxaux et en fait bizarres: ICI subirait un préjudice, le CN en retirerait les avantages et les appelantes n'y gagneraient rien. Si j'avais accueilli l'appel, j'aurais tout simplement renvoyé la question à l'Office en lui donnant comme directive de rendre une ordonnance appropriée, c'est-à-dire pour l'avenir, en vertu du paragraphe 113(5); le délai de quatre-vingt-dix jours prévu au paragraphe 113(5) et le pouvoir de prendre un arrêté intérimaire énoncé au paragraphe 113(2) donnent fortement à entendre qu'il s'agit là du seul type d'arrêté prévu par le législateur.

Conclusion

Je rejeterais le pourvoi. Les parties n'ont invoqué aucune raison spéciale qui puisse justifier une ordonnance sur l'adjudication des dépens conformément à la Règle 1312 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663].

LE JUGE SUPPLÉANT CHEVALIER: Je souscris à ces motifs.

T-813-94

T-813-94

Shiv Chopra (Applicant)**Shiv Chopra (requérant)**

v.

c.

Treasury Board (Canada) (Department of National Health and Welfare) (Respondent)**Conseil du Trésor (Canada) (Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social) (intimé)***INDEXED AS: CHOPRA v. CANADA (TREASURY BOARD) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: CHOPRA c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Simpson J.—Ottawa, July 27 and August 31, 1995.

Section de première instance, juge Simpson—Ottawa, 27 juillet et 31 août 1995.

Public Service — Jurisdiction — Judicial review of Adjudicator's decision lacked jurisdiction to hear grievance alleging contravention of no-discrimination clause of Master collective agreement — PSSRA, s. 91(1) permitting grievance where no administrative procedure for redress provided in Act of Parliament — Applicant filing complaints with Canadian Human Rights Commission (CHRC) — CHRA providing redress as CHRC having jurisdiction over substance of grievance, offering broader range of remedies — Differences in procedures under CHRA, collective agreement as to parties, public interest input, control of process, irrelevant — Grievance not enforceable under collective agreement grievance procedures.

Fonction publique — Compétence — Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre qui a statué qu'il n'avait pas la compétence pour examiner un grief alléguant qu'il y avait contravention à la disposition de la convention collective cadre portant sur l'élimination de la discrimination — L'art. 91(1) de la LRTFP permet le recours au grief lorsqu'il n'y a aucun recours administratif de réparation ouvert sous le régime d'une loi fédérale — Le requérant a déposé des plaintes devant la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) — La LCDP peut accorder réparation, étant donné la compétence de la CCDP quant au fond du grief, et les moyens plus vastes dont elle dispose pour le faire — Les différences dans les procédures intentées selon qu'il s'agit de la LCDP ou de la convention collective, quant aux parties, à l'intérêt public et au contrôle du processus ne sont pas pertinentes — La plainte ne peut être soumise à la procédure de grief de la convention collective.

Human rights — Judicial review of Adjudicator's decision lacked jurisdiction to hear grievance alleging contravention of no-discrimination clause in collective agreement — PSSRA, s. 91(1) permitting grievance where no administrative procedure for redress provided by federal statute — CHRA providing redress as CHRC having jurisdiction over substance of grievance, offering broader range of remedies — Differences in procedures under CHRA, collective agreement irrelevant — No evidence material difference in time required to obtain redress from CHRC.

Droits de la personne — Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre qui a statué qu'il n'avait pas la compétence pour examiner un grief alléguant qu'il y avait contravention à la disposition de la convention collective cadre portant sur l'élimination de la discrimination — L'art. 91(1) de la LRTFP permet le recours au grief lorsqu'il n'y a aucun recours administratif de réparation ouvert sous le régime d'une loi fédérale — La LCDP peut accorder réparation, étant donné la compétence de la CCDP quant au fond du grief, et les moyens plus vastes dont elle dispose pour le faire — Les différences dans les procédures intentées selon qu'il s'agit de la LCDP ou de la convention collective ne sont pas pertinentes — Il n'y a aucune preuve qu'il y a une grande différence de temps pour l'obtention d'une réparation de la part de la CCDP.

This was an application for judicial review of an adjudicator's decision that he lacked jurisdiction to hear the applicant's grievance alleging contravention of the no-discrimination provision (Article 44) of the Master Agreement between Treasury Board and a union by reason of *Public Service Staff Relations Act*, subsection 91(1). Subsection 91(1) permits the grievance of any matter affecting the terms and conditions of employment, in respect of which no administrative procedure for redress is provided in an Act of Parliament. The Adjudicator held that the applicant could seek redress under the *Canadian Human Rights Act*.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre qui a statué que, en vertu du paragraphe 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, il n'avait pas compétence pour examiner le grief déposé par le requérant, qui alléguait contravention à la disposition (article 44) relative à l'élimination de la discrimination que comporte la convention cadre conclue entre le Conseil du Trésor et son syndicat. Le paragraphe 91(1) permet le dépôt de griefs quant à toute question qui affecte les conditions d'emploi, et pour laquelle aucun recours administratif de réparation n'est prévu par une loi fédérale. L'arbitre a statué que le requérant pouvait

The applicant, an employee of the Department of National Health and Welfare, grieved an acting appointment when he was screened out of a competition and his appeal from the results of the competition was dismissed. He also filed complaints with the Canadian Human Rights Commission which, two and one-half years later, have not been decided. Article 35 of the Master Agreement permits a grievance unless there is another administrative procedure provided by Parliament to deal with the specific complaint. *Canadian Human Rights Act*, paragraph 41(a) provides that the Canadian Human Rights Commission shall deal with any complaint filed unless the victim ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available.

The issue was whether Article 44 could be enforced by grievance procedures under the Master Agreement.

Held, the application should be dismissed.

While the CHRA defers to grievance procedures, it does so only in cases where such procedures are "available", thus leading back to the proper interpretation of subsection 91(1).

The CHRA provides redress because the CHRC has jurisdiction over the substance of the grievance and because the CHRC can offer a broader range of remedies than an adjudicator under the Master Agreement. The CHRA expressly provides for the awarding of damages, while that is merely implicit under the collective agreement.

The CHRA and Master Agreement differed as to procedures with respect to parties, public interest input and control of the process. Under the CHRA, the CHRC controls the complaint process and is obliged to take the public interest into account. In contrast, under the Master Agreement, the union has carriage of and controls the grievance and arbitration process. Under subsection 40(1) of the CHRA, either the aggrieved employee or the union could be the complainant in a case of discrimination against an individual. However, to function as the complainant, the union might need the individual's consent under subsection 40(2). In a grievance or adjudication, the employee would grieve and would be represented by the union. Those differences in procedures did not detract from the fact that the applicant will receive redress under the CHRA.

Finally, there was no evidentiary basis for concluding that there were material differences in the time taken to obtain redress from the CHRC as opposed to grievance adjudication, so that it could be said that the CHRC did not offer redress in a labour relations context.

demandeur réparation en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

a Le requérant, employé du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social, a déposé un grief relativement à une nomination intérimaire par suite du rejet de sa candidature à un concours et de l'appel qu'il a interjeté relativement aux résultats du concours. Il a aussi déposé des plaintes devant la Commission canadienne des droits de la personne qui, deux ans et demi plus tard, n'avait pas rendu de décision. L'article 35 de la convention cadre permet la procédure de grief à moins qu'il y ait un autre recours administratif de réparation prévu par une loi fédérale permettant d'examiner la plainte. L'alinéa 41a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit que la Commission canadienne des droits de la personne statue sur toute plainte dont elle est saisie sauf lorsque la victime présumée de l'acte discriminatoire devrait épuiser d'abord les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts.

c Le litige portait sur la question de savoir si l'article 44 pouvait être appliqué en ayant recours à la procédure de grief prévue par la convention cadre.

d *Jugement*: la demande doit être rejetée.

Bien que la LCDP soit subsidiaire par rapport à la procédure de grief, il n'en est ainsi que dans le cas où cette procédure est «ouverte», posant donc à nouveau à la question de l'interprétation à donner au paragraphe 91(1).

e La LCDP constitue un «recours», parce que la CCDP a compétence sur le fond du grief et parce que la CCDP possède de plus grands pouvoirs de réparation qu'un arbitre agissant en vertu de la convention cadre. La LCDP prévoit expressément que les victimes peuvent recevoir des dommages-intérêts, alors que cela est simplement implicite en vertu de la convention collective.

f La LCDP et la convention collective ont des différences dans leurs procédures en ce qui concerne les parties, l'intérêt public et le contrôle du processus. En vertu de la LCDP, la CCDP est responsable du processus de plainte et doit prendre l'intérêt public en considération. Au contraire, en vertu de la convention cadre, le syndicat a la responsabilité en ce qui concerne le soutien du grief, de même que la responsabilité à l'égard du processus de règlement du grief et d'arbitrage. En vertu du paragraphe 40(1) de la LCDP, soit l'employé lésé soit le syndicat peut être le plaignant dans une affaire de discrimination contre une personne. Toutefois, pour être considéré comme plaignant, le syndicat pourrait devoir obtenir le consentement de l'employé en vertu du paragraphe 40(2) de la LCDP. Dans une procédure de règlement de grief ou d'arbitrage, l'employé serait celui qui dépose le grief et serait représenté par le syndicat. Ces différences dans les procédures ne changent rien au fait que le requérant a un recours en vertu de la LCDP.

i Finalement, il n'y a aucune preuve permettant de conclure qu'il existe une différence marquée dans le temps requis pour obtenir réparation selon que l'on s'adresse au tribunal ou à l'arbitre, et qui permettrait de conclure que la CCDP ne constitue pas un recours possible dans un contexte de relations de travail.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 242 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 40, 41, 42(2), 44, 48, 53.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 91(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham, [1994] 3 F.C. 449; 79 F.T.R. 53 (T.D.).

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Morgan, [1992] 2 F.C. 401; (1991), 85 D.L.R. (4th) 473 (C.A.); *Rhéaume and Treasury Board (Revenu Canada—Customs and Excise)*, [1994] C.P.S.S.R.B. No. 89 (QL).

REFERRED TO:

Polymer Corp. and Oil, Chemical & Atomic Workers Int'l Union, Local 16-14 (1962), 33 D.L.R. (2d) 124; [1962] S.C.R. 338, *sub nom. Imbleau et al. v. Laskin et al.*; *Association of Radio and Television Employees of Canada (CUPE-CLC) v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1975] 1 S.C.R. 118; (1973) 40 D.L.R. (3d) 1; [1974] 1 W.W.R. 430; *Air Canada and Canadian Air Line Employees Assoc., Re* (1981), 29 L.A.C. (2d) 142 (Can.); *Motorways Direct Transport Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1991), 50 Admin. L.R. 222; 36 C.C.E.L. 201; 16 C.H.R.R. D/459; 43 F.T.R. 211 (F.C.T.D.); *Dekoning and Treasury Board (Employment and Immigration Canada)*, [1993] C.P.S.S.R.B. No. 32 (QL); *Lorenzen and Treasury Board (Environment Canada)*, [1993] C.P.S.S.R.B. No. 165 (QL); *Stene and Treasury Board (Environment Canada)*, [1991] C.P.S.S.R.B. No. 118 (QL).

APPLICATION for judicial review of an adjudicator's decision that he lacked jurisdiction to hear a grievance alleging contravention of the no-discrimination clause in a collective agreement, by reason of *Public Service Staff Relations Act*, subsection 91(1) which permits an employee to present a grievance unless another administrative procedure is provided in an Act of Parliament. Application dismissed.

COUNSEL:

Peter C. Engelmann for applicant.
Roger Lafrenière for respondent.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 16).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 40, 41, 42(2), 44, 48, 53.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91(1).

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham, [1994] 3 C.F. 449; 79 F.T.R. 53 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Procureur général) c. Morgan, [1992] 2 C.F. 401; (1991), 85 D.L.R. (4th) 473 (C.A.); *Rhéaume et le Conseil du Trésor (Revenu Canada—Douanes et Accise)*, [1994] C.R.T.F.P.C. n° 89 (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

Polymer Corp. and Oil, Chemical & Atomic Workers Int'l Union, Local 16-14 (1962), 33 D.L.R. (2d) 124; [1962] R.C.S. 338, *sub. nom. Imbleau et al. v. Laskin et al.*; *Association des Employés de Radio et Télévision du Canada (SCFP-CTC) c. La Société Radio-Canada*, [1975] 1 R.C.S. 118; (1973), 40 D.L.R. (3d) 1; [1974] 1 W.W.R. 430; *Air Canada and Canadian Air Line Employees Assoc., Re* (1981), 29 L.A.C. (2d) 142 (Can.); *Motorways Direct Transport Ltd. c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1991), 50 Admin. L.R. 222; 36 C.C.E.L. 201; 16 C.H.R.R. D/459; 43 F.T.R. 211 (C.F. 1^{re} inst.); *Dekoning et le Conseil du Trésor (Emploi et Immigration Canada)*, [1993] C.R.T.F.P.C. n° 32 (QL); *Lorenzen et le Conseil du Trésor (Environnement Canada)*, [1993] C.R.T.F.P.C. n° 165 (QL); *Stene et le Conseil du Trésor (Environnement Canada)*, [1991] C.R.T.F.P.C. n° 118 (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un arbitre qui a statué qu'il n'avait pas la compétence pour examiner un grief alléguant qu'il y avait contravention à la disposition de la convention collective ayant trait à l'élimination de la discrimination, compte tenu du paragraphe 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, qui permet à un employé de présenter un grief à moins qu'il y ait un autre recours administratif prévu par une loi fédérale. Demande rejetée.

AVOCATS:

Peter C. Engelmann pour le requérant.
Roger Lafrenière pour l'intimé.

Andrew Raven and David Yazbeck for intervenor.

Andrew Raven et David Yazbeck pour l'intervenant.

SOLICITORS:

Caroline, Engelmann, Gottheil, Ottawa, for applicant. ^a
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, for intervenor. ^b

PROCUREURS:

Caroline, Engelmann, Gottheil, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.
Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, pour l'intervenant.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

SIMPSON J.: This application is for judicial review of a decision (the Decision) made by Adjudicator P. Chodos of the Public Service Staff Relations Board (the Adjudicator) dated March 9, 1994 wherein he determined that, by reason of subsection 91(1) of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, he did not have jurisdiction to consider a grievance brought by Dr. Chopra. The Adjudicator dealt with the issue of jurisdiction as a preliminary matter and did not consider the merits of Dr. Chopra's grievance. ^c

LE JUGE SIMPSON: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision (la décision) rendue le 9 mars 1994 par l'arbitre P. Chodos de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (l'arbitre), qui a statué que, en vertu du paragraphe 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, il n'avait pas la compétence pour examiner le grief déposé par le D^r Chopra. L'arbitre a considéré la question de la compétence à titre de question préliminaire et il n'a pas examiné le grief du D^r Chopra quant au fond. ^d

BACKGROUND

CONTEXTE DE L'INSTANCE

The Facts

^f Les faits

Dr. Shiv Chopra (the applicant) has been an employee of the Department of National Health and Welfare in its Health Protection Branch (HPB) since 1969. From 1987 to the present, he has held the position of Scientific Advisor in the HPB's Bureau of Veterinary Drugs. ^e

Le D^r Shiv Chopra (le requérant) est un employé du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social, Direction générale de la protection de la santé (la DGPS) depuis 1969. Depuis 1987, il détient le poste de conseiller scientifique au Bureau des médicaments vétérinaires de la DGPS. ^e

The parties have submitted an agreed statement of facts. They disclose that, with two minor exceptions, the applicant has not been promoted or provided with an acting appointment since 1969. This has been the situation in spite of performance appraisals which, since their introduction in 1979, have shown the applicant to be a fully satisfactory employee and have often referred to his management potential. ^h

Les parties ont présenté un exposé conjoint des faits. Sauf quant à deux points mineurs, elles s'entendent pour affirmer que le requérant n'a pas été promu ou reçu de nomination intérimaire depuis 1969. Il en a été ainsi en dépit des évaluations de rendement qui, depuis leur mise en application en 1979, ont qualifié le travail de l'employé d'entièrement satisfaisant et ont souvent fait référence à son potentiel de gestionnaire. ^h

Matters came to a head when, on October 22, 1990, one Dr. Claire Franklin was appointed to an acting position. Eventually, following a competition, ^j

L'affrontement s'est produit lorsque, le 22 octobre 1990, le D^r Claire Franklin a été nommée à un poste intérimaire. La nomination du D^r Franklin à ce poste

Dr. Franklin was confirmed in the position. The applicant applied but was not screened as a qualified candidate and his appeal from the results of the competition was dismissed by the Public Service Commission Appeal Board (the dismissal).

As a result of the dismissal, the applicant filed two complaints with the Canadian Human Rights Commission (the CHRC). On March 16, 1992 he filed an individual complaint (the complaint) and he was also responsible for the filing of a second complaint alleging systemic discrimination by the HPB. This complaint was made by the National Capital Alliance on Race Relations and was signed by the applicant, as its President. Further, and also as a result of the dismissal, the applicant referred a grievance about the acting appointment of Dr. Franklin to adjudication on October 26, 1992 (the grievance).

At the date of the hearing before me, two years and eight months after the complaint was filed, the CHRC has investigated, but no decision has been reached about the disposition of the complaint. With respect to the grievance, the Adjudicator decided the jurisdictional issue on March 9, 1994, 16 months after the grievance was referred to adjudication.

The Grievance

The grievance is based on the Master Agreement between the Treasury Board and the Professional Institute of the Public Service of Canada (the PIPSC or the Institute). The PIPSC represents the applicant and approximately 35,000 other public servants. However, it is not a party to these proceedings and has not sought intervenor status.

The grievance is stated in the following terms "I am aggrieved by management's contravention of Article 44 of the PIPSC Master Contract. Since Oct. 22, 1990 to present I have been subject to discrimination, restriction, interference and harassment (abuse of authority) by reason of my ethnic origin." No corrective action is specified in the grievance. The applicant states on the grievance form that he proposes to discuss this issue with the step officer at

a ultérieurement été confirmée à la suite d'un concours. Le requérant a présenté sa candidature, mais n'a pas été sélectionné comme candidat qualifié. Son appel quant aux résultats du concours a été rejeté par le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (le rejet).

Par suite de ce rejet, le requérant a déposé deux plaintes devant la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP). Le 16 mars 1992, il a déposé une plainte à titre individuel (la plainte), il a aussi pris la responsabilité de déposer une autre plainte dans laquelle il alléguait que la DGPS pratiquait la discrimination systémique. Cette dernière plainte a été déposée au nom de l'Alliance de la Capitale nationale sur les relations inter- raciales et était signée par le requérant, dans ses fonctions de président de l'organisme. Par la suite et en conséquence du rejet essuyé, le requérant a renvoyé à l'arbitrage le 26 octobre 1992 un grief (le grief) concernant la nomination intérimaire du D^r Franklin.

À la date fixée pour l'audience devant moi, deux ans et huit mois après le dépôt de la plainte, la CCDP a enquêté, mais aucune décision n'a été rendue sur la plainte. En ce qui concerne le grief, l'arbitre a tranché la question de compétence le 9 mars 1994, soit 16 mois après le renvoi à l'arbitrage du grief.

Le grief

Le grief se fonde sur la convention cadre conclue entre le Conseil du Trésor et L'Institut professionnel de la fonction publique du Canada (l'IPFPC ou l'Institut). L'IPFPC représente environ 35 000 fonctionnaires, dont le requérant. Il n'est toutefois pas partie à la présente procédure et il n'a pas demandé le statut d'intervenant.

Le grief est rédigé dans les termes suivants: [TRADUCTION] «Je suis lésé du fait que la direction a contrevenu à l'article 44 de la convention cadre conclue avec l'IPFPC. Depuis le 22 octobre 1990, je suis victime de discrimination, de restriction, d'ingérence et de harcèlement (abus d'autorité) du fait de mon origine ethnique». Aucune réparation n'est demandée explicitement dans le grief. Le requérant affirme sur la formule de grief qu'il se propose de discuter du

the grievance hearing. The grievance also asks that the matter commence at the final level.

The grounds for the grievance (the grounds) are dated August 12, 1992. They refer to a variety of matters including the maintenance of racially biased employment practices in the HPB, the denial of equitable opportunities for training for career advancement, the approval of new appointments without competitions, obstructing the applicant's efforts to seek opinions from various sources, damage to the applicant's reputation, spreading false information and attempting to spoil the applicant's 1992 performance appraisal. The balance of the twenty enumerated grounds all relate to Dr. Franklin's acting appointment on October 22, 1990.

The Collective Agreement and the Public Service Staff Relations Act

The Master Agreement between the Treasury Board and the PIPSC (the Master Agreement) expired in September 1993, but has been continued to the present. Article 44 is the "No Discrimination" provision which is the basis for the grievance (Article 44). It was introduced into the Master Agreement in 1986 and provides:

ARTICLE 44

NO DISCRIMINATION

44.01 There shall be no discrimination, interference, restriction, coercion, harassment, intimidation, or any disciplinary action exercised or practiced with respect to an employee by reason of age, race, creed, colour, national origin, religious affiliation, sex, sexual orientation or membership or activity in the Institute.

The Master Agreement also deals with grievance procedures. In this regard Article 35 (Article 35) provides:

ARTICLE 35

GRIEVANCE PROCEDURE

35.05 Subject to and as provided in Section 91 of the Public Service Staff Relations Act, an employee who feels that he has

litige avec le responsable de palier à l'audition du grief, et il demande aussi que le processus soit engagé au palier final.

Les motifs du grief (les motifs) portent la date du 12 août 1992. Ce sont diverses allégations, visant notamment le maintien à la DGPS de pratiques d'emploi raciales, le déni d'équité en matière d'occasion de formation et de progression de carrière, l'approbation de nouvelles nominations sans concours, l'obstruction qui lui est faite dans ses efforts pour obtenir des opinions de diverses sources, le dommage causé à sa réputation, la diffusion de fausses informations et la tentative de ternir son évaluation de rendement de 1992. Le reste des vingt motifs se rapportent tous à la nomination intérimaire du Dr Franklin le 22 octobre 1990.

La convention collective et la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique

La convention cadre conclue entre le Conseil du Trésor et l'IPFPC (la convention cadre) est expirée depuis septembre 1993, mais elle est toujours en vigueur par reconduction. L'article 44 est la disposition relative à l'«élimination de la discrimination» sur laquelle se fonde le grief (l'article 44). Cette disposition a été incluse dans la convention cadre en 1986 et elle est rédigée comme suit:

ARTICLE 44

ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION

44.01 Il n'y aura aucune discrimination, ingérence, restriction, coercition, harcèlement, intimidation, ni aucune mesure disciplinaire exercée ou appliquée à l'égard d'un employé du fait de son âge, sa race, ses croyances, sa couleur, son origine ethnique, sa confession religieuse, son sexe, son orientation sexuelle, son adhésion au syndicat ou son activité dans l'Institut.

La convention cadre traite aussi de la procédure de grief. À cet égard, l'article 35 (l'article 35) est rédigé comme suit:

ARTICLE 35

PROCÉDURE DE RÈGLEMENT DES GRIEFS

35.05 Sous réserve de l'article 91 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique et conformément à ses dispo-

been treated unjustly or considers himself aggrieved by an action or lack of action by the Employer in matters other than those arising from the classification process is entitled to present a grievance in the manner prescribed in clause 35.03, except that:

(a) where there is another administrative procedure provided by or under any Act of Parliament to deal with his specific complaint such procedure must be followed,

and

(b) where the grievance relates to the interpretation or application of this Collective Agreement or an Arbitral Award, he is not entitled to present the grievance unless he has the approval of and is represented by the Institute. [My emphasis.]

Finally, subsection 91(1) of the *Public Service Staff Relations Act* (subsection 91(1) and the PSSRA) reads as follows:

GRIEVANCES

Right to Present Grievances

91. (1) Where any employee feels aggrieved

(a) by the interpretation or application, in respect of the employee, of

(i) a provision of a statute, or of a regulation, by-law, direction or other instrument made or issued by the employer, dealing with terms and conditions of employment.

or

(ii) a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(b) as a result of any occurrence or matter affecting the terms and conditions of employment of the employee, other than a provision described in subparagraph (a)(i) or (ii),

in respect of which no administrative procedure for redress is provided in or under an Act of Parliament, the employee is entitled, subject to subsection (2), to present the grievance at each of the levels, up to and including the final level, in the grievance process provided for by this Act. [My emphasis.]

It is noteworthy that, when subsection 91(1) was paraphrased in Article 35 of the Master Agreement, the words were substantially changed. The word "redress" in the PSSRA was omitted and the words "to deal with his specific complaint" were used

sitions, l'employé qui estime avoir été traité de façon injuste ou qui se considère lésé par une action quelconque ou une absence d'action de la part de l'employeur au sujet de questions autres que celles qui résultent du processus de classification a le droit de présenter un grief de la façon prescrite par la clause 35.03, sauf que

a) dans les cas où il existe une autre procédure administrative prévue par une loi du Parlement ou établie aux termes de cette loi pour traiter sa plainte, cette procédure doit être suivie

b

et

b) dans les cas où le grief se rattache à l'interprétation ou à l'application de la présente convention collective ou d'une décision arbitrale, il n'a pas le droit de présenter un grief à moins d'avoir obtenu l'approbation de l'Institut et de se faire représenter par lui. [C'est moi qui souligne.]

c

Enfin, le paragraphe 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (le paragraphe 91(1) et la LRTFP) est rédigé comme suit:

d

GRIEFS

Droit de déposer des griefs

91. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et si aucun autre recours administratif de réparation ne lui est ouvert sous le régime d'une loi fédérale, le fonctionnaire a le droit de présenter un grief à tous les paliers de la procédure prévue à cette fin par la présente loi, lorsqu'il s'estime lésé:

a) par l'interprétation ou l'application à son égard:

(i) soit d'une disposition législative, d'un règlement—administratif ou autre —, d'une instruction ou d'un autre acte pris par l'employeur concernant les conditions d'emploi,

g

(ii) soit d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;

b) par suite de tout fait autre que ceux mentionnés aux sous-alinéas a)(i) ou (ii) et portant atteinte à ses conditions d'emploi. [C'est moi qui souligne.]

i

Il est important de remarquer que, lorsque le paragraphe 91(1) a été paraphrasé pour son incorporation dans l'article 35 de la convention cadre, les termes en ont été substantiellement changés. Le mot «réparation» de la LRTFP a été omis et remplacé par les

j

instead. It goes without saying, that the language of subsection 91(1) governs in this analysis.

Subsection 91(1) was introduced into the PSSRA as section 90 in 1966 [S.C. 1966-67, c. 72]. It was not disputed that its purpose at that time was the prevention of duplicate proceedings under the PSSRA and the *Public Service Employment Act* [now R.S.C., 1985, c. P-33]. However, subsection 91(1) did not state that it applied only to the PSSRA and the *Public Service Employment Act*. This meant that, if legislation, such as the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6], was later enacted, it could be encompassed by subsection 91(1)¹ if it provided other administrative procedures for redress.

On its face, the Master Agreement gives meaning and substance to Article 44, because Articles 44 and 35 are consistent. There is no doubt that, as Article 35 is written, complaints about discrimination under Article 44 are intended to go through the grievance procedure. A grievance would only be excluded if another administrative procedure existed to deal with the grievor's "specific complaint". In the case before me, the applicant's specific complaint or technical cause of action is a breach of Article 44 of the Master Agreement. According to Article 35, only if another procedure were available to deal with Article 44, would grievance rights be lost.

The problem arises because subsection 91(1) is not limited to cases where another procedure deals with the specific complaint. The respondent and PIPSC negotiated the language about a specific complaint in the Master Agreement, but the language they chose is not the language of subsection 91(1). Subsection 91(1) applies to allow grievance procedures only if "no administrative procedure for redress is provided in or under an Act of Parliament".

¹ The *Canadian Human Rights Act* was passed 12 years after the introduction of s. 91(1).

mots «pour traiter sa plainte». Il va sans dire que le libellé du paragraphe 91(1) est celui qui guide la présente analyse.

^a Le paragraphe 91(1) a été incorporé à la LRTPF comme article 90 en 1966 [S.C. 1966-67, ch. 72]. Il n'a pas été contesté qu'il avait pour objet à l'époque de prévenir le chevauchement des procédures prévues par la LRTPF et la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* [maintenant L.R.C. (1985), ch. P-33]. Cependant, le paragraphe 91(1) ne précisait pas qu'il s'appliquait seulement à la LRTPF et à la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Cela signifie qu'une loi, par exemple la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6], adoptée par la suite peut faire partie de celles prévues par le paragraphe 91(1)¹ si elle prévoit d'autres recours administratifs de réparation.

^e Comme telle, la convention cadre donne sens et contenu à l'article 44 parce que les articles 44 et 35 sont cohérents. Il ne fait aucune doute que, selon le libellé de l'article 35, les plaintes pour discrimination déposées en vertu de l'article 44 doivent suivre la procédure de grief. Le grief n'est exclu que si une autre procédure administrative existe et permet de «traiter [l]a plainte». En l'espèce, la plainte ou la cause technique d'action est la violation de l'article 44 de la convention cadre. En vertu de l'article 35, le droit de déposer un grief n'est perdu que s'il existe une autre procédure pour traiter la plainte.

^h La difficulté survient du fait que le paragraphe 91(1) n'est pas limité aux affaires où une autre procédure est applicable à la plainte. L'intimé et l'IPFPC ont négocié un libellé qui se rapporte à une plainte précise déposée à l'égard d'une infraction prévue par la convention cadre, mais les termes qu'ils ont choisis ne sont pas ceux du paragraphe 91(1). Ce paragraphe permet à l'employé d'engager la procédure de grief seulement si «aucun autre recours administratif de réparation ne lui est ouvert sous le régime d'une loi fédérale».

¹ La *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été adoptée 12 ans après l'adoption de l'art. 91(1).

The Canadian Human Rights Act

Section 40 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA) provides for the filing of complaints. Thereafter, paragraph 41(a) indicates that the CHRC shall deal with any complaint filed unless “(a) the alleged victim of the discriminatory practice to which the complaint relates ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available” (my emphasis). This theme is developed further in subsection 42(2) which says that, before the CHRC decides not to hear a complaint for the reason described in paragraph 41(a), it shall satisfy itself that the failure to exhaust the procedure was attributable to the complainant. In the same vein, paragraph 44(2)(a) of the CHRA provides that the matter of exhausting grievance procedures described in paragraph 41(a) shall also be addressed when the CHRC considers an investigation report. Finally, paragraph 44(2)(b) provides that, when it receives the investigator’s report, the CHRC shall also consider whether “the complaint could more appropriately be dealt with, initially or completely, by means of a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act” (my emphasis). If so, the CHRC is obliged to refer the complainant to the appropriate authority.

The CHRA clearly contemplates that, if grievance or other procedures are available, they will normally be exhausted before a complaint is entertained or an investigator’s report is considered. The CHRA is not intended to be the first forum for redress if other procedures, such as grievance procedures, are available.

The applicant argued that, in view of the CHRA’s deference to grievance procedures, it would be wrong to interpret subsection 91(1) to block grievances under “no discrimination” clauses such as Article 44. The difficulty I have with this submission is that, while the CHRA defers to grievance procedures, it only does so in cases where such procedures are “available”. This line of argument, therefore, is not particularly helpful because it leads directly back to the question of the proper interpretation of subsection 91(1).

La Loi canadienne sur les droits de la personne

L’article 40 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP), porte sur le dépôt des plaintes. Puis, l’alinéa 41a) prévoit que la CCDP statue sur toute plainte dont elle est saisie sauf lorsque «a) la victime présumée de l’acte discriminatoire devrait épuiser d’abord les recours internes ou les procédures d’appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts» (c’est moi qui souligne). Ce point est développé au paragraphe 42(2) qui édicte que, avant que la CCDP décide, pour le motif donné à l’alinéa 41a), de ne pas entendre une plainte, elle doit s’assurer que le défaut d’épuiser les recours prévus est imputable au plaignant. De même, l’alinéa 44(2)a) de la LCDP prévoit que la question de l’épuisement des recours décrits à l’alinéa 41a) doit aussi être prise en considération par la CCDP sur réception d’un rapport d’enquête. Finalement, l’alinéa 44(2)b) prévoit que, sur réception du rapport d’enquête, la CCDP doit aussi se demander si «la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi fédérale» (c’est moi qui souligne). Le cas échéant, la CCDP doit renvoyer la plainte devant l’autorité compétente.

La LCDP prévoit clairement que, si un grief ou une autre procédure peuvent être engagés, ces procédures devront être épuisées avant que la plainte puisse être entendue, ou le rapport d’enquête examiné. La LCDP n’a pas pour objectif de servir de premier recours si d’autres procédures, comme la procédure de grief, sont ouverts.

Le requérant a avancé que, compte tenu de la subsidiarité de la LCDP par rapport à la procédure de grief, il serait erroné d’affirmer que le paragraphe 91(1) bloque les griefs déposés en vertu d’une clause d’«élimination de la discrimination» comme l’article 44. J’ai de la difficulté à accepter cet argument, car, bien que la LCDP soit subsidiaire par rapport à la procédure de grief, il n’en est ainsi que dans le cas où cette procédure est «ouverte». Cette voie d’argumentation n’est pas particulièrement utile parce qu’elle nous ramène directement à la question de l’interprétation à donner au paragraphe 91(1).

The Intervenor

The Public Service Alliance of Canada (the Alliance) is an intervenor in this proceeding. It is not the union which represents the applicant at the HPB; however, the Alliance is the largest bargaining agent in the Federal Public Service and represents approximately 130,000 Public Service employees. The Alliance has also negotiated a "no discrimination" clause. It is described as Article M-16 in the Alliance's collective agreement. It is identical to Article 44 in the PIPSC Master Agreement which is at issue herein. Accordingly, if subsection 91(1) is interpreted to force the PIPSC's Article 44 discrimination cases out of the grievance procedure, cases under the Alliance's Article M-16 will be treated in the same fashion.

L'intervenant

L'Alliance de la Fonction publique du Canada (l'Alliance) a obtenu le statut d'intervenant dans la présente procédure. Elle n'est pas le syndicat qui représente le requérant dans ses fonctions à la DGPS. Cependant, l'Alliance est le plus important agent négociateur dans la fonction publique fédérale et elle représente environ 130 000 fonctionnaires. L'Alliance a aussi négocié une clause d'«élimination de la discrimination», l'article M-16 dans sa convention collective, identique à l'article 44 de la convention cadre de l'IPFPC dont l'application est discutée en l'espèce. Par conséquent, si le paragraphe 91(1) est interprété de manière à exclure de la procédure de grief les plaintes de discriminations déposées en vertu de l'article 44 de l'IPFPC, les plaintes déposées en vertu de l'article M-16 de l'Alliance subiront le même sort.

THE ISSUE AND THE PARTIES' POSITIONS

Against this background, the issue is whether the Adjudicator was correct when he decided that the CHRA is an Act of Parliament under which the applicant can seek redress. Having so found, he concluded that he had no jurisdiction because subsection 91(1) operates to remove grievances under Article 44 of the PIPSC Master Agreement from the grievance and adjudication process described in that agreement.

This is the first case in which an adjudicator has been faced with a jurisdictional argument based on subsection 91(1). Traditionally, adjudicators have taken jurisdiction in cases where grievances were brought under Article 44. However, the subsection 91(1) argument was not made in those cases. In *Rhéaume and Treasury Board (Revenue Canada—Customs and Excise)*,² the adjudicator commented on subsection 91(1) in *obiter dicta* in his reasons. Adjudicator Y. Tarte had not heard argument on the point, but the Adjudicator's decision in this case was released after adjudicator Tarte's hearing and before his reasons so he felt compelled to mention the matter of jurisdiction. He believed that he had juris-

LA QUESTION EN LITIGE ET LA POSITION DES PARTIES

Compte tenu du contexte décrit ci-dessus, la question en litige est de savoir si l'arbitre avait raison de décider que la LCDP est une loi fédérale en vertu de laquelle le requérant peut demander réparation. Ayant constaté que tel était le cas, l'arbitre a conclu qu'il n'avait pas compétence parce que le paragraphe 91(1) a pour effet d'exclure les griefs déposés en vertu de l'article 44 de la convention cadre de l'IPFPC de la procédure de règlement des griefs établie par cette convention.

C'est le premier litige où un arbitre doit examiner la question de la compétence eu égard au paragraphe 91(1). Jusqu'à maintenant, les arbitres ont considéré qu'ils avaient compétence sur les griefs déposés en vertu de l'article 44. Cependant, l'objection fondée sur le paragraphe 91(1) n'a pas été invoquée dans ces instances. Dans l'affaire *Rhéaume et le Conseil du Trésor (Revenu Canada—Douanes et Accise)*,² l'arbitre a fait un commentaire sur le paragraphe 91(1) dans une opinion incidente. L'arbitre Y. Tarte n'avait pas entendu d'argumentation sur la question. Cependant, l'arbitre en l'espèce ayant rendu sa décision après l'audience tenue par l'arbitre Tarte, mais avant que ce dernier ait exprimé ses motifs, il s'est senti

² [1994] C.P.S.S.R.B. No. 89 (QL).

² [1994] C.R.T.F.P.C. n° 89 (QL).

diction in spite of subsection 91(1). As will become apparent, I did not find his reasoning persuasive.

The respondent takes the position that, because of subsection 91(1), Article 44 cannot be enforced by grievance procedures under the Master Agreement. The respondent also says that the focus in subsection 91(1) is on redress and that, as long as redress is available, subsection 91(1) does not demand that the other administrative procedure be identical.

The applicant and the Alliance say that unions have negotiated for a discrimination-free workplace and that the respondent, when it accepted Article 44 as a term of the Master Agreement, also accepted that it would be enforced under the agreement. They say that it is not now open to the respondent to argue that the "no discrimination" clause should be enforced otherwise than under the Master Agreement. They also submit that redress has a special meaning in the labour law context and that the CHRC functions too slowly to provide the kind of redress needed to maintain industrial peace.

REDRESS

The procedures under the CHRA can be distinguished from those in the grievance provisions of the Master Agreement as follows:

The Subject-Matter

The parties agreed that the CHRC has jurisdiction to deal with all of the substantive matters included in Article 44 and raised in the grievance. However, the applicant and the Alliance did not agree that the CHRC had jurisdiction to deal with the technical cause of action stated in the grievance because that cause of action is a breach of Article 44. This submission must be correct. Clearly, the CHRC cannot enforce a provision of a collective agreement. However, in my view, this conclusion is not dispositive of the issue of the CHRC's ability to provide redress. In my view, as long as the CHRC has jurisdiction to

tenu d'aborder la question de la compétence. Il a jugé qu'il avait compétence en dépit du paragraphe 91(1). Comme on s'en rendra compte, je n'ai pas trouvé son raisonnement persuasif.

^a L'intimé affirme que, en raison du paragraphe 91(1), l'article 44 ne peut pas être mis en application au moyen de la procédure de grief de la convention cadre. L'intimé affirme aussi que le paragraphe 91(1) porte principalement sur la réparation et que, à la condition qu'un recours soit ouvert, le paragraphe 91(1) n'exige pas que l'autre procédure administrative soit identique.

^c Le requérant et l'Alliance soutiennent que les syndicats ont mené des négociations visant à obtenir un milieu de travail exempt de toute discrimination et que l'intimé, lorsqu'il a accepté l'article 44 comme faisant partie de la convention cadre, a aussi accepté qu'il serait appliqué en vertu de la convention. Ils affirment qu'il n'est pas maintenant loisible à l'intimé d'alléguer que la clause d'«élimination de la discrimination» devrait être mise en application en vertu d'une autre autorité que celle de la convention cadre. Ils avancent aussi que le mot réparation a un sens spécial dans le contexte des relations de travail et que la CCDP fonctionne trop lentement pour pouvoir adjuger le type de réparations nécessaires au maintien de la paix industrielle.

LE RECOURS

Les procédures prévues dans la LCDP peuvent être distinguées de la procédure de grief de la convention cadre de la façon suivante:

Le fond

^b Les parties conviennent que la CCDP peut connaître de toutes les questions formulées dans l'article 44 et soulevées dans le grief. Toutefois, le requérant et l'Alliance ne conviennent pas que la CCDP ait compétence sur la cause technique d'action énoncée dans le grief, parce que cette cause d'action est une violation de l'article 44. Cette allégation est assurément vraie. Il est évident que la CCDP ne peut pas appliquer une disposition d'une convention collective. Toutefois, à mon avis, cette conclusion ne permet pas de déterminer de façon décisive si la CCDP est capable d'adjuger une réparation. À mon avis, si

deal meaningfully and effectively with the substance of the employee's grievance, then it can provide redress.

In reaching this conclusion, I am mindful of the decision of my brother Rothstein J. in *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham*, [1994] 3 F.C. 449 (T.D.). In that case, he considered paragraph 242 (3.1)(b) of the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16)] which provides, in part, that an adjudicator shall not hear a complaint where a procedure for redress has been provided elsewhere by Parliament. Mr. Justice Rothstein concluded at page 463 that, for a procedure to be another "procedure for redress", it "cannot be based on a different cause of action or provide a lesser remedy". Mr. Justice Rothstein was dealing with claims which were substantively different: the *Canada Labour Code* claim was for unjust dismissal and the human rights complaint was for discrimination. He observed that different principles applied to the two matters.

The present case can be distinguished because herein the complaint and the grievance are substantively the same. Both raise issues of discrimination. I am satisfied that, when Mr. Justice Rothstein spoke of a cause of action, he meant the substance of the complaint and not its technical trappings. Accordingly, my conclusion in this case is not contrary to the principle he discussed.

Control

Under the CHRA, the CHRC controls the complaint process and is obliged to take the public interest into account. The CHRC decides whether a complaint will be investigated and whether it will be referred to the Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal) for a hearing. In contrast, under the Master Agreement, PIPSC has carriage of and controls the grievance and arbitration process. It decides whether to approve the filing of an employee's grievance and whether a grievance will be referred to adjudication.

la CCDP a compétence pour traiter la plainte de façon raisonnable et efficace quant au fond du grief de l'employé, alors elle peut adjuger une réparation.

a Je suis arrivée à cette conclusion en étant bien consciente de la décision rendue par mon collègue le juge Rothstein dans l'affaire *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449 (1^{re} inst.). Dans cette affaire, le juge Rothstein a examiné l'alinéa 242(3.1)b du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 16)], qui prévoit, entre autres, qu'un arbitre ne peut procéder à l'instruction d'une plainte lorsqu'une autre loi fédérale prévoit un recours. Le juge Rothstein a conclu à la page 463 que, pour qu'une procédure soit un autre «recours», elle «ne peut donner droit à une réparation moindre... ni se fonder sur une cause d'action différente». Le juge Rothstein avait à statuer sur des plaintes qui différaient entre elles quant au fond: la plainte invoquant le *Code canadien du travail* alléguait le congédiement injuste, et la plainte invoquant la *Loi canadienne sur les droits de la personne* avait trait à la discrimination. Il a fait observer que des principes différents régissaient l'instruction des deux plaintes.

f L'espèce se distingue de l'affaire mentionnée ci-dessus en ce que la plainte et le grief sont identiques quant au fond: les deux soulèvent la question de la discrimination. Je suis convaincue que, lorsque le juge Rothstein parlait de cause d'action, il parlait du fond de la plainte, abstraction faite de toute considération technique. Par conséquent, ma conclusion en l'espèce n'est pas contraire au principe qu'il a appliqué.

h La responsabilité pour la procédure

En vertu de la LCDP, la CCDP est responsable de la procédure de plainte et doit prendre l'intérêt public en considération. La CCDP décide si une plainte doit faire l'objet d'une enquête et si elle sera renvoyée devant le tribunal des droits de la personne (le tribunal). Au contraire, en vertu de la convention cadre, l'IPFPC a la responsabilité en ce qui concerne le soutien du grief, de même que la responsabilité à l'égard de la procédure de règlement du grief et d'arbitrage. Il décide d'approuver ou non le dépôt par l'employé d'un grief, et du renvoi ou non à l'arbitrage.

Formal Hearings

There is no certainty that the CHRC will refer a complaint to the Tribunal and equally no assurance that a grievance under the Master Agreement will go ^a to adjudication.

The Parties

Under subsection 40(1) of the CHRA, either the aggrieved employee or PIPSC could be the complainant in a case of discrimination against an individual. However, to function as the complainant, PIPSC might need the individual's consent under subsection ^c 40(2) of the CHRA. In a grievance or adjudication, the employee would grieve and would be represented by PIPSC.

Remedies

Counsel for the Alliance and for the applicant conceded that, pursuant to subsection 53(2) of the CHRA, the CHRC has broader remedial powers than those available to an adjudicator. Counsel could not refer me to any cases in which an adjudicator had awarded damages under the Alliance collective ^f agreement. However, they submitted that damages could, in theory, be awarded. This view appears to be borne out by case law which suggests that, even when a collective agreement is silent, there may be an implicit right to award damages.³ On the other hand, subsection 53(3) of the CHRA expressly provides that victims may be compensated to a maximum of \$5,000. Given the broad powers under subsection 53(2) of the CHRA and the clear possibility ^h of damages under subsection 53(3), I have concluded that a victim of discrimination and harassment can obtain a remedy from the CHRC.

³ *Imbleau et al. v. Laskin et al.*, [1962] S.C.R. 338; *Association of Radio and Television Employees of Canada (CUPE-CLC) v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1975] 1 S.C.R. 118; and *Air Canada and Canadian Air Line Employees' Assoc., Re.* (1981), 29 L.A.C. (2d) 142 (Can.).

Des audiences formelles

Il n'y a aucune certitude que la CCDP renverra une plainte devant le tribunal. De même, il n'y a aucune assurance qu'un grief déposé en vertu de la convention cadre sera soumis à l'arbitrage.

Les parties

^b

En vertu du paragraphe 40(1) de la LCDP, soit l'employé lésé soit l'IPFPC peut être le plaignant dans une affaire de discrimination contre une personne. Toutefois, pour être considéré comme plaignant, l'IPFPC pourrait devoir obtenir le consentement de l'employé en vertu du paragraphe 40(2) de la LCDP. Dans une procédure de règlement de grief ou d'arbitrage, l'employé serait celui qui dépose le grief ^d et serait représenté par l'IPFPC.

La réparation

Les avocats de l'Alliance et du requérant ont admis que, compte tenu du paragraphe 53(2) de la LCDP, la CCDP détenait des pouvoirs plus grands que ceux d'un arbitre quant à la réparation qui pouvait être accordée. Ils n'ont pu citer aucune affaire où l'arbitre avait accordé des dommages-intérêts en vertu de la convention collective de l'Alliance. Toutefois, ils ont affirmé que des dommages-intérêts pouvaient, en théorie, être accordés. Cette opinion paraît s'appuyer sur la jurisprudence, qui donne à entendre que, même lorsqu'une convention collective est muette sur la question, elle peut néanmoins donner droit à l'adjudication de dommages-intérêts³. Par ailleurs, le paragraphe 53(3) de la LCDP prévoit expressément que les victimes peuvent recevoir un dédommagement maximal de 5 000 \$. Étant donné les pouvoirs importants accordés par le paragraphe 53(2) de la LCDP et la possibilité évidente d'une adjudication de dommages-intérêts en vertu du paragraphe 53(3), je conclus que la victime de discrimination et de harcèlement peut obtenir réparation de la CCDP. ⁱ

³ *Imbleau et al. v. Laskin et al.*, [1962] R.C.S. 338; *Association des Employés de Radio et Télévision du Canada (SCFP-CTC) c. La Société Radio-Canada*, [1975] 1 R.C.S. 118; et *Air Canada and Canadian Air Line Employees' Assoc., Re* (1981), 29 L.A.C. (2d) 142 (Can.).

Timing

Under the CHRA, there are no provisions which set time frames for the handling of a complaint. Once a complaint is filed, the Commission has four options: it may refuse to investigate in certain situations under sections 40 and 41; it may appoint a conciliator; it may approve a settlement under section 48; or, it may investigate the complaint and, thereafter, dismiss it or send it to a hearing before the Tribunal under section 44.

Under clause 35.02 of the Master Agreement, before the grievance procedure is invoked, there exists, at an employee's option, the possibility of a resolution of a dispute on an informal basis before a supervisor. This informal process is not part of the grievance procedure and is not affected by subsection 91(1). While informal discussions are underway, the 25-day period for filing a grievance is suspended. Accordingly, no time periods govern the initial informal process.

The grievance procedure under the Master Agreement involves a maximum of four steps which involve interactions with management personnel at increasing levels of seniority. At each step, management is given a short time to respond to an employee's grievance and the employee is given a short time to move to the next step. However, the time periods can be waived by mutual agreement. If they are not waived in a four-step grievance, and if the employee grieves on the 25th day after the incident about which he or she complains, the grievance will have been disposed of at step four in approximately 105 days or three and one-half months. Thereafter, if the grievance is referred to adjudication, no time limits apply to the adjudication process.

I have approached the issue of timing in this way because, although I was referred to two cases in which there was judicial criticism of the CHRC's three-year delay in one case and five-year delay in

Délais

Aucune disposition de la LCDP ne prescrit de délais quant au traitement d'une plainte. À la suite du dépôt d'une plainte, la CCDP a quatre options: elle peut refuser d'enquêter sur une plainte dans les circonstances prévues par les articles 40 et 41; elle peut nommer un conciliateur; elle peut approuver un règlement en vertu de l'article 48; ou elle peut faire enquête sur la plainte et, le cas échéant, la rejeter ou la renvoyer devant le tribunal en vertu de l'article 44.

En vertu de la clause 35.02 de la convention cadre, avant que la procédure de grief soit engagée, l'employé a le choix de tenter un règlement du différend de façon informelle en s'adressant à un superviseur. Cette procédure informelle ne fait pas partie de la procédure du règlement des griefs et n'est pas affectée par le paragraphe 91(1). Pendant que ces pourparlers informels ont cours, le délai de 25 jours imparti pour le dépôt d'un grief est suspendu. Par conséquent, il n'y a aucun délai à respecter en ce qui concerne la procédure informelle initiale.

La procédure de grief prévue par la convention cadre comporte au maximum quatre paliers, chacun comportant des interactions avec le personnel de direction à des niveaux d'autorité de plus en plus élevés. À chaque palier, la direction a droit à une courte période pour répondre au grief de l'employé, et ce dernier a une courte période pour s'adresser au palier supérieur. Toutefois, ces exigences relatives aux délais peuvent être abandonnées par consentement mutuel. Si elles ne sont pas abandonnées lors d'une procédure de grief à quatre paliers, et si l'employé dépose sa plainte le 25^e jour suivant l'incident en cause, une décision sur le grief sera prise au quatrième palier dans approximativement 105 jours, ou trois mois et demi. Par la suite, si le grief est renvoyé à l'arbitrage, aucun délai ne s'applique à la procédure d'arbitrage.

J'ai examiné la question des délais de cette façon, parce que, bien que l'on ait cité deux cas où les tribunaux judiciaires avaient critiqué la longueur de la procédure intentée devant la CCDP, trois ans dans un

the other,⁴ I had no evidence of the CHRC's usual practice to give me an understanding of the time it actually takes to resolve complaints. Comments about delay being a well-known problem in CHRC cases were made several times during submissions, but this was not evidence of undue systemic delay. Had evidence been available which showed that the CHRC is unable to dispose of complaints in a reasonable time frame, I might have been prepared to conclude that the CHRC does not offer redress in a labour relations context. However, there was no evidence before me which supported such a conclusion.

I should note that, in *Morgan*,⁵ two years was described as a reasonable period within which a complaint would be investigated and reach the Tribunal. If, in future, an adjudicator were to be convinced on proper evidence that the CHRC did not provide timely dispositions of complaints it would, in my view, be open to that adjudicator to conclude that the CHRC did not provide redress within the meaning of subsection 91(1).

On the timing issue, I have also found that there was no evidence before me to show that arbitrations under the Master Agreement are conducted particularly swiftly. In the three cases referred to by counsel,⁶ the period from the referral of the grievance to the adjudicator's decision was approximately one year. Accordingly, I have no evidentiary basis for concluding that there are material differences in the time taken to obtain redress from the Tribunal as opposed to grievance adjudication.

Finally, it should be noted that redress does not necessarily contemplate or depend on a hearing. There is potential for a settlement at any time following the filing of a complaint under the CHRA and

⁴ *Motorways Direct Transport Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1991), 50 Admin. L.R. 222 (F.C.T.D.) and *Canada (Attorney General) v. Morgan* [hereinafter "*Morgan*"], [1992] 2 F.C. 401 (C.A.).

⁵ *Ibid.*, at pp. 434-435.

⁶ *Dekoning and Treasury Board (Employment and Immigration Canada)*, [1993] C.P.S.S.R.B. No. 32 (QL); *Lorenzen and Treasury Board (Environment Canada)*, [1993] C.P.S.S.R.B. No. 165 (QL); and *Stene and Treasury Board (Environment Canada)*, [1991] C.P.S.S.R.B. No. 118 (QL).

cas, cinq ans dans l'autre⁴, je n'avais aucune preuve de la pratique habituelle de la CCDP qui me donnerait une idée du temps que cela prend réellement pour régler une plainte. Des commentaires au sujet de la réputation de longueur de la procédure devant la CCDP ont été faits à plusieurs reprises pendant la présentation des observations, mais ce n'était pas une preuve de retards systémiques excessifs. Si l'on avait déposé la preuve que la CCDP est incapable de régler les plaintes dans un délai raisonnable, j'aurais peut-être été disposée à conclure que la CCDP ne constitue pas un recours possible en matière de relations de travail. Cependant, aucune preuve ne m'a été présentée qui permettait d'en arriver à cette conclusion.

Je ferais remarquer que dans l'arrêt *Morgan*⁵, on a considéré que deux ans étaient une période normale pour effectuer une enquête sur une plainte et la renvoyer au tribunal. Si, un jour, un arbitre était convaincu à partir d'une preuve pertinente que la CCDP ne peut régler les plaintes dans un délai raisonnable, il lui serait loisible, à mon avis, de conclure que la CCDP ne constitue pas un recours au sens du paragraphe 91(1).

Sur la question des délais, j'ai aussi constaté qu'il n'y avait aucune preuve permettant de conclure que l'arbitrage suivant la procédure prévue par la convention cadre se fait de façon particulièrement diligente. Dans les trois affaires citées par l'avocat⁶, la période comprise entre le renvoi du grief à l'arbitrage et la décision de l'arbitre a été d'environ un an. Par conséquent, je ne peux m'appuyer sur aucune preuve pour conclure qu'il existe une différence marquée dans le temps requis pour obtenir réparation selon que l'on s'adresse au tribunal ou à l'arbitre.

Finalement, il faut remarquer que la réparation ne nécessite pas forcément la tenue d'une audience dont elle dépendrait. Il y a toujours possibilité d'une entente à la suite du dépôt d'une plainte en vertu de la

⁴ *Motorways Direct Transport Ltd. c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1991), 50 Admin. L.R. 222 (C.F. 1^{re} inst.) et *Canada (Procureur général) c. Morgan* [arrêt ci-après appelé *Morgan*], [1992] 2 C.F. 401 (C.A.).

⁵ *Ibid.*, aux p. 434 et 435.

⁶ *Dekoning et le Conseil du Trésor (Emploi et Immigration Canada)*, [1993] C.R.T.F.P.C. n° 32 (QL); *Lorenzen et le Conseil du Trésor (Environnement Canada)*, [1993] C.R.T.F.P.C. n° 165 (QL); et *Stene et le Conseil du Trésor (Environnement Canada)*, [1991] C.R.T.F.P.C. n° 118 (QL).

following the initiation of informal proceedings under clause 35.02 of the Master Agreement.

OTHER ISSUES

Counsel for applicant conceded that, if I upheld the Adjudicator's interpretation of subsection 91(1), any errors he may have made either with respect to the underlying subject-matter of the applicant's grievance, or by reason of his failure to give reasons for his conclusions about grieving Article 44 alone, would be immaterial. Accordingly, it is not necessary to address these issues.

CONCLUSION

The Adjudicator was correct when he concluded that he was without jurisdiction to hear the applicant's grievance by reason of subsection 91(1). I am satisfied that the CHRA provides "redress" on the facts of this case because the CHRC has jurisdiction over the substance of the grievance and because the CHRC can offer a broader range of remedies than an adjudicator under the Master Agreement. The differences in the procedures under the CHRA and the Master Agreement in terms of parties, public interest input and control of the process do not, in my view, detract from the fact that the applicant will receive redress under the CHRA.

Accordingly, the application will be dismissed.

LCDP ou après le début de la procédure informelle engagée en vertu de la clause 35.02 de la convention cadre.

a AUTRES QUESTIONS

L'avocat du requérant a admis que, si je confirmais l'interprétation donnée par l'arbitre au paragraphe 91(1), toute erreur que ce dernier aurait pu faire quant au fond du grief du requérant, ou en raison de son défaut d'exposer des motifs justifiant sa conclusion qu'il s'agissait d'un grief portant sur le seul article 44, serait sans importance. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner ces questions.

c CONCLUSION

L'arbitre a eu raison de conclure qu'il n'avait pas compétence, en raison du paragraphe 91(1), pour entendre le grief du requérant. Je suis convaincue que la LCDP constitue un «recours» relativement aux faits de l'espèce, parce que la CCDP a compétence sur le fond du grief et parce que la CCDP possède de plus grands pouvoirs de réparation qu'un arbitre agissant en vertu de la convention cadre. Les différences existant entre les procédures engagées en vertu de la LCDP et celles engagées en vertu de la convention cadre, quant aux parties, à l'intérêt public et à la responsabilité à l'égard de la procédure, ne changent rien, à mon avis, au fait que le requérant a un recours en vertu de la LCDP.

Par conséquent, la demande sera rejetée.

	T-1764-94		T-1764-94
St. Mary's Indian Band and St. Mary's Indian Band Council (<i>Applicants</i>)		La bande indienne de St. Mary's et le conseil de la bande indienne de St. Mary's (<i>requérants</i>)	
v.		a	c.
Minister of Indian Affairs and Northern Development (<i>Respondent</i>)		Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (<i>intimé</i>)	
and		b	et
The Attorney General of British Columbia (<i>Intervenor</i>)		Le procureur général de la Colombie-Britannique (<i>intervenant</i>)	
	T-1771-94	c	T-1771-94
Columbia Lake Indian Band and Columbia Lake Indian Band Council (<i>Applicants</i>)		La bande indienne de Columbia Lake et le conseil de la bande indienne de Columbia Lake (<i>requérants</i>)	
		d	
v.		c.	
The Minister of Indian Affairs and Northern Development (<i>Respondent</i>)		Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (<i>intimé</i>)	
		e	
and		et	
The Attorney General of British Columbia (<i>Intervenor</i>)		Le procureur général de la Colombie-Britannique (<i>intervenant</i>)	
	T-1773-94	f	T-1773-94
Lower Kootenay Indian Band and Lower Kootenay Indian Band Council (<i>Applicants</i>)		La bande indienne de Lower Kootenay et le conseil de la bande indienne de Lower Kootenay (<i>requérants</i>)	
		g	
v.		c.	
The Minister of Indian Affairs and Northern Development (<i>Respondent</i>)		Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (<i>intimé</i>)	
		h	
and		et	
The Attorney General of British Columbia (<i>Intervenor</i>)		Le procureur général de la Colombie-Britannique (<i>intervenant</i>)	
	T-1769-94	i	T-1769-94
Tobacco Plains Indian Band and Tobacco Plains Indian Band Council (<i>Applicants</i>)		La bande indienne de Tobacco Plains et le conseil de la bande indienne de Tobacco Plains (<i>requérants</i>)	
		j	

v.

The Minister of Indian Affairs and Northern Development (*Respondent*)

and

The Attorney General of British Columbia (*Intervenor*)

INDEXED AS: ST. MARY'S INDIAN BAND v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T.D.)

Trial Division, Reed J.—Vancouver, July 6, 7; Ottawa, August 17, 1995.

Native peoples — Chief, band council passing by-laws regulating gambling casinos on reserve — Indian Act, s. 81(1)(m) neither transferring nor intending to transfer legislative authority to control casinos to Indian chiefs or bands — Band councils without authority to operate or regulate casinos unless licensed by province — Interests beyond those of Band itself proper considerations in Minister's exercise of disallowance power pursuant to Indian Act, s. 82(2) — Issuance of by-law not within band council's jurisdiction.

This was an application for judicial review of a ministerial order, made pursuant to the *Indian Act*, subsection 82(2), disallowing a by-law passed by an Indian band council. The Chief and Council of an Indian Band passed a by-law, pursuant to paragraph 81(1)(m) of the *Indian Act*, containing a code regulating gambling casinos on the reserve. The Minister of Indian Affairs and Northern Development disallowed that by-law on the ground that the issuing of the by-law was not within the band council's jurisdiction. The issue for determination was whether paragraph 81(1)(m) of the *Indian Act* authorizes Indian bands to enact such by-laws.

Held, the application should be dismissed.

Originally band councils were granted limited authority regarding games played on Sundays, subject to prior confirmation by the Governor in Council or the Superintendent General. There was no intention at that time to transfer authority to control gambling casinos to Indian chiefs or band councils, as the operation of all casinos and most forms of gambling was prohibited under the *Criminal Code*. Authority to regulate the operation of pool rooms, dance halls and other places of amusement on reserves rested with, and continues to rest with, the federal government. In 1951, pursuant to an extensive revision of the *Indian Act*, authority to control public games was no longer limited to Sundays and band council by-laws auto-

c.

Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (*intimé*)

a

et

b

Le procureur général de la Colombie-Britannique (*intervenant*)

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE ST. MARY'S c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (1re INST.)

c

Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 6 et 7 juillet; Ottawa, 17 août 1995.

d

Peuples autochtones — Le chef et le conseil de bande ont pris des règlements administratifs pour réglementer les casinos sur leur réserve — L'art. 81(1)m de la Loi sur les Indiens n'a ni pour objet, ni pour effet de transférer le pouvoir législatif de contrôler les casinos aux chefs ou aux bandes indiennes — Les conseils de bandes n'ont pas le pouvoir d'exploiter ou de réglementer les casinos à moins d'avoir obtenu un permis de la province — Pour exercer le pouvoir d'annulation que lui confère l'art. 82(2) de la Loi sur les Indiens, le ministre peut tenir compte de préoccupations qui dépassent les intérêts directs de la bande indienne — Le conseil de bande n'avait pas compétence pour prendre le règlement administratif en cause.

e

f

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de l'arrêté ministériel, pris en vertu du paragraphe 82(2) de la *Loi sur les Indiens*, annulant un règlement administratif pris par le conseil d'une bande indienne. Le chef et le conseil d'une bande indienne ont pris un règlement administratif, en vertu de l'alinéa 81(1)m de la *Loi sur les Indiens*, qui contenait un code réglementant les casinos sur la réserve. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a annulé ce règlement administratif au motif qu'il ne relevait pas de la compétence du conseil de la bande indienne. La question à trancher était celle de savoir si l'alinéa 81(1)m de la *Loi sur les Indiens* autorise les bandes indiennes à prendre de tels règlements administratifs.

g

Jugement: la demande doit être rejetée.

i

j

À l'origine, les conseils de bande ont été investis d'un pouvoir limité relativement à la participation à des jeux le dimanche, sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil ou du surintendant général. À cette époque, le législateur n'avait pas l'intention de transférer la compétence de contrôler les casinos aux chefs ou aux conseils de bandes indiennes, car l'exploitation de tous les casinos et de la plupart des autres formes de jeux était interdite par le *Code criminel*. Le pouvoir de réglementer l'exploitation des salles de billard, salles de danse et autres endroits d'amusement sur les réserves relevait et continue de relever du gouvernement fédéral. En 1951, une révision importante de la *Loi concernant les Indiens* a été faite,

matically came into force unless disallowed by the Minister. Later amendments to the *Criminal Code* continued to prohibit gambling except under licence from a province.

Given this legislative history, it was clearly not the intention of Parliament to confer upon Indian band councils the authority to operate or regulate the operation of casinos in derogation of the *Criminal Code*. Had Parliament intended to confer such authority upon Indian band councils, it would have done so in more specific language. Even if paragraph 81(1)(m) could be interpreted to accord authority to band councils to control the operation of gambling casinos, the provisions of Part VII of the *Criminal Code* take precedence and prevent any regulation in derogation thereof.

The Minister's subsection 82(2) disallowance power allows the Minister to act on governmental concerns beyond those directly relevant to the Indian Band which issued the by-laws in question. Thus the agreement reached between the federal and provincial governments giving the latter exclusive authority over casinos could properly be a determining factor in the federal government's decision to exercise its disallowance power.

Despite its legislative nature, exercise of the subsection 82(2) disallowance power is not insulated from either review or invalidation for jurisdictional error. Subordinate forms of legislative authority such as ministerial orders are subject to review not only for conformity with the Constitution but also to ensure that they are within the authority of the authorizing statutory provisions.

The scope of paragraph 81(1)(m) does not confer upon Indian band councils authority to operate or regulate the operation of casinos on their reserve, unless licensed by a province.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Criminal Code (lotteries), R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 52, s. 3.

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].

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].

Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, ss. 226 (as am. by S.C. 1938, c. 44, s. 12), 227 (as am. by S.C. 1943-44, c. 23, s. 7), 228, 229 (as am. by S.C. 1947, c. 55, s. 4),

de sorte que le pouvoir de contrôler les jeux d'ordre public n'est plus limité au dimanche et que les règlements administratifs pris par un conseil de bande entrent en vigueur automatiquement, à moins d'être annulés par le ministre. Des modifications subséquentes au *Code criminel* ont maintenu l'interdiction des jeux de hasard sauf en vertu d'un permis délivré par une province.

Compte tenu de l'historique de la loi, il n'était manifestement pas de l'intention du législateur de conférer aux conseils de bandes indiennes le pouvoir d'exploiter des casinos ou d'en réglementer l'exploitation par dérogation au *Code criminel*. Si le législateur avait eu l'intention de conférer cette compétence aux conseils de bandes indiennes, il aurait retenu un libellé plus clair à cet égard. Même si l'alinéa 81(1)(m) pouvait être interprété comme attribuant aux conseils de bandes le pouvoir de contrôler l'exploitation de casinos, les dispositions de la Partie VII du *Code criminel* ont préséance et interdisent toute réglementation dérogatoire.

Le pouvoir d'annulation conféré au ministre par le paragraphe 82(2) lui permet d'agir en accord avec des préoccupations gouvernementales qui dépassent les intérêts directs de la bande indienne dont le règlement administratif est en cause. Par conséquent, il ne serait pas irrégulier que le facteur déterminant de la décision du gouvernement fédéral d'exercer son pouvoir d'annulation soit l'entente conclue entre les gouvernements fédéral et provinciaux afin de conférer à ces derniers compétence exclusive sur les casinos.

Malgré son caractère législatif, l'exercice du pouvoir d'annulation conféré par le paragraphe 82(2) n'est pas à l'abri de tout contrôle ni de son annulation en cas d'erreur de compétence. L'exercice de formes subordonnées de pouvoir législatif, tels les arrêtés ministériels, peut être révisé non seulement afin de déterminer s'il est conforme à la Constitution, mais également s'il est autorisé par les dispositions habilitantes.

L'alinéa 81(1)(m) ne confère pas aux conseils de bandes indiennes le pouvoir d'exploiter des casinos sur leurs réserves ou d'en réglementer l'exploitation, à moins qu'un permis leur ait été délivré par la province.

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].

Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 226 (mod. par S.C. 1938, ch. 44, art. 12), 227 (mod. par S.C. 1943-44, ch. 23, art. 7), 228, 229 (mod. par S.C. 1947, ch. 55, art. 4), 230, 231, 232, 233, 234, 235 (mod. par S.C. 1938, ch. 44, art. 13), 236 (mod. par S.C. 1934, ch. 47, art. 7; 1943-44, ch. 23, art. 8).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie VII.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11

230, 231, 232, 233, 234, 235 (as am. by S.C. 1938, c. 44, s. 13), 236 (as am. by S.C. 1934, c. 47, s. 7; 1943-44, c. 23, s. 8).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, Part VII.

Criminal Law Amendment Act, 1968-69, S.C. 1968-69, c. 38, s. 13.

Indian Act, R.S.C., 1927, c. 98, ss. 95, 101 (as am. by S.C. 1930, c. 25, s. 9), 185 (as am. *idem*, s. 17).

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 73, 81 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 32, s. 15), 82, 88.

Indian Act (The), S.C. 1951, c. 29, ss. 80, 81(2).

(R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5].

Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal, S.C. 1968-69, ch. 38, art. 13.

Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 95, 101 (mod. par S.C. 1930, ch. 25, art. 9), 185 (mod., *idem*, art. 17).

Loi modifiant le Code criminel (loteries), L.R.C. (1985), (1^{er} suppl.), ch. 52, art. 3.

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 73, 81 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 15), 82, 88.

Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29, art. 80, 81(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Twinn et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), [1987] 3 C.N.L.R. 118; (1987), 6 F.T.R. 41 (F.C.T.D.); *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410.

CONSIDERED:

R. v. Jimmy, [1987] 5 W.W.R. 755; (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 145; [1987] 3 C.N.L.R. 77 (B.C.C.A.).

REFERRED TO:

Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al., [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121 (C.A.).

AUTHORS CITED

House of Commons Debates, 4th sess., 16th Parl., March 31, 1930.

APPLICATION for judicial review of a ministerial order issued pursuant to the *Indian Act*, subsection 82(1) disallowing a by-law passed by an Indian band council to regulate the establishment of gambling casinos on its reserve. Application dismissed.

COUNSEL:

John L. Finlay and *Fiona C. M. Anderson* for applicants.

John R. Haig, Q.C. for respondent.

George Copley for intervenor.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Twinn et autre c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1987] 3 C.N.L.R. 118; (1987), 6 F.T.R. 41 (C.F. 1^{re} inst.); *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410.

DÉCISION EXAMINÉE:

R. v. Jimmy, [1987] 5 W.W.R. 755; (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 145; [1987] 3 C.N.L.R. 77 (C.A.C.-B.).

DÉCISIONS CITÉES:

Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Association canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121 (C.A.).

DOCTRINE

Débats de la Chambre des communes, 4^e sess., 16^e Lég., 31 mars 1930.

DEMANDE de contrôle judiciaire de l'arrêté ministériel pris en vertu du paragraphe 82(1) de la *Loi sur les Indiens* pour annuler un règlement administratif pris par un conseil de bande indienne afin de réglementer l'établissement de casinos sur sa réserve. Demande rejetée.

AVOCATS:

John L. Finlay et *Fiona C. M. Anderson* pour les requérants.

John R. Haig, c.r., pour l'intimé.

George Copley pour l'intervenant.

SOLICITORS:

Arvay Finlay, and Cooper & Associates, Vancouver, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Attorney General of British Columbia for intervenor.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: The main issue in this case is whether paragraph 81(1)(m) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, as amended R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, section 15 authorizes the enacting of by-laws by Indian bands to regulate the establishment of gambling casinos on their reserves.

The four applicants named in the four applications listed in the style of cause all passed by-laws for this purpose. While differences exist among the four applicants, these are not relevant for present purposes. It is agreed that whatever decision is reached with respect to the St. Mary's Indian Band (T-1764-94) will also apply to the others.

On May 12, 1994, the Chief and Council of the St. Mary's Indian Band passed a by-law pursuant to paragraphs 81(1)(c), (m), (g) and (r) [as am. *idem*] of the *Indian Act*. On June 10, 1994, the Minister of Indian Affairs and Northern Development disallowed that by-law pursuant to his authority under section 82 of the Act.

The Minister's reason for disallowing the by-law, set out in a letter dated June 17, 1994, from Charles A. Webb, Director of Band Governance of the Department of Indian Affairs, was based to a significant extent, if not totally, on the opinion that the issuing of the by-law was not within the Band Council's jurisdiction. The by-law in question contains a very sophisticated and complete code for regulating casinos. There is no doubt that it was passed after a thorough study and on the basis of a well thought-out plan. There is also no doubt that the St. Mary's reserve has limited opportunities for economic development and that the establishment of a casino on the

PROCUREURS:

Arvay Finlay et Cooper & Associates, Vancouver, pour les requérants.

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

Le procureur général de la Colombie-Britannique pour l'intervenant.

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

LE JUGE REED: La principale question en litige est celle de savoir si l'alinéa 81(1)m) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, modifié par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, article 15, permet aux bandes indiennes de prendre des règlements administratifs aux fins de réglementer l'établissement de casinos sur leurs réserves.

Les requérants désignés dans les quatre requêtes énumérées dans l'intitulé de la cause ont pris des règlements administratifs à cette fin. Bien que certains éléments distinguent les requérants les uns des autres, ils ne sont pas pertinents aux fins de l'instance. Les parties ont convenu que, peu importe la décision qui sera rendue relativement à la bande indienne de St. Mary's (T-1764-94), elle s'appliquera également aux autres requérants.

Le 12 mai 1994, le chef et le conseil de la bande indienne de St. Mary's ont pris un règlement administratif en vertu des alinéas 81(1)c), m), g) et r) [mod., *idem*] de la *Loi sur les Indiens*. Le 10 juin 1994, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a annulé ce règlement administratif en vertu du pouvoir que lui confère l'article 82 de la Loi.

Le ministre a précisé le motif de l'annulation du règlement administratif dans une lettre signée le 17 juin 1994 par Charles A. Webb, directeur, Administration des bandes, Ministère des Affaires indiennes. Il s'appuie dans une large mesure, sinon exclusivement, sur l'opinion portant que le conseil de bande n'avait pas compétence pour prendre ce règlement administratif. Celui-ci contient un code complet très élaboré aux fins de réglementer les casinos. Il ne fait aucun doute qu'il a été pris après une analyse approfondie et qu'il se fonde sur un plan mûrement réfléchi. Il est aussi très clair que les possibilités de développement économique de la réserve de

reserve would lead to substantial revenue inflows for the Band.

While the by-law relies upon a number of paragraphs of subsection 81(1) of the *Indian Act* it is paragraph 81(1)(m) which is particularly relevant:

81. (1) The council of a band may make by-laws not inconsistent with this Act or with any regulation made by the Governor in Council or the Minister, for any or all of the following purposes, namely,

(m) the control and prohibition of public games, sports, races, athletic contests and other amusements;

Legislative History

The origin of paragraph 81(1)(m) is found in an amendment to sections 101 and 185 of the *Indian Act* [R.S.C. 1927, c. 98], in 1930.¹ The authority granted by that amendment was limited. It related only to games played on Sundays. In addition, any rule or regulation which might be made by the chief or chiefs of a band had to be confirmed by the Governor in Council² and any by-law, rule or regulation made by a band council was subject to approval and confirmation by the Superintendent General (i.e. the Minister responsible for Indian Affairs).³ The relevant texts provided:

101. The chief or chiefs of any band in council may . . . subject to such confirmation [i.e., by the Governor in Council], make rules and regulations as to

(j) Controlling or prohibiting participation in, or attendance at, public games, sports, races, athletic contests or other such amusements on the Sabbath.

185. . . .

2. The council may also make by-laws, rules and regulations, approved and confirmed by the Superintendent General,

¹ *An Act to Amend the Indian Act*, S.C. 1930, c. 25, ss. 9 and 17.

² S.C. 1930, c. 25, s. 9 amending R.S.C. 1927, c. 98, s. 101.

³ S.C. 1930, c. 25, s. 17 amending R.S.C. 1927 c. 98, s. 185.

St. Mary's sont limitées et que l'établissement d'un casino sur la réserve engendrerait des revenus substantiels pour la bande.

Bien que le règlement administratif s'appuie sur de nombreux alinéas du paragraphe 81(1) de la *Loi sur les Indiens*, c'est l'alinéa 81(1)(m) qui est plus particulièrement pertinent:

81. (1) Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes:

m) la réglementation ou l'interdiction de jeux, sports, courses et concours athlétiques d'ordre public et autres amusements du même genre;

Historique législatif

L'alinéa 81(1)(m) tire son origine d'une modification apportée en 1930 aux articles 101 et 185 de la *Loi des Indiens* [S.R.C. 1927, ch. 98]¹. Le pouvoir conféré par cette modification était limité. Il visait uniquement la participation à des jeux le dimanche. De plus, les règles et règlements que pouvaient prendre le chef ou les chefs d'une bande devaient être ratifiés par le gouverneur en conseil² et les statuts, règles et règlements pris par un conseil de bande devaient être approuvés et sanctionnés par le surintendant général (c'est-à-dire le ministre responsable des Affaires indiennes)³. Les textes pertinents disposent:

101. Le chef ou les chefs d'une bande en conseil peuvent également et sauf les mêmes ratifications, établir des règles et règlements concernant

j) Le contrôle ou l'interdiction de toute participation ou présence à des jeux publics, sports, courses, luttes d'athlétisme ou autres amusements du même genre le dimanche.

185. . . .

2. Le conseil peut aussi établir des statuts, règles et règlements, approuvés et sanctionnés par le surintendant général,

¹ *Loi modifiant la Loi des Indiens*, S.C. 1930, ch. 25, art. 9 et 17.

² S.C. 1930, ch. 25, art. 9 modifiant S.R.C. 1927, ch. 98, art. 101.

³ S.C. 1930, ch. 25, art. 17 modifiant S.R.C. 1927, ch. 98, art. 185.

regulating all or any of the following subjects and purposes, that is to say:—

(jj) Controlling or prohibiting participation in, or attendance at, public games, sports, races, athletic contests or other such amusements on the Sabbath.

At the time, the Superintendent General already had had, since at least 1927, authority to regulate the operation of pool rooms, dance halls and other places of amusement on reserves.⁴ That authority continued and continues today, in subsection 73(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, although, it is now held by the Governor in Council. Subsection 73(1) states:

73. (1) The Governor in Council makes regulations

(e) for the operation, supervision and control of pool rooms, dance halls and other places of amusement on reserves;

It is clear from the legislative debates that the authority conferred by the amendment of 1930, in paragraphs 101(j) and 185(2)(jj) was intended to cover what might be called spectator sports and particularly the conduct of the public at those games: the consumption of alcohol and the taking of "collections".⁵ This last I take to be the charging of admission on Sundays. Certainly, at the time there was no intention to transfer authority to control gambling casinos to Indian chiefs or band councils. The operation of all casinos and most other forms of gambling was prohibited by Part V of the *Criminal Code*.⁶

In 1951, an extensive revision of *The Indian Act* occurred.⁷ Sections 101 and 185 were repealed and became section 80 (now 81). Authority to control public games was no longer limited to Sundays and

⁴ R.S.C. 1927, c. 98, s. 95.

⁵ *House of Commons Debates*, March 31, 1930, at pp. 1112 ff.

⁶ R.S.C. 1927, c. 36, ss. 226-236; exemptions for some forms of gambling existed for the operations of concessions at agricultural fairs and the conducting of raffles at church bazaars when licensed.

⁷ S.C. 1951, c. 29.

régissant tous les sujets et objets suivants, ou l'un quelconque d'entre eux, savoir:

(jj) Le contrôle ou l'interdiction de toute participation ou présence à des jeux publics, sports, courses, luttes d'athlétisme ou autres amusements du même genre le dimanche.

À l'époque, le surintendant général était déjà investi, depuis au moins 1927, du pouvoir de réglementer l'exploitation des salles de billard, salles de danse et autres endroits d'amusement sur les réserves⁴. Ce pouvoir a été maintenu et existe toujours en vertu du paragraphe 73(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, bien qu'il soit maintenant dévolu au gouverneur en conseil. Le paragraphe 73(1) se lit comme suit:

73. (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements concernant:

e) le fonctionnement, la surveillance et le contrôle des salles de billard, des salles de danse et autres endroits d'amusement dans les réserves;

Il ressort clairement des débats de la Chambre des communes que le pouvoir conféré par les modifications apportées en 1930, soit les alinéas 101j) et 185(2)jj), visaient ce qu'on pourrait appeler les sports de spectateurs et plus particulièrement le comportement du public à l'occasion de ces jeux: la consommation de boissons alcooliques et les «collectes»⁵. Je suppose que ce terme s'entend de la perception de droits d'entrée le dimanche. À cette époque, le législateur n'avait certes pas l'intention de transférer la compétence de contrôler les casinos aux chefs ou aux conseils de bandes indiennes. L'exploitation de tous les casinos et de la plupart des autres formes de jeux était interdite par la partie V du *Code criminel*⁶.

En 1951, on a procédé à une révision importante de la *Loi sur les Indiens*⁷. Les articles 101 et 185 ont été abrogés et remplacés par l'article 80 (maintenant 81). Depuis, le pouvoir de contrôler les jeux d'ordre

⁴ S.R.C. 1927, ch. 98, art. 95.

⁵ *Débats de la Chambre des communes*, 31 mars 1930, aux p. 1087 et suiv.

⁶ S.R.C. 1927, ch. 36, art. 226 à 236; des exemptions existaient à l'égard de certaines formes de jeux pour l'exploitation d'une concession d'une foire agricole et l'organisation de raffles aux bazars d'église.

⁷ S.C. 1951, ch. 29.

instead of requiring approval by the Governor in Council (or Minister of Indian Affairs), a mechanism was adopted whereby band council by-laws would come into force automatically unless disallowed by the Minister. Subsection 81(2) (now 82(2)) read:

81...

(2) A by-law made under section eighty shall come into force forty days after a copy thereof is forwarded to the Minister... unless it is disallowed by the Minister within that period, but the Minister may declare the by-law to be in force at anytime before the expiration of that period.

The operation of casinos and practically all types of gaming houses continued to be prohibited by the *Criminal Code*.⁸ In 1967-1968 amendments to the Code [*Criminal Law Amendment Act, 1968-69*] were made which allowed for the operation and licensing of lotteries and gambling by the provincial and federal governments.⁹ In 1985 those provisions were again amended to remove the jurisdiction of the federal government and leave the field to the provincial governments [*An Act to amend the Criminal Code (lotteries)*].¹⁰ It is in this context that the scope of paragraph 81(1)(m) must be assessed.

Statutory Interpretation

Counsel for the applicants argues that the purpose of conferring what is now section 81 authority on Indian band councils is to provide them with a measure of self-government. The purpose is to carve out an area for band control which can supplant otherwise relevant federal or provincial legislation. He argues that when the band has legislated on a subject with respect to which it has been given authority, those provisions can operate in derogation of federal or provincial legislative provisions which would otherwise be applicable: see *R. v. Jimmy*, [1987] 5 W.W.R. 755 (B.C.C.A.). Section 81 authority, in any

⁸ R.S.C. 1927, c. 36, ss. 226 (as am. by S.C. 1938, c. 44, s. 12), 227 (as am. by S.C. 1943-44, c. 23, s. 7), 228, 229 (as am. by S.C. 1947, c. 55, s. 4), 230, 231, 232, 233, 234, 235 (as am. by S.C. 1938, c. 44, s. 13), 236 (as am. by S.C. 1934, c. 47, s. 7; 1943-44, c. 23, s. 8).

⁹ S.C. 1968-69, c. 38, s. 13.

¹⁰ R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 52, s. 3.

public n'est plus limité au dimanche et la nécessité d'obtenir l'approbation du gouverneur en conseil (ou du ministre des Affaires indiennes) a été remplacée par un mécanisme par lequel les règlements administratifs pris par un conseil de bande entrent en vigueur automatiquement, à moins d'être annulés par le ministre. Le paragraphe 81(2) (maintenant 82(2)) dispose:

81...

(2) Un statut administratif établi selon l'article quatre-vingt entre en vigueur quarante jours après qu'un exemplaire en a été envoyé au Ministre, à moins que le Ministre ne le désavoue au cours de cette période; mais le Ministre peut déclarer le statut en vigueur à tout moment avant l'expiration de cette période.

L'exploitation de casinos et de pratiquement tous les types de maisons de jeu est demeurée interdite par le *Code criminel*.⁸ En 1967-1968, des modifications ont été apportées au Code [*Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*] pour permettre l'exploitation de loteries et de jeux de hasard et la délivrance de permis à cet égard par les gouvernements fédéral et provinciaux.⁹ En 1985, ces dispositions ont été modifiées à nouveau pour soustraire ce champ d'activités de la compétence du gouvernement fédéral et le laisser aux gouvernements provinciaux [*Loi modifiant le Code criminel (lotteries)*].¹⁰ C'est dans ce contexte qu'il faut évaluer la portée de l'alinéa 81(1)m).

L'interprétation de la Loi

L'avocat des requérants soutient que le législateur a conféré aux conseils des bandes indiennes le pouvoir énoncé dans la disposition qui constitue maintenant l'article 81 dans l'intention de mettre à leur disposition une mesure d'autonomie gouvernementale. Son objet était de créer un domaine sur lequel les bandes exerceraient un contrôle par présence sur toute autre loi provinciale ou fédérale autrement pertinente. Il soutient que les dispositions édictées par une bande dans un domaine à l'égard duquel elle est compétente peuvent s'appliquer par dérogation à une disposition législative fédérale ou provinciale par ail-

⁸ S.R.C. 1927, ch. 36, art. 226 (mod. par S.C. 1938, ch. 44, art. 12), 227 (mod. par S.C. 1943-44, ch. 23, art. 7), 228, 229 (mod. par S.C. 1947, ch. 55, art. 4), 230, 231, 232, 233, 234, 235 (mod. par S.C. 1938, ch. 44, art. 13), 236 (mod. par S.C. 1934, ch. 47, art. 7; 1943-44, ch. 23, art. 8).

⁹ S.C. 1968-69, ch. 38, art. 13.

¹⁰ L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 52, art. 3.

event, will take precedence over provincial legislative enactments or instruments as a result of the provisions of section 88 of the *Indian Act*.

The argument that the exercise of an authority conferred by section 81 can operate to supplant otherwise applicable federal legislation is also based on the opening words of section 81. Those words limit the band council's authority in so far as its exercise may be inconsistent with the *Indian Act* or with any regulation made by the Governor in Council or the Minister of Indian Affairs under that Act. A standard clause in many statutes is to make the conferral of subordinate legislative authority subject to "any other Act". This was not the wording adopted in the case of section 80 (now 81) when it was enacted. Thus, counsel argues that while section 81 authority is expressly limited by the *Indian Act* or provisions made under that Act, it is not limited by federal legislative provisions generally. The express reference to the *Indian Act*, and provisions made thereunder, by implication, excludes other federal enactments.

I do not find it necessary to decide whether band council by-laws, as a general rule, operate as a derogation from federal or provincial laws. I find it sufficient to say that I do not think it was the intention of Parliament, in enacting paragraph 80(m) (now 81(1)(m)), to confer on Indian band councils authority to operate, or regulate the operation of casinos in derogation of what is now Part VII of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46].

In the first place, the authority granted, with respect to the games in question, is to control or prohibit those games. This assumes that the games can operate freely in the absence of any such control or prohibition. This was not true for gambling casinos in 1930, nor in 1951. It is not true now except under licence from a province. Secondly, if Parliament had intended to confer on Indian band councils the authority to operate or to regulate the operation of

leurs applicable: voir *R. v. Jimmy*, [1987] 5 W.W.R. 755 (C.A.C.-B.). Quoi qu'il en soit, le pouvoir conféré par l'article 81 aura préséance sur la législation provinciale par application de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*.

L'argument portant que l'exercice d'un pouvoir conféré par l'article 81 peut avoir préséance sur une loi fédérale par ailleurs applicable se fonde également sur les dispositions introductives de l'article 81. Celles-ci limitent le pouvoir du conseil de bande dans la mesure où son exercice est incompatible avec la *Loi sur les Indiens* ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou le ministre des Affaires indiennes en application de cette Loi. De nombreuses lois comprennent une disposition type qui confère un pouvoir de législation déléguée sous réserve de «toute autre loi». Ce n'est pas le libellé qui a été retenu dans le cas de l'article 80 (maintenant 81) au moment où il a été édicté. Par conséquent, l'avocat fait valoir que le pouvoir conféré par l'article 81 est expressément limité par la *Loi sur les Indiens* ou par les dispositions édictées en vertu de celle-ci, mais qu'il n'est pas limité par les lois fédérales en général. Le renvoi exprès à la *Loi sur les Indiens* et aux dispositions édictées sous son régime exclut implicitement tout autre texte législatif ou réglementaire fédéral.

Je n'estime pas nécessaire de décider si, en règle générale, les règlements administratifs d'un conseil de bande s'appliquent par dérogation aux lois fédérales ou provinciales. Il me suffit de préciser que, selon moi, l'intention du législateur lorsqu'il a édicté l'alinéa 80(m) (maintenant 81(1)(m)), n'était pas de conférer aux conseils de bandes indiennes le pouvoir d'exploiter des casinos ou d'en réglementer l'exploitation par dérogation à ce qui constitue maintenant la partie VII du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46].

Premièrement, le pouvoir qui a été attribué en ce qui a trait aux jeux en cause est un pouvoir de contrôle et d'interdiction. On présuppose donc que ces jeux peuvent avoir cours librement en l'absence de pareil contrôle ou interdiction. Ce n'était pas le cas des casinos en 1930, ni en 1951. Ce n'est pas le cas maintenant non plus, sauf en ce qui a trait aux permis délivrés par une province. Deuxièmement, si le législateur avait eu l'intention de conférer compétence aux

casinos on reserves, I think it would have done so in more specific language than that used in paragraph 80(m).

In addition, when confronted with a statutory provision which is general in nature, and one which is more specific, the accepted technique of statutory interpretation is to read the more specific as an exception to the general. Counsel for the applicants argue that the authority conferred on Indian band councils is more specific than the *Criminal Code* because it has a limited geographical application—it applies only on Indian reserves. Counsel for the intervenor argues that the *Criminal Code* provisions are more specific because they deal only with one kind of game—gambling. Paragraph 81(1)(m) deals with all types of public games, athletic contests and other amusements. I have been persuaded that in this case the specific/general dichotomy should be assessed by reference to the subject-matter of the legislation not the scope of its geographical application. When paragraph 81(1)(m) of the *Indian Act* and Part VII of the *Criminal Code* are read together—I read the specific out of the general. Thus, even if paragraph 81(1)(m) could be interpreted to accord authority to band councils to control or prohibit the operation of gambling casinos, the provisions of Part VII of the *Criminal Code* take precedence and prevent any regulation in derogation thereof.

Ministerial Disallowance

Although it is not strictly necessary to do so, I will set out some of the arguments which were made with respect to the Minister's disallowance of the by-laws in question.

Counsel for the applicants argued that in exercising that authority the Minister must, as a trustee for the Band, consider only the welfare of the Band. It was argued that he must, therefore, consider the economic benefits which would accrue to the Band, as well as any negative consequences that might arise. It was argued that it would be improper for him to dis-

conseils de bandes indiennes pour exploiter des casinos sur leurs réserves ou pour en réglementer l'exploitation, je pense qu'il aurait retenu un libellé plus clair à cet égard que celui de l'alinéa 80m).

^a Par ailleurs, lorsqu'on se trouve en présence d'une disposition législative d'ordre général et d'une autre disposition plus spécifique, la technique reconnue d'interprétation législative veut qu'on interprète la disposition plus spécifique comme une exception à la disposition générale. L'avocat des requérants fait valoir que le pouvoir conféré aux conseils de bandes indiennes est plus spécifique que le *Code criminel* parce que son application est limitée sur le plan géographique—elle se limite uniquement aux réserves indiennes. L'avocat de l'intervenant plaide que les dispositions du *Code criminel* sont plus spécifiques parce qu'elles traitent uniquement d'un type de jeux —les jeux de hasard. L'alinéa 81(1)m) vise tous les types de jeux et de concours athlétiques d'ordre public et les autres amusements du même genre. Je suis convaincue qu'en l'espèce la dichotomie entre la disposition spécifique et la disposition générale doit être analysée en fonction de leur objet, et non de l'étendue de leur application sur le plan géographique. En examinant ensemble l'alinéa 81(1)m) de la *Loi sur les Indiens* et la partie VII du *Code criminel*—j'interprète la disposition spécifique comme une exception à la disposition générale. Par conséquent, même si l'alinéa 81(1)m) pouvait être interprété comme attribuant aux conseils de bandes le pouvoir de contrôler ou d'interdire l'exploitation de casinos, les dispositions de la partie VII du *Code criminel* ont préséance et interdisent toute réglementation dérogatoire.

L'annulation par le ministre

^h Bien que cela ne soit pas absolument nécessaire, j'exposerai certains des arguments qui ont été formulés relativement à l'annulation des règlements administratifs en cause par le ministre.

ⁱ L'avocat des requérants a soutenu qu'en exerçant ce pouvoir, le ministre doit, en sa qualité de fiduciaire de la bande, tenir compte uniquement du bien-être de la bande. Il a fait valoir que le ministre doit par conséquent prendre en considération tant les avantages économiques que la bande pourrait tirer du règlement administratif que les conséquences néga-

allow the by-law because, for example, there had been a federal-provincial agreement reached in 1985 whereby the federal government had agreed to leave the operation and regulation of gambling casinos to the provinces.

I interpret the Minister's disallowance power in subsection 82(2) as allowing the Minister to act on governmental concerns beyond those directly relevant to the Indian Band whose by-law is under consideration. I adopt the analysis of Mr. Justice Strayer [as he then was] in *Twinn et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 C.N.L.R. 118 (F.C.T.D.), at page 120:

Surely the purpose of empowering the minister to disallow bylaws is in part to enable him to take into account larger interests going beyond those of the Band itself . . .

Although Mr. Justice Strayer was concerned with a disallowance which was described as being in the interest of all Indians generally, I consider his comments to be wide enough to encompass decisions taken by a Minister for social policy, political or financial reasons other than those directly relevant to Indians.¹¹ Thus, even if the Minister's decision had been taken because the federal government reached an agreement with the provincial governments, in 1985, whereby the latter would be given exclusive authority over casinos, I could not interpret that as an improper use of the disallowance power.

I am not persuaded, however, that a categorization of the Minister's disallowance power as legislative in nature would insulate it from review as counsel argues. Reference was made to the decisions in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2 and *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247 (C.A.). I do not understand why characterizing the disallowance power as legislative creates the immunity which is claimed. Legislative activity by a legislature is necessarily subject to scrutiny and com-

¹¹ Mr. Justice Strayer refers to comments in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at pp. 753, 755-756.

tives qui pourraient en découler. Il a affirmé qu'il serait irrégulier que le ministre annule le règlement administratif parce que, par exemple, une entente fédérale-provinciale a été conclue en 1985, par laquelle le gouvernement fédéral a consenti à laisser aux provinces le pouvoir d'exploiter et de réglementer les casinos.

J'interprète le pouvoir d'annulation du ministre énoncé au paragraphe 82(2) comme lui permettant d'agir en accord avec des préoccupations gouvernementales qui dépassent les intérêts directs de la bande indienne dont le règlement administratif est en cause. Je souscris au raisonnement énoncé par le juge Strayer [tel était alors son titre] dans *Twinn et autre c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.N.L.R. 118 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 122:

Assurément, l'objectif visé en autorisant le ministre à annuler des statuts administratifs est, en partie, de lui permettre de tenir compte d'intérêts plus vastes, dépassant ceux de la bande elle-même . . .

Bien que le juge Strayer ait été saisi d'une annulation qui a été décrite comme servant les intérêts de tous les Indiens en général, ses remarques me semblent assez larges pour comprendre les décisions prises par le ministre pour des motifs d'ordre social, politique ou financier qui ne touchent pas directement les Indiens¹¹. Par conséquent, même si la décision du ministre reposait sur l'entente conclue en 1985 entre les gouvernements fédéral et provinciaux afin de conférer à ces derniers compétence exclusive sur les casinos, je ne pourrais conclure qu'il a exercé son pouvoir d'annulation de façon irrégulière.

Je ne suis toutefois pas persuadée que le fait de reconnaître le caractère législatif du pouvoir d'annulation du ministre le mette à l'abri de tout examen, comme le prétend l'avocat. On a porté à mon attention les décisions *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2 et *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247 (C.A.). Je ne vois pas comment le fait de qualifier le pouvoir d'annulation de pouvoirs législatifs créerait l'immunité à laquelle les requérants prétendent. L'activité législa-

¹¹ Le juge Strayer mentionne les commentaires formulés dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, aux p. 753, 755 et 756.

ment from those affected before the legislation is passed. This is ensured by the public process of first, second and third readings in the House of Commons and the Senate and, in the case of provincial legisla-
 a tion, by a comparable process in provincial legisla-
 tive assemblies. Subordinate legislative activity (reg-
 ulations), by order in council is subject to public
 scrutiny. Those who will be affected are given an
 opportunity to comment before those legislative pro-
 visions are promulgated. Pre-publication require-
 b ments ensure that this occurs. Why, then, should an
 even lesser form of subordinate legislative activity,
 for example, by ministerial order be immune from
 such pre-disclosure and opportunity for review
 c merely because it is labelled "legislative"?

Not only is legislative activity, in general, subject
 to review by those to be affected before enactments
 are passed, it is also subject to being invalidated if
 not within the scope of the relevant authority. Thus,
 statutes are subject to review for conflict with the
 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]] and to ensure that they fall
 f within the legislative jurisdiction of Parliament, or
 the provincial legislatures, as the case might be, pur-
 suant to 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
 g 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. Subordinate
 legislation (regulations) are subject to review not
 only for conformity with the Constitution but also to
 ensure that they are within the authority of the
 h authorizing statutory provisions. They will be
 declared to be *ultra vires* if they exceed that author-
 ity. I do not understand why still more subordinate
 forms of legislative authority (e.g. by ministerial
 order) should be accorded a greater immunity from
 i review, merely because it is labelled "legislative",
 than pertains in the case of legislative acts proper.
 Also such a rule does not accord with the abandon-
 j ing, as relevant for the purposes of judicial
 review, of the categories of governmental activity,
 which occurred in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk*

active d'une législature est nécessairement soumise à
 l'examen et aux remarques des personnes qu'elle tou-
 che avant l'adoption d'une loi. Cette garantie prend la
 forme du processus public de la première, de la
 a deuxième et de la troisième lecture à la Chambre des
 communes et au Sénat et, dans le cas de la législation
 provinciale, d'un processus comparable devant les
 assemblées législatives provinciales. La législation
 déléguée (les règlements), adoptée par décret, est
 b soumise à un examen public. Les personnes touchées
 ont l'occasion de faire valoir leurs observations avant
 que les dispositions en cause soient promulguées. Les
 exigences relatives à la pré-publication garantissent
 pareil examen. Pourquoi, dans ce cas, une forme
 c encore plus subordonnée de législation déléguée,
 adoptée par exemple par arrêté ministériel, serait-elle
 à l'abri d'un tel processus préalable et de toute possi-
 bilité d'examen uniquement parce qu'on la qualifie
 d de «législative»?

Non seulement l'activité législative est-elle, en
 règle générale, assujettie à un examen par les per-
 sonnes qu'elle touche avant que des dispositions
 e législatives ou réglementaires soient édictées, mais
 encore celles-ci sont-elles susceptibles d'annulation
 si elles excèdent la compétence de l'autorité perti-
 nente. Ainsi, les lois peuvent faire l'objet d'un exa-
 men visant à déterminer si elles entrent en conflit
 f avec la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui
 constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de
 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982,
 ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et
 si elles relèvent de la compétence législative du Par-
 g lement ou des législatures provinciales, selon le cas,
 par application 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
 h constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985),
 appendice II, n° 5]]. La législation déléguée (les
 règlements) peut être révisée non seulement afin de
 déterminer si elle est conforme à la Constitution,
 mais également si elle est autorisée par les disposi-
 i tions habilitantes. Si elle excède leur portée, elle sera
 déclarée *ultra vires*. Je ne vois pas pourquoi une
 forme encore plus subordonnée de pouvoir législatif
 (qui s'exerce, par exemple, par voie d'arrêté ministé-
 j riel) devrait, simplement parce qu'on le qualifie de
 «législatif», être protégé par une immunité plus
 grande que l'exercice du pouvoir législatif propre-

Regional Board of Commissioners of Police, [1979] 1 S.C.R. 311. I am not persuaded that the exercise of the Minister's disallowance power is subject to the immunity claimed.

Conclusion

Since I have concluded that the scope of paragraph 81(1)(m) does not confer on Indian band councils authority to operate or regulate the operation of gambling casinos on their reserves, unless licensed by a province, I do not need to rely on the arguments relating to the nature of the Minister's disallowance power.

For the reasons given this application for judicial review is denied.

ment dit. Pareille attitude serait incompatible avec l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, qui a mis fin à la catégorisation des actes de l'administration aux fins du contrôle judiciaire. Je ne suis pas convaincue que l'exercice du pouvoir d'annulation du ministre est protégé par l'immunité à laquelle prétendent les requérants.

a Conclusion

Ayant conclu que l'alinéa 81(1)m) ne confère pas aux conseils de bandes indiennes le pouvoir d'exploiter des casinos sur leurs réserves ou d'en réglementer l'exploitation, à moins qu'un permis leur ait été délivré par la province, je n'estime pas nécessaire de m'appuyer sur les arguments relatifs à la nature du pouvoir d'annulation du ministre.

d Pour les motifs exposés, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

	T-374-95		T-374-95
LGS Group Inc. (Applicant)		LGS Group Inc. (requérante)	
v.		c.	
The Attorney General of Canada (Respondent)		^a Le procureur général du Canada (intimé)	
and		et	
Lee Daws (Intervenor)		^b Lee Daws (intervenant)	
<i>INDEXED AS: LGS GROUP INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: LGS GROUP INC. c. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) (1re INST.)</i>	
Trial Division, Gibson J.—Ottawa, June 5 and August 18, 1995.		^c Section de première instance, juge Gibson—Ottawa, 5 juin et 18 août 1995.	
<i>Administrative law — Judicial review — Certiorari — Decision of Minister of Public Works and Government Services to rescind contract with applicant — Minister seeking proposals for design of demonstration environment for logistic, administrative support of DND weapons systems — Applicant's proposal accepted by Minister — Allegation of conflict of interest based on intervenor's participation in development of applicant's proposal — Contract rescinded by Minister for failure to comply with conflict of interest code — Decision to rescind subject to judicial review — No reviewable error by Minister — Duty of fairness to applicant met.</i>		^d <i>Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Décision du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux de résoudre le marché conclu avec la requérante — Le ministre a demandé des propositions pour la conception d'un environnement de démonstration pour le soutien logistique et administratif des systèmes d'armes du MDN — Le ministre a accepté la proposition de la requérante — Une allégation de conflit d'intérêts a été formulée parce que l'intervenant avait participé à l'élaboration de la proposition de la requérante — Le ministre a résolu le marché pour non-respect du code sur les conflits d'intérêts — La décision de résoudre le marché est assujettie au contrôle judiciaire — Le ministre n'a commis aucune erreur pouvant donner lieu au contrôle judiciaire — Le devoir d'agir équitablement envers la requérante a été respecté.</i>	
<i>Crown — Contracts — Contract between applicant and Minister of Public Works rescinded for failure by former public office holder to comply with conflict of interest provisions — Intervenor deriving direct benefit from contract — Term "contract" including solicitation process — Must be given broad interpretation commensurate with purpose, principles of conflict of interest code.</i>		^f <i>Couronne — Contrats — Le marché conclu entre la requérante et le ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux a été résolu pour non-respect des dispositions régissant les conflits d'intérêts par un ancien titulaire de charge publique — L'intervenant a tiré directement avantage du contrat — Le terme «contract» inclut le processus d'appel d'offres — Il doit recevoir une interprétation large à la mesure de l'objet et des principes du code régissant les conflits d'intérêts.</i>	
<i>Public Service — Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service — Issued by Treasury Board under Financial Administration Act, s. 11(2) — Decisions under conflict of interest provisions amenable to judicial review — Former CAF colonel disclosing "insider information" to applicant in preparing proposal for DND project — Deriving direct benefit from contract — Not paid substantial fees for mere "word-smithing" — Breach of CFAO 19-37 (Canadian Forces Administrative Orders) — No duty of fairness owed to intervenor.</i>		^h <i>Fonction publique — Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique — Publié par le Conseil du Trésor en vertu de l'art. 11(2) de la Loi sur la gestion des finances publiques — Les décisions rendues par application des dispositions régissant les conflits d'intérêts peuvent donner lieu au contrôle judiciaire — Un ancien colonel des FAC a divulgué des «renseignements d'initié» à la requérante dans la préparation de sa proposition pour le projet du MDN — Il a tiré directement avantage du contrat — Il n'a pas été rémunéré pour simple «polissage de texte» — Violation de l'OAF 19-37 (Ordonnances administratives des Forces canadiennes) — Aucun devoir d'agir équitablement envers l'intervenant.</i>	
<i>Armed forces — Retired colonel hired as consultant to corporation seeking DND contract — Formerly headed office</i>		^j <i>Forces armées — Un colonel à la retraite a été embauché en qualité de consultant par une société qui voulait obtenir un</i>	

recommending project in question — Paid \$38,000 for three months' consulting — Not paid such fee for mere editing or "wordsmithing" — Only colonel and few others knew mindset of those reviewing contract proposals — Contract rescinded by Public Works for breach of CFAO 19-37, Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service — Decision made by proper authority, Minister of Public Works, not by Admiral who merely prepared briefing note for Minister of National Defence.

This was an application for judicial review of the decision of the Minister of Public Works and Government Services to rescind a contract between the Minister and the applicant. In November 1994 the Minister issued a request for proposals on behalf of the Department of National Defence (DND) for the design and implementation of a demonstration environment for the logistic and administrative support of DND weapons systems. In preparing its proposal, subsequently accepted by the Minister, the applicant hired a former colonel in the Canadian Armed Forces, the intervenor herein, as an independent contractor. The intervenor, who had taken advantage of an early retirement incentive program, previously headed the very office which recommended the request for proposals with respect to the project in question. Under section 28 of DSS-MAS 9676, which formed part of the general terms and conditions of the contract, no former public office holder of the Government of Canada, who is not in compliance with the provisions of the Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders, shall derive any direct benefit from this contract. An allegation of a possible conflict of interest and unfair advantage to the applicant arose out of the intervenor's participation in the development of the applicant's proposal. The latter denied that the intervenor had in any way released "privileged" or "insider" information, stating that his involvement was public knowledge and known at DND. The Minister rescinded the contract for failure to comply with the Conflict of Interest Code and the CFAO 19-37 (Canadian Forces Administrative Orders). The issues were: 1) whether the decision to rescind the contract was subject to judicial review, and 2) if so, whether there was any reviewable error.

Held, the application should be dismissed.

1) Decisions under the conflict of interest provisions for former public office holders are amenable to judicial review. The Federal Court of Appeal decision in *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 695, is determinative of the jurisdictional issue. In that case it was said that the Minister's power related to the tender "may no longer be described as an inherent power once the Governor in Council, with the

contrat du MDN — Il avait dirigé le bureau qui avait recommandé le projet en cause — Il a reçu la somme de 38 000 \$ pour trois mois de travail en qualité de consultant — Il n'a pas reçu pareille rémunération pour de simples services de révision ou de «polissage de texte» — Seuls le colonel et un nombre restreint d'autres personnes connaissaient l'attitude bien ancrée des personnes qui étudieraient les propositions — Le marché a été résolu par Travaux publics pour violation de l'O AFC 19-37 et du Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique — La décision a été rendue par l'autorité compétente, le ministre des Travaux publics, et non par l'amiral qui a simplement préparé une note de synthèse pour le ministre de la Défense nationale.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux a résolu le marché conclu entre le ministre et la requérante. En novembre 1994, le ministre a présenté une demande de propositions au nom du ministère de la Défense nationale (MDN) pour la conception et la mise en place d'un environnement de démonstration pour le soutien logistique et administratif des systèmes d'armes du MDN. Pour la préparation de sa proposition, qui a par la suite été acceptée par le ministre, la requérante a retenu les services d'un ancien colonel des Forces armées canadiennes, l'intervenant en l'espèce, en qualité d'entrepreneur indépendant. L'intervenant, qui s'était prévalu d'un programme d'encouragement à la retraite anticipée, avait dirigé le bureau même qui avait recommandé qu'une demande de propositions soit faite pour le projet en cause. En vertu de l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676, qui faisait partie des conditions générales du marché, aucun ancien titulaire d'une charge publique au sein du gouvernement du Canada, qui ne se conforme pas aux dispositions du Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique, n'est admis à tirer directement avantage du contrat. Une allévation a été formulée selon laquelle il était possible qu'il y ait conflit d'intérêts et que la requérante ait tiré un avantage indu de la participation de l'intervenant à l'élaboration de sa proposition. La requérante a nié que l'intervenant ait, de quelque façon que ce soit, divulgué des renseignements «privilegiés» ou «d'initié» et elle a affirmé que sa participation était de notoriété publique et connue du MDN. Le ministre a résolu le marché pour violation du Code régissant les conflits d'intérêts et de l'O AFC 19-37 (Ordonnances administratives des Forces canadiennes). Les questions à trancher étaient les suivantes: 1) La décision de résoudre le marché était-elle assujettie au contrôle judiciaire? 2) Dans l'affirmative, une erreur justifiant l'exercice de ce contrôle a-t-elle été commise?

Jugement: la demande doit être rejetée.

1) Les décisions rendues en vertu des dispositions concernant les conflits d'intérêts applicables aux anciens titulaires d'une charge publique sont susceptibles de contrôle judiciaire. La décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 695, est concluante quant à la question de la compétence. Dans cet arrêt, la Cour a déclaré que le pouvoir du ministre relativement

authority of legislation, has seen fit to codify it in language containing no ambiguity". Although the Minister's power to enter into contracts derives from a separate statutory provision, section 16 of the *Department of Supply and Services Act*, the Minister is still subject in the exercise of that power to regulations enacted by the Governor in Council. By analogy from *Cousineau*, decisions related to the tendering process for government contracts pursuant to the legislative scheme herein are amenable to judicial review; this rationale applies to the Minister's actions as a contracting party in rescinding a contract as well as to his actions in entering into a contract. The very basis of the rescission was that the proposal misrepresented compliance with the terms and conditions of the solicitation process. Based on the liberal and inclusive approach to the scope of judicial review approved of by the Court of Appeal, the rescission decision of the Minister was made by a "federal board, commission or other tribunal" as defined in section 2 of the *Federal Court Act* and was amenable to judicial review.

2) Three questions had to be answered in resolving the issue of reviewable error. It must first be decided whether the rescission decision was made by the proper authority. The submission of the applicant and intervenor, that Admiral Saker was in fact the decision maker, was not supported by the evidence. The Admiral prepared a briefing note for the Minister of National Defence and it was the latter who decided that the intervenor was not in compliance with CFAO 19-37. But it was the Minister of Public Works who rescinded the contract. The second question is whether there was evidence before the Minister of National Defence on which to base his finding. Treasury Board has issued the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders* under subsection 11(2) of the *Financial Administration Act*. The intervenor was found not to be in compliance with paragraph 11 of CFAO 19-37 which prohibits members or former members of the Canadian Forces from disclosing "insider information" concerning the programs or policies of the CF until that information becomes generally available to the public. The role of the Court was not to determine whether in fact there had been a breach of CFAO 19-37 and section 28 of DSS-MAS 9676 but whether the finding by the Minister was in error based on the material before him and his advisors. The opinion formed by Admiral Saker as to a breach of paragraph 11 by the intervenor was reasonably open on the material before him and, through him, the decision maker. The giving by the intervenor of advice regarding expectations and mindset of those who would review the applicant's proposal and of key words and phrases to be emphasized or avoided is counsel, for commercial purposes, concerning the programs or policies of the Canadian Forces and not, as suggested by the applicant, mere editing or "wordsmithing". Intervenor would not have been paid \$38,000 for three months' work of that description. Only he and a very few others were privy to the mindset of those who would review contract proposals. It was reasonably open to the deci-

aux appels d'offres «ne peut plus être qualifié de pouvoir inhérent à compter du moment où le gouverneur en conseil, autorisé par législation, a jugé opportun de le codifier en des termes qui ne portent pas à équivoque». Bien que le pouvoir du ministre de passer des marchés découle d'une disposition législative distincte, soit l'article 16 de la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*, l'exercice de ce pouvoir par le ministre demeure assujéti aux règlements pris par le gouverneur en conseil. Par analogie avec l'affaire *Cousineau*, les décisions concernant le processus d'appel d'offres en vue de la passation d'un marché public, prises en vertu du régime législatif en cause, sont assujéties au contrôle judiciaire; ce raisonnement s'applique aussi bien aux actes accomplis par le ministre en sa qualité de partie contractante, à l'occasion de la résolution d'un marché, qu'à ses actes accomplis en vue de la passation d'un marché. Le véritable motif de la résolution tient au fait que la proposition contenait une déclaration inexacte en ce qui a trait au respect des modalités du processus d'appel d'offres. Par application de la conception libérale et englobante de la portée du contrôle judiciaire prônée par la Cour d'appel, la décision du ministre de résoudre le marché a été prise par un «office fédéral» au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et elle était assujéti au contrôle judiciaire.

2) Pour trancher la question de l'erreur pouvant donner lieu à l'exercice du contrôle judiciaire, il faut répondre à trois questions. Il faut d'abord déterminer si la décision de résoudre le contrat a été prise par l'autorité compétente. La prétention de la requérante et de l'intervenant portant que l'amiral Saker est en fait l'auteur de la décision n'était pas étayée par la preuve. L'amiral a préparé une note de synthèse à l'intention du ministre de la Défense nationale et c'est ce dernier qui a pris la décision portant que l'intervenant ne s'était pas conformé à l'OAF 19-37. Toutefois, c'est le ministre des Travaux publics qui a résolu le marché. La deuxième question à résoudre est celle de savoir si le ministre de la Défense nationale disposait d'éléments de preuve sur lesquels fonder sa décision. Le Conseil du Trésor a publié le *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat* en vertu du paragraphe 11(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Il a été jugé que l'intervenant avait contrevenu au paragraphe 11 de l'OAF 19-37 qui interdit à tous les membres ou les anciens membres des Forces canadiennes de divulguer des «renseignements d'initié» touchant les programmes ou les politiques des Forces canadiennes avant qu'ils deviennent accessibles au public en général. Le rôle de la Cour ne consistait pas à déterminer s'il y avait bel et bien eu infraction à l'OAF 19-37 et à l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676, mais plutôt si la conclusion du ministre portant qu'une telle infraction avait été commise était erronée d'après les documents dont lui et les personnes qui l'ont conseillé disposaient. L'opinion à laquelle est parvenu l'amiral Saker quant à la violation du paragraphe 11 par l'intervenant était raisonnablement possible, compte tenu des documents dont disposaient l'amiral Saker et, par son entremise, l'auteur de la décision. Les conseils donnés par l'intervenant concernant les attentes et l'attitude bien ancrée des personnes qui allaient examiner la proposition de la requérante, les mots-clés et les expressions à mettre en évidence ou à éviter, consti-

sion maker, on the basis of the evidence before him, to find that the intervenor was not in compliance with paragraph 11 of CFAO 19-37. If the term "contract" in section 28 of DSS-MAS 9676 were read so as to exclude the solicitation process, a substantial element of the purpose of the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders* would be in part defeated and that provision would be of no consequence. Section 28 must not be read so as to exempt from scrutiny actions of former public office holders and contractors who mutually benefit from "insider" or "confidential" knowledge merely because the benefit occurs in the process of obtaining a contract and not in fulfilling it. The term "contract" must be given a broad interpretation commensurate with the purpose and principles of the Conflict of Interest Code. Based on this interpretation the intervenor derived a "direct benefit" from the solicitation process by way of the substantial remuneration received for assisting the applicant in preparing its response to the RFP. The decision to rescind the contract was not made without regard to the issue of whether the intervenor derived "any direct benefit from the contract" or in a manner that so lacked consideration of that question as to constitute a reviewable error on the part of the Minister. The last question is whether procedural fairness was required and accorded. The process as described in the record established that the applicant knew the case to be met and had a full opportunity to present its case in a time frame that was reasonable in all the circumstances. No allegation of bias having been raised, the duty of fairness to the applicant was met. The respondent did not owe a duty of fairness to the intervenor; in any case the opportunity provided indirectly for the intervenor to explain his role and the respondent's consideration of the latter's response met any minimal duty owed.

tuent des conseils touchant les programmes ou les politiques des Forces canadiennes, à des fins commerciales, et non de la simple révision ou du «polissage de texte» comme le prétendait la requérante. L'intervenant n'aurait pas reçu une rémunération de 38 000 \$ sur une période de trois mois pour ce type de services. Seuls l'intervenant et un nombre très restreint d'autres personnes connaissaient l'attitude bien ancrée des personnes qui allaient examiner les propositions. Compte tenu de la preuve soumise à l'auteur de la décision, il lui était raisonnablement possible de statuer que l'intervenant ne s'était pas conformé au paragraphe 11 de l'OAFC 19-37. Si le terme «contrat» figurant à l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676 était interprété comme excluant le processus d'appel d'offres, un élément substantiel de l'objet du *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat* ne pourrait être atteint et cette disposition serait sans effet. L'article 28 ne doit pas être interprété de façon à soustraire à tout examen les actes des anciens titulaires de charge publique et entrepreneurs qui bénéficient mutuellement de renseignements «d'initié» ou «confidentiels», simplement parce qu'ils tirent cet avantage dans le cadre du processus d'obtention du marché plutôt que dans l'exécution du marché. Le terme «contrat» doit recevoir une interprétation large à la mesure de l'objet et des principes du Code régissant les conflits d'intérêts. Si on applique cette interprétation, l'intervenant a tiré «directement avantage» du processus d'appel d'offres en recevant une rémunération substantielle pour aider la requérante à préparer sa réponse à la demande de propositions. La décision de résoudre le marché n'a pas été prise sans égard à la question de savoir si l'intervenant a tiré «directement avantage du contrat» ou en tenant si peu compte de cette question que le ministre a commis une erreur qui justifierait l'exercice du contrôle judiciaire. La dernière question est celle de savoir si l'équité procédurale devait être respectée et si elle l'a été. Le processus décrit dans le dossier établit que la requérante connaissait les faits qui lui étaient reprochés et qu'elle a eu pleinement l'occasion de faire valoir son point de vue dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances. Aucune allégation de partialité n'ayant été faite, le devoir d'agir équitablement envers la requérante a été respecté. L'intimé n'avait aucun devoir d'agir équitablement envers l'intervenant; quoi qu'il en soit, l'occasion fournie indirectement à l'intervenant d'expliquer son rôle et l'examen par l'intimé de la réponse de l'intervenant satisfaisaient aux exigences minimales applicables.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Forces Administrative Orders*, 19-37.
Department of Supply and Services Act, R.S.C., 1985, c. S-25, ss. 5(2), 16, 17, 18.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1612 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1618 (as enacted *idem*).
Federal Real Property Act, S.C. 1991, c. 50, s. 16(2)(b).
Federal Real Property Regulations, SOR/92-502, s. 4(1).

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 18(2).
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 11(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 81), 41(1) (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 50).
Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services, L.R.C. (1985), ch. S-25, art. 5(2), 16, 17, 18.

Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 11(2) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 81), 41(1).
Government Contract Regulations, SOR/87-402, ss. 5, 7 (as am. by SOR/91-651, s. 3).
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 18(2).

a

Loi sur les immeubles fédéraux, L.C. 1991, ch. 50, art. 16(2)b).
Ordonnances administratives des Forces canadiennes, 19-37.
Règlement concernant les immeubles fédéraux, DORS/92-502, art. 4(1).
Règlement sur les marchés de l'État, DORS/87-402, art. 5, 7 (mod. par DORS/91-651, art. 3).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1612 (éditée par DORS/92-43, art. 19), 1618 (éditée, *idem*).

b

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services), [1995] 2 F.C. 695 (C.A.).

c

APPLIED:

Peet v. Canada (Attorney General), [1994] 3 F.C. 128; (1994), 78 F.T.R. 44 (T.D.); *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241.

d

AUTHORS CITED

Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders. Ottawa: Office of the Ethics Counselor, 1994.
 Treasury Board of Canada. *Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1985.

e

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux), [1995] 2 C.F. 695 (C.A.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Peet c. Canada (Procureur général), [1994] 3 C.F. 128; (1994), 78 F.T.R. 44 (1^{re} inst.); *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241.

DOCTRINE

Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat. Ottawa: Bureau du conseiller en éthique, 1994.
 Conseil du Trésor du Canada. *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique*. Ottawa: Approvisionnement et Services, 1985.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Minister of Public Works and Government Services to rescind a contract between the Minister and the applicant. Application dismissed.

g

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux a résolu un marché conclu entre le ministre et la requérante. Demande rejetée.

COUNSEL:

Barbara McIsaac, Q.C., for applicant.
Michael F. Ciavaglia and Ian D. McCowan for respondent.
Anne M. Mullins and Eric Gionet for intervenor.

h

AVOCATS:

Barbara McIsaac, c.r., pour la requérante.
Michael F. Ciavaglia et Ian D. McCowan pour l'intimé.
Anne M. Mullins et Eric Gionet pour l'intervenant.

SOLICITORS:

McCarthy Tétrault, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

j

PROCUREURS:

McCarthy Tétrault, Ottawa, pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Rasmussen, Starr & Ruddy, Ottawa, for intervenor.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

GIBSON J.: These reasons arise out of an application for judicial review of the decision of the Minister of Public Works and Government Services (the Minister) to rescind contract W8464-4-CA03/01-ER, dated January 30, 1995, between the Minister, representing Her Majesty the Queen in right of Canada, and the applicant. The decision to rescind is dated February 17, 1995.

The applicant seeks an order declaring the decision of the Minister to be invalid and unlawful, and an order in the nature of *certiorari* quashing the decision of the Minister. In effect, this relief, if ordered, would see the reinstatement of the contract. The intervenor supports the relief sought.

I. FACTS AND BACKGROUND

On November 17, 1994 the Minister issued a request for proposals (RFP) on behalf of the Department of National Defence (DND) seeking proposals for the design and implementation of a demonstration environment for the logistic and administrative support of DND weapons systems. The project was termed the CALS/CAPERRS Demonstration Environment (CCDE). CALS is an acronym for "Continuous Acquisition and Life Cycle Support" and CAPERRS is an acronym for "Computer Assisted Publishing and Electronic Records Retrieval System". The intent of the CCDE project was described in the RFP as follows:

... [to] demonstrate the use of information technology applied to improved work processes to achieve substantial productivity gains; promote user acceptance of new technologies by demonstrating their advantages; and accumulate lessons learned on a small scale in order to reduce risks involved in larger scale implementations that will follow.¹

¹ Applicant's motion record, v. I, t. 2, par. 3.

Rasmussen, Starr & Ruddy, Ottawa, pour l'intervenant.

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

LE JUGE GIBSON: Les présents motifs visent la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le ministre) a résolu le marché W8464-4-CA03/01-ER passé le 30 janvier 1995 entre le ministre, au nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, et la requérante. La décision de résoudre le marché est datée du 17 février 1995.

La requérante sollicite une ordonnance prononçant la nullité et l'illégalité de la décision du ministre, ainsi qu'une ordonnance de la nature d'un *certiorari* annulant la décision du ministre. En fait, si le redressement demandé est accordé, le contrat sera rétabli. L'intervenant appuie la demande de redressement de la requérante.

I. LES FAITS ET LE CONTEXTE

Le 17 novembre, 1994, le ministre a présenté une demande de propositions au nom du ministère de la Défense nationale (MDN) en vue d'obtenir des propositions pour la conception et la mise en place d'un environnement de démonstration pour le soutien logistique et administratif des systèmes d'armes du MDN. Ce projet portait le nom de CALS/CAPERRS Demonstration Environment (CCDE). CALS est un acronyme formé à partir des mots «*Continuous Acquisition and Life Cycle Support*», qui signifient «Acquisition et soutien logistique assistés par ordinateur», et CAPERRS est un acronyme formé à partir des mots «*Computer Assisted Publishing and Electronic Records Retrieval System*», qui signifient «Système d'édition assisté par ordinateur et de recouvrement électronique des dossiers». La demande de propositions décrivait ainsi l'objet du projet CCDE:

[TRADUCTION] ... faire la démonstration de l'utilisation de la technologie de l'information appliquée à l'amélioration des méthodes de travail dans le but d'accroître substantiellement la productivité; promouvoir l'acceptation des nouvelles technologies par les usagers en en démontrant les avantages; acquérir de l'expérience sur une petite échelle de façon à réduire les risques liés à l'implantation subséquente sur une plus grande échelle¹.

¹ Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 2, par. 3.

CALS/CAPERRS technology is essentially an approach to information management which uses computer assisted technology to allow virtually instantaneous communication by electronic means as a replacement for paper/written communication. In other words, as described by the intervenor, it is a management strategy for doing business in a paperless environment. For example, CALS was apparently used in the design of the Boeing 777 aircraft by an international team which communicated design and logistic changes virtually instantaneously via integrated computer systems.

On January 30, 1995, the Minister accepted the applicant's proposal which formed the basis for a contract with the Department of Public Works and Government Services (Public Works) for the design phase of CCDE. In preparing its proposal, the applicant had employed Lee Daws, the intervenor in this matter, as an independent contractor. The intervenor is a former colonel in the Canadian Armed Forces who left the Armed Forces under an early retirement incentive program on September 15, 1994. From July of 1993 until his retirement, the intervenor was Director of Engineering, Maintenance and Planning Standardization and incident to this position, headed the CALS office at DND.

On February 2, 1995, Public Works called a meeting with the applicant to discuss an allegation by an unnamed complainant of a possible conflict of interest and unfair advantage to the applicant arising out of the intervenor's participation in the development of the applicant's proposal. Immediately following this meeting, the applicant received the following faxed request from Public Works:

... as stated during our meeting we are requesting a statement of Mr. Daws' involvement in the solicitation phase of the formulation of the LGS bid, and your explanation as to how this involvement relates to the post employment provisions of the Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service. More specifically, if your view is that there is no problem, as you stated during our meeting, a detailed explanation of why there is no problem will enable both the Minister

La technologie CALS/CAPERRS est essentiellement une méthode de gestion de l'information utilisant la technologie assistée par ordinateur aux fins de remplacer la communication sur papier ou écrite par une communication presque instantanée par voie électronique. L'intervenant la décrit, en d'autres termes, comme une stratégie de gestion des affaires sans papier. Par exemple, la technologie CALS aurait été utilisée pour la conception du Boeing 777 par une équipe internationale dont les membres se communiquaient toute modification de la conception et de la logistique, presque instantanément, à l'aide de systèmes informatiques intégrés.

Le 30 janvier 1995, le ministre a accepté la proposition de la requérante qui a donné lieu à la passation d'un marché avec le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (Travaux publics) pour l'étape de la conception du projet CCDE. Pour la préparation de sa proposition, la requérante a retenu les services de Lee Daws, l'intervenant, en qualité d'entrepreneur indépendant. L'intervenant est un ancien colonel des Forces armées canadiennes qui a quitté l'armée en se prévalant d'un programme d'encouragement à la retraite anticipée le 15 septembre 1994. Entre le mois de juillet 1993 et la date de sa retraite, l'intervenant a exercé les fonctions de Directeur—génie et maintenance (planification et normalisation); accessoirement à ses tâches, il dirigeait le bureau responsable de la technologie CALS au MDN.

Le 2 février 1995, Travaux publics a convoqué une réunion avec la requérante pour discuter d'une alléga-tion formulée par un plaignant non identifié selon laquelle il était possible qu'il y ait conflit d'intérêts et que la requérante ait tiré un avantage indu de la participation de l'intervenant à l'élaboration de sa proposition. Immédiatement après cette réunion, la requérante a reçu par télécopieur la demande de renseignements suivante de la part de Travaux publics:

[TRADUCTION] ... tel que nous l'avons mentionné au cours de notre réunion, nous vous demandons de préciser quelle a été la participation de M. Daws à l'étape des appels d'offre en ce qui concerne la formulation de la soumission de LGS et de nous expliquer comment cette participation se situe par rapport aux dispositions d'après-mandat énoncées dans le Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique. Plus particulièrement, si vous êtes d'avis

to respond to the complainant as well as to determine what the fate of the contract with LGS will be.²

On this date the applicant also received a stop work order, effective immediately, issued pursuant to section 22 (the "Suspension of Work" provision) of the general conditions forming part of the contract between the applicant and the Minister. This order requested the applicant "to show cause why we should not take further action to dissolve or terminate this contract for failure to comply with the terms and conditions applicable to both the solicitation prior to the contract and the contract itself".³

In response, the applicant wrote to Public Works on February 3, 1995 denying the intervenor had in any way released "privileged" or "insider" information to the applicant and stating the intervenor's participation was public knowledge and known at DND.⁴ The applicant again responded, through its solicitors on February 7, 1995, with a detailed account of the intervenor's involvement in light of the provisions the applicant assumed were at issue: section 28 of DSS-MAS 9676 which formed part of the general terms and conditions of the contract; and the CFAO 19-37 [*Canadian Forces Administrative Orders*] the conflict of interest and post-employment compliance provisions governing the intervenor.⁵ Section 28 of DSS-MAS 9676 reads as follows:

The Contractor agrees that it is a term of the Contract that no former public office holder of the Government of Canada, who is not in compliance with the provisions of the Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders, shall derive any direct benefit from this Contract.⁶

The intervenor also explained his role in the development of the applicant's proposal in light of the con-

qu'aucun problème ne se pose, comme vous l'avez affirmé au cours de notre réunion, une explication détaillée des raisons sur lesquelles se fonde cette affirmation permettra au ministre non seulement de répondre au plaignant mais aussi de se prononcer sur le sort réservé au marché passé avec LGS².

À cette date, la requérante a également reçu un ordre d'arrêt des travaux, prenant effet le jour même, en conformité avec l'article 22 (la disposition concernant l'arrêt des travaux) des conditions générales faisant partie du marché passé entre la requérante et le ministre. Cet ordre enjoignait à la requérante [TRANSDUCTION] «de fournir une justification pour laquelle nous ne devrions pas prendre de mesures additionnelles pour dissoudre ou résilier le contrat pour cause de non-respect des modalités applicables à la fois à l'appel d'offres qui a précédé la passation du marché et au marché proprement dit»³.

La requérante a répondu par écrit à Travaux publics le 3 février 1995 en niant que l'intervenant avait, de quelque façon que ce soit, divulgué des renseignements «privilegiés» ou «d'initié» à la requérante et affirmant que la participation de l'intervenant était de notoriété publique et connue du MDN⁴. La requérante a répondu à nouveau, par l'entremise de ses procureurs, le 7 février 1995, en donnant un compte rendu détaillé de la participation de l'intervenant en regard des dispositions que la requérante croyait en cause: l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676 qui faisait partie des conditions générales du contrat; ainsi que l'OAF 19-37 [*Ordonnances administratives des Forces canadiennes*], soit les dispositions régissant l'intervenant en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat⁵. L'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676 se lit comme suit:

L'entrepreneur convient qu'il s'agit d'une condition du contrat qu'aucun ancien titulaire d'une charge publique au sein du Gouvernement du Canada, qui ne se conforme pas aux dispositions du Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique, n'est admis à tirer directement avantage du contrat⁶.

L'intervenant a lui aussi expliqué son rôle dans l'élaboration de la proposition de la requérante à la

² Applicant's motion record, v. I, t. 5.

³ Applicant's motion record, v. I, t. 6.

⁴ Applicant's motion record, v. I, t. 7.

⁵ Applicant's motion record, v. I, t. 10.

⁶ Applicant's motion record, v. I, t. 4.

² Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 5.

³ Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 6.

⁴ Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 7.

⁵ Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 10.

⁶ Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 4.

flict of interest allegations. By letter to the applicant dated February 3, 1995 he stated:

On no occasion either while in Service, or since that time, have I released information to LGS, or any other contractor, which was not widely known, readily available, or had not been already been [sic] presented in an open forum.⁷

On February 17, 1995, the Department of Justice communicated the Minister's formal rescission of the contract as follows:

The contents of your letter have been reviewed by both contracting personnel and members of the Department of National Defence, all of whom have come to the conclusion that your letter does not demonstrate that Mr. Daws was in compliance with the post employment code for public office holders, nor CFAO 19-37. The result of this is that the LGS bid reflects a misrepresentation of the compliance of LGS with the terms and conditions of the solicitation process. While the misrepresentation may not have been intentional, the Crown nonetheless relied on the contents of the LGS bid to enter into contract with it under circumstances that would have been sufficient to preclude the entering into contract, absent the misrepresentation.

As a consequence, a recession [sic] of the contract is attached, and not a termination pursuant to the clauses of the contract.⁸

II. POSITIONS OF THE PARTIES

The applicant and the intervenor took essentially the same position before me. Both submit that the Minister, in rescinding the contract, acted pursuant to a statutory authority under the *Department of Supply and Services Act*⁹ and on this basis the decision to rescind is subject to judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*.¹⁰ In so acting, the Minister acted without proper authority as the decision pursuant to section 28 of DSS-MAS 9676 requires first, a lawful and procedurally fair finding by the proper authority that CFAO 19-37 had been breached, and second, a determination that the intervenor would derive or had derived a direct benefit from the contract.

The applicant and the intervenor submit that neither requirement was met. First, they submit, the

⁷ Applicant's motion record, v. I, t. 32.

⁸ Applicant's motion record, v. I, t. 13.

⁹ R.S.C., 1985, c. S-25.

¹⁰ R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5].

lumière des allégations de conflit d'intérêts. Dans une lettre qu'il a adressée à la requérante le 3 février 1995, il a affirmé:

[TRADUCTION] Jamais, pendant mon service ou par la suite, je n'ai divulgué à LGS, ou à quelque autre entrepreneur que ce soit, des renseignements qui n'étaient pas connus d'un grand nombre de personnes, facilement accessibles ou qui n'avaient pas déjà été présentés publiquement⁷.

Le 17 février 1995, le ministère de la Justice a communiqué la décision officielle du ministre de résoudre le marché dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Le contenu de votre lettre a été examiné par le personnel affecté à la négociation des contrats et par des membres du ministère de la Défense nationale, qui en sont tous arrivés à la conclusion qu'elle ne démontrait pas que M. Daws avait respecté le code d'après-mandat applicable aux titulaires d'une charge publique et l'O AFC 19-37. En conséquence, la soumission de LGS contient une déclaration inexacte quant au respect par LGS des modalités du processus d'appel d'offres. Cette déclaration inexacte n'était peut-être pas intentionnelle, mais il demeure que la Couronne s'est fondée sur le contenu de la soumission de LGS pour passer un marché avec elle dans des circonstances qui auraient suffi à empêcher la passation d'un marché, n'eût été cette déclaration inexacte.

En conséquence, vous trouverez ci-joint une résolution du marché, et non une résiliation en vertu de ses stipulations⁸.

II. LA THÈSE DES PARTIES

La requérante et l'intervenant ont fait valoir devant moi une thèse essentiellement identique. Ils soutiennent tous les deux que le ministre a résolu le marché en vertu d'un pouvoir légal que lui confère la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*⁹ et, par conséquent, que sa décision est susceptible de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*¹⁰. Le ministre aurait alors agi sans compétence, car la prise d'une décision en vertu de l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676 exige premièrement que l'autorité compétente conclue, légalement et à l'issue d'une procédure équitable, qu'il y a eu violation de l'O AFC 19-37 et, deuxièmement, qu'il soit statué que l'intervenant tirerait ou a tiré directement un avantage du contrat.

La requérante et l'intervenant soutiennent qu'il n'a été satisfait à aucune de ces exigences. Premièrement,

⁷ Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 32.

⁸ Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 13.

⁹ L.R.C. (1985), ch. S-25.

¹⁰ L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5].

decision that the intervenor was not in compliance with CFAO 19-37 was made without regard to relevant facts, was not made by the proper authority and was made without according either the applicant or the intervenor procedural fairness by failing to disclose the nature of the alleged breach and failing to allow adequate opportunity to respond. Second, they submit, the Minister did not direct his mind to whether the intervenor had derived any direct benefit from the contract. The applicant further submits that there was in any event no evidence on which the Minister could have determined the intervenor derived a direct benefit from the actual contract.

The respondent submits that there is no jurisdiction to review the rescission of the contract under section 18.1 of the *Federal Court Act* as the Minister was acting pursuant to the Crown's inherent power to contract. If the decision is subject to judicial review, the respondent submits that based on a standard of review on a question of fact that the determination be perverse or capricious, or made without regard to the material, the findings under CFAO 19-37 and section 28 of DSS-MAS 9676 were open to the decision maker and were made by the proper authority. The respondent further submits that the Minister accorded the applicant several opportunities to respond to the alleged breach and that this met the duty of fairness owed. The respondent denies it owed any duty of fairness to the intervenor.

III. ISSUES

1. Is the decision by the Minister to rescind the contract subject to judicial review?

2. If so, was there any reviewable error? In particular: did the proper authority make the decision under section 28 of DSS-MAS 9676; was there evidence before the Minister and to which he directed his mind, on which he could find the intervenor breached CFAO 19-37 and "derive[d] any direct benefit from [the] contract"; and did the process accord the applicant and, if necessary, the intervenor, procedural fairness?

ils estiment que la décision portant que l'intervenant ne s'est pas conformé à l'O AFC 19-37 ne tient pas compte des faits pertinents, qu'elle n'a pas été rendue par l'autorité compétente et que ni la requérante ni l'intervenant n'ont été traités équitablement du fait qu'ils n'ont pas été informés de la nature de la prétendue violation et qu'on ne leur a pas fourni une occasion valable d'y répondre. Deuxièmement, ils prétendent que le ministre n'a pas examiné la question de savoir si l'intervenant avait tiré directement un avantage du contrat. La requérante soutient en outre que, quoi qu'il en soit, aucun élément de preuve ne pouvait permettre au ministre de statuer que l'intervenant a tiré directement un avantage du contrat qui a effectivement été conclu.

L'intimé prétend que la décision de résoudre le marché n'est pas susceptible de contrôle sous le régime de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* car le ministre a agi en vertu du pouvoir inhérent de la Couronne de contracter. Si cette décision est assujettie au contrôle judiciaire, l'intimé affirme que, par application de la norme de contrôle d'une question de fait selon laquelle la décision doit avoir été prise de manière abusive ou arbitraire ou sans tenir compte de la preuve, l'auteur de la décision pouvait effectivement tirer les conclusions énoncées en ce qui a trait à l'O AFC 19-37 et à l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676, et qu'il était l'autorité compétente à cet égard. L'intimé ajoute que le ministre a fourni à la requérante plusieurs occasions de répondre à la prétendue violation et que les exigences de l'équité procédurale ont, de ce fait, été respectées. L'intimé nie avoir eu le devoir d'agir équitablement envers l'intervenant.

III. LES QUESTIONS EN LITIGE

1. La décision du ministre de résoudre le marché est-elle assujettie au contrôle judiciaire?

2. Dans l'affirmative, une erreur justifiant l'exercice de ce contrôle a-t-elle été commise? En particulier: la décision rendue en vertu de l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676 a-t-elle été prononcée par l'autorité compétente? Le ministre avait-il en main, et a-t-il examiné, des éléments de preuve à partir desquels il pouvait conclure que l'intervenant ne s'était pas conformé à l'O AFC 19-37 et avait tiré «directement avantage du contrat»; enfin, le processus utilisé

était-il équitable envers la requérante et, s'il y a lieu, envers l'intervenant?

IV. ANALYSIS

1. Jurisdiction to Review the Decision

Exclusive originating jurisdiction to entertain an application for judicial review of a decision of a federal board, commission or other tribunal is vested in the Federal Court of Canada. Section 18.1 of the *Federal Court Act* provides for this process as follows:

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(2) An application for judicial review in respect of a decision or order of a federal board, commission or other tribunal shall be made

The phrase "federal board, commission or other tribunal" is a defined term in section 2 [as am. *idem*, s. 1] of the *Federal Court Act*:

"federal board, commission or other tribunal" means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

The applicant identified three sets of statutory provisions underlying the Minister's actions: the government procurement provisions, the government contractual provisions and the conflict of interest provisions. The respondent did not contest that decisions under the conflict of interest provisions are amenable to judicial review and it is clear from the analysis of Madam Justice Reed in *Peet v. Canada (Attorney General)*¹¹ that decisions under the conflict of interest provisions for former public office holders are reviewable.

The general contracting powers of government are confirmed by subsection 41(1) of the *Financial* j

¹¹ [1994] 3 F.C. 128 (T.D.).

IV. ANALYSE

1. La compétence de contrôler la décision

La Cour fédérale du Canada est investie de la compétence exclusive de contrôler en première instance la décision d'un office fédéral. L'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit cette procédure dans les termes suivants:

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance

L'expression «office fédéral» est définie à l'article 2 [mod., *idem*, art. 1] de la *Loi sur la Cour fédérale*:

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant exercant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La requérante a énuméré trois ensembles de dispositions législatives sur lesquelles reposent les actes du ministre: celles concernant les achats par le gouvernement, les marchés publics et les conflits d'intérêts. L'intimé n'a pas contesté que les décisions prises en vertu des dispositions concernant les conflits d'intérêts sont assujetties au contrôle judiciaire et il ressort clairement de l'analyse faite par Mme le juge Reed, dans l'affaire *Peet c. Canada (Procureur général)*¹¹, que les décisions rendues en vertu des dispositions concernant les conflits d'intérêts applicables aux anciens titulaires d'une charge publique sont susceptibles de contrôle judiciaire.

Le pouvoir général de contracter du gouvernement est confirmé par le paragraphe 41(1) de la *Loi sur la*

¹¹ [1994] 3 C.F. 128 (1^{re} inst.).

*Administration Act*¹² which provides that the Governor in Council may make regulations with respect to the conditions under which contracts may be entered into. Pursuant to this authority, the *Government Contract Regulations*¹³ require as follows:

5. Before any contract is entered into, the contracting authority shall solicit bids therefor in the manner prescribed by section 7.

7. A contracting authority shall solicit bids by

(a) giving public notice, in a manner consistent with generally accepted trade practices, of a call for bids respecting a proposed contract; or

(b) inviting bids on a proposed contract from suppliers on the suppliers' list.

The relevant procurement powers of the Minister are set out in subsection 5(2) of the *Department of Supply and Services Act*:

5. . . .

(2) The Minister shall

(b) purchase materiel and services in accordance with any regulations relating to government contracts that are applicable thereto.

The contracting powers of the Minister are set out in sections 16 to 18 of the same Act:

16. Subject to such regulations as may be made by the Governor in Council or the Treasury Board, the Minister may, on behalf of the Government of Canada, enter into contracts for the performance of any matter or thing that falls within the powers, duties or functions of the Minister.

17. The Minister may, by order, prescribe general terms and conditions for contracts that he may enter into under this Act, and the general terms and conditions may be incorporated by reference into particular classes of contracts.

18. Subject to the express terms and conditions contained therein, a contract entered into by the Minister that provides that general terms and conditions, identified by number or other designation in an order made under section 17, are applicable thereto or form part thereof shall be read and construed as if the general terms and conditions to which such reference is made were expressly set out in the contract. [Underlining added by me for emphasis.]

¹² R.S.C., 1985, c. F-11.

¹³ SOR/87-402, ss. 5, 7 (as am. by SOR/91-651, s. 3).

*gestion des finances publiques*¹² en vertu duquel le gouverneur en conseil peut, par règlement, régir les conditions de passation des marchés. Le *Règlement sur les marchés de l'État*¹³ pris en application de cette Loi prévoit:

5. Avant la conclusion d'un marché, l'autorité contractante doit lancer un appel d'offres de la façon prévue à l'article 7.

7. L'autorité contractante lance l'appel d'offres pour tout marché:

a) soit en donnant un avis public à cet effet conformément aux pratiques commerciales généralement reconnues;

b) soit en s'adressant aux fournisseurs dont le nom figure sur la liste de fournisseurs.

Les pouvoirs pertinents du ministre de faire des achats sont énoncés au paragraphe 5(2) de la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*:

5. . . .

(2) Le ministre s'acquitte notamment des fonctions suivantes:

b) l'achat de matériel et la location de services en conformité avec les règlements pertinents sur les marchés de l'État.

Les pouvoirs du ministre de passer des marchés sont énoncés aux articles 16 à 18 de la même Loi:

16. Sous réserve des règlements que peuvent prendre le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, le ministre peut, pour le compte du gouvernement canadien, passer des marchés pour la réalisation de tout ce qui relève de sa compétence.

17. Le ministre peut, par arrêté, fixer les modalités générales applicables aux marchés qu'il peut conclure dans le cadre de la présente loi; ces modalités peuvent être incorporées par le biais d'une référence dans des catégories particulières de marchés.

18. Sous réserve de ses modalités expresses, un marché conclu par le ministre et prévoyant que des modalités générales, signalées par le même numéro ou de la même façon que dans un arrêté pris sous le régime de l'article 17, lui sont applicables ou en font partie, se lit et s'interprète comme si ces modalités y figuraient. [Non souligné dans le texte original.]

¹² L.R.C. (1985), ch. F-11 [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 50].

¹³ DORS/87-402, art. 5, 7 (mod. par DORS/91-651, art. 3).

It is pursuant to these sections that the Minister¹⁴ prescribed by order DSS-MAS 9676, General Conditions–Services, which was incorporated by reference into both the RFP and the contract at issue here.

At the hearing of this matter, counsel for the applicant referred me to a recent decision of the Federal Court of Appeal in *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (hereinafter *Cousineau*)¹⁵ which I find determinative of the jurisdictional issue. Therein, the respondent made similar submissions to those of the respondent before me: (i) when the Minister issued a call for tenders to select the premises he wished to lease he acted pursuant to the Crown's inherent power to enter into contracts; (ii) decisions made pursuant to the exercise of a general power of administration were not subject to judicial review but rather to contractual remedies; and (iii) the general statutory framework for contracting was merely a codification of an inherent power and there was no specific statutory provision under which the Minister acted in refusing or accepting a tender.

In respect of these arguments, Décary J.A., speaking for the Court, stated [at page 701]:

Further, I do not need to engage in a constitutional analysis of the concept of "the Crown's inherent administrative power", since the Minister's power to enter into the acquisition of real property by lease may no longer be described as an inherent power once the Governor in Council, with the authority of legislation, has seen fit to codify it in language containing no ambiguity: "a Minister may enter into an acquisition". It may well be, as the respondents argued, that this conferring of power by combined effect of a statute and regulation was not necessary, but strictly speaking I am only required to consider whether there is a "[power] conferred by or under an Act of Parliament" within the meaning of the definition of "federal board, commission or other tribunal", and I can only conclude that there is.

The statutory provisions at issue in *Cousineau* were paragraph 16(2)(b) of the *Federal Real Property*

¹⁴ References to "the Minister" include appropriate predecessors to the Minister of Public Works and Government Services since the appropriate Minister has from time to time been affected by reorganizations of Ministerial responsibility.

¹⁵ [1995] 2 F.C. 695 (C.A.).

C'est en vertu de ces dispositions que le ministre¹⁴ a prescrit par l'arrêté DSS-MAS 9676, les Conditions générales–Services, qui ont été incorporées par renvoi à la demande de propositions et au marché en

a cause.

Lors de l'audition, l'avocate de la requérante a porté à mon attention une décision récente de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)* (ci-après appelée l'affaire *Cousineau*)¹⁵ qui est concluante, selon moi, quant à la question de la compétence. Dans cette affaire, l'intimé a fait valoir les mêmes prétentions que l'intimé dans la présente instance: (i) lorsque le ministre a lancé un appel d'offres aux fins de choisir les locaux qu'il voulait louer, il a agi en vertu du pouvoir inhérent de la Couronne de contracter; (ii) les décisions prises dans l'exercice d'un pouvoir général de gestion n'étaient pas soumises au contrôle judiciaire et donnaient plutôt ouverture aux recours contractuels; (iii) enfin, le régime législatif prévoyant le pouvoir général de contracter constituait simplement une codification du pouvoir inhérent et le ministre n'a refusé ou accepté une soumission en vertu d'aucune disposition législative précise.

En ce qui a trait à ces arguments, le juge Décary, J.C.A. a déclaré, au nom de la Cour d'appel [à la page 701]:

Je n'ai pas non plus à me lancer dans une exégèse constitutionnelle de la notion de «pouvoir inhérent de gestion de la Couronne», puisque le pouvoir du ministre de procéder à l'acquisition d'un immeuble par bail ne peut plus être qualifié de pouvoir inhérent à compter du moment où le gouverneur en conseil, autorisé par législation, a jugé opportun de le codifier en des termes qui ne portent pas à équivoque: «un ministre peut procéder à une acquisition». Il se peut, et c'est ce que soutiennent les intimés, que cette habilitation par voie combinée de loi et de règlement n'ait pas été nécessaire, mais j'en suis à me demander strictement s'il y a «pouvoir prévu par une loi fédérale» au sens de la définition d'«office fédéral» et je ne puis que constater que si.

i Les dispositions législatives en cause dans l'affaire *Cousineau* étaient l'alinéa 16(2)(b) de la *Loi sur les*

¹⁴ Toute mention du «ministre» inclut les prédécesseurs du ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, car le ministre en cause a été à l'occasion touché par des réorganisations des responsabilités ministérielles.

¹⁵ [1995] 2 C.F. 695 (C.A.).

Act¹⁶ and subsection 4(1) of the *Federal Real Property Regulations*.¹⁷ Paragraph 16(2)(b) of the *Federal Real Property Act* provides that “The Governor in Council may . . . make regulations . . . respecting the purchase, lease or other acquisition of real property on behalf of Her Majesty”. (Underlining added by me for emphasis.) Subsection 4(1) of the *Federal Real Property Regulations* provides that “A Minister may enter into an acquisition, a disposition or an option for an acquisition or for a disposition” (underlining added by me for emphasis). Thus the Minister’s power to solicit tenders for the lease therein arose out of regulations enacted by the Governor in Council. To repeat the words of Décaré J.A. in *Cousineau*, the Minister’s power related to the tender “may no longer be described as an inherent power once the Governor in Council, with the authority of legislation, has seen fit to codify it in language containing no ambiguity: ‘a Minister may enter into an acquisition’.”

The statutory scheme before me is slightly different. Subsection 41(1) of the *Financial Administration Act* authorizes the Governor in Council to make regulations “with respect to the conditions under which contracts may be entered into”, similar wording to that of paragraph 16(2)(b) of the *Federal Real Property Act*. But the Minister’s power to enter into contracts does not derive from regulations enacted by the Governor in Council but from a separate statutory provision, section 16 of the *Department of Supply and Services Act*. The Minister is still, however, subject in the exercise of that power to regulations enacted by the Governor in Council.

I regard it as clear by analogy from *Cousineau* that decisions related to the tendering or bidding process for government contracts pursuant to the legislative scheme before me are amenable to judicial review. I conclude that the Minister’s power to contract in the circumstances before me may no longer be described as an inherent power once Parliament has seen fit to codify it in language containing no ambiguity.

¹⁶ S.C. 1991, c. 50.

¹⁷ SOR/92-502.

*immeubles fédéraux*¹⁶ et le paragraphe 4(1) du *Règlement concernant les immeubles fédéraux*¹⁷. L’alinéa 16(2)b) de la *Loi sur les immeubles fédéraux* prévoit que «[l]e gouverneur en conseil peut . . . prendre des règlements pour . . . régir l’achat, la location ou autre forme d’acquisition d’immeubles au nom de Sa Majesté.» (Non souligné dans le texte original.) Le paragraphe 4(1) du *Règlement concernant les immeubles fédéraux* prévoit: «Un ministre peut procéder à une acquisition ou à une aliénation ou prendre une option d’acquisition ou d’aliénation» (non souligné dans le texte original). Ainsi, le pouvoir du ministre de lancer un appel d’offres pour la location de locaux découlait d’un règlement pris par le gouverneur en conseil. Pour reprendre les propos tenus par le juge Décaré dans l’arrêt *Cousineau*, le pouvoir du ministre relativement à une offre «ne peut plus être qualifié de pouvoir inhérent à compter du moment où le gouverneur en conseil, autorisé par législation, a jugé opportun de le codifier en des termes qui ne portent pas à équivoque: “un ministre peut procéder à une acquisition”.»

Le régime législatif dont je suis saisi est légèrement différent. Le paragraphe 41(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements pour «régir les conditions de passation des marchés»; son libellé est donc semblable à celui de l’alinéa 16(2)b) de la *Loi sur les immeubles fédéraux*. Par contre, le pouvoir du ministre de passer des marchés ne découle pas d’un règlement pris par le gouverneur en conseil, mais bien d’une disposition législative distincte, soit l’article 16 de la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*. L’exercice de ce pouvoir par le ministre demeure toutefois assujéti aux règlements pris par le gouverneur en conseil.

Il me semble clair, par analogie avec l’affaire *Cousineau*, que les décisions concernant le processus d’appel d’offres et de dépôt de soumissions en vue de la passation d’un marché public, prises en vertu du régime législatif dont je suis saisi, sont assujétiées au contrôle judiciaire. Je conclus que le pouvoir de contracter du ministre dans les circonstances ne peut plus être qualifié de pouvoir inhérent depuis que le légis-

¹⁶ L.C. 1991, ch. 50.

¹⁷ DORS/92-502.

But does the same reasoning extend to decisions related to contractual obligations when the Minister is acting not to enter into a contract but as a contracting party? The respondent attempted to distinguish *Cousineau* on the basis that while the authority to rescind a contract derives from common law, authority to respond to a tender derives from a regulatory framework against which a reviewing court may evaluate the decision-making process. I initially found the respondent's argument compelling. However, on further reflection, I conclude that the rationale in *Cousineau* regarding amenability to judicial review applies to the Minister's actions as a contracting party in rescinding a contract as well as to his actions in entering into a contract.

The respondent argued that neither the applicant nor the intervenor could point to a specific statutory or regulatory provision under which the Minister rescinded the contract. This argument was made by the respondent in *Cousineau* and rejected. While there was no specific provision under which the Minister therein refused the applicant's tender and accepted the tender of the *mis en cause*, the general provisions relating to tendering quoted above were found to be sufficient to invoke judicial review jurisdiction in relation to the decision subsequently made. Mr. Justice Décary concluded [at page 705]:

I thus come to the conclusion that it would be contrary to the letter and the spirit of paragraph 18(1)(a) to say that a minister expressly empowered by a regulation made pursuant to paragraph 16(2)(b) of the *Federal Real Property Act* to lease real property is not exercising a power "conferred by or under an Act of Parliament" when he issues a call for tenders prior to the conclusion of a lease.

The only difference between the decision at issue before me and that before the Court of Appeal in *Cousineau* is that, in the matter before me, the proposal which formed the basis of the contract was accepted and the contract subsequently rescinded rather than having been refused in the first instance. In fact, the very basis of the rescission was that the

lateur a jugé opportun de le codifier en des termes qui ne portent pas à équivoque.

Le même raisonnement s'applique-t-il toutefois aux décisions relatives aux obligations contractuelles lorsque le ministre n'agit pas en vue de passer un marché, mais plutôt en qualité de partie contractante? L'intimé a tenté d'établir une distinction avec l'affaire *Cousineau*, du fait que le pouvoir de résoudre un marché tire son origine de la common law, alors que celui de répondre à une soumission découle d'un régime réglementaire en regard duquel un tribunal saisi d'une demande de contrôle peut évaluer le processus décisionnel. J'ai d'abord trouvé l'argument de l'intimé concluant. Toutefois, après réflexion, j'ai conclu que le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Cousineau* concernant l'assujettissement au contrôle judiciaire s'applique aussi bien aux actes accomplis par le ministre en sa qualité de partie contractante, à l'occasion de la résolution d'un marché, qu'à ses actes accomplis en vue de la passation d'un marché.

L'intimé a fait valoir que ni la requérante, ni l'intervenant, ne pouvaient citer une disposition législative ou réglementaire en vertu de laquelle le ministre a résolu le marché. Dans l'affaire *Cousineau*, cet argument avait été soulevé par la partie intimée, mais rejeté. Bien que le ministre n'ait alors agi en vertu d'aucune disposition précise en refusant la soumission de la requérante et en acceptant celle du *mis en cause*, les dispositions générales déjà citées concernant le dépôt de soumissions ont été jugées suffisantes pour fonder la compétence de la Cour aux fins de contrôler la décision rendue par la suite. M. le juge Décary a conclu [à la page 705]:

J'en arrive ainsi à la conclusion que ce serait aller à l'encontre de la lettre et de l'esprit de l'alinéa 18(1)a) que de dire qu'un ministre expressément habilité par un règlement pris en vertu de l'alinéa 16(2)b) de la *Loi sur les immeubles fédéraux* à procéder à la location d'un immeuble, n'exerce pas, lorsqu'il procède à un appel d'offres menant à la conclusion d'un bail, un pouvoir «prévu par une loi fédérale».

Si la décision dont je suis saisi diffère de celle sur laquelle la Cour d'appel s'est prononcée dans l'affaire *Cousineau*, c'est uniquement parce qu'au lieu d'être rejetée dès le départ, la soumission qui a donné lieu à la passation du marché a été acceptée et que le marché a été résolu par la suite. En fait, le véritable motif de la résolution tient au fait que la proposition

proposal misrepresented compliance with the terms and conditions of the solicitation process. The Minister's formal notice to the applicant of the rescission of the contract makes it clear that had the Minister been aware of the intervenor's involvement at the time the proposal was selected, this "would have been sufficient to preclude the entering into contract".¹⁸ If the Minister had been aware of the intervenor's involvement before the tender was accepted, the Minister would have relied on the same section, section 28 of DSS-MAS 9676, in rejecting or disqualifying the applicant's proposal and the same statutory framework in both cases grounds the decision.

If I accept the distinction urged on me by the respondent, jurisdiction to review decisions made concerning compliance with terms of the solicitation would be determined by nothing more than the timing of when information becomes available to the Minister. This would, I conclude, be inconsistent with the clear approach to the spirit and purpose of judicial review procedures described by Décary J.A. in *Cousineau* [at page 702] as intending "that henceforth very little would be beyond the scope of judicial review" and indicative [at page 703] "of the tendency shown by Parliament itself to make government increasingly accountable for its actions." Moreover, it is evident that the Court of Appeal [at page 705] advocates a liberal and inclusive approach to the scope of judicial review:

As between an interpretation tending to make judicial review more readily available and providing a firm and uniform basis for the Court's jurisdiction and an interpretation which limits access to judicial review, carves up the Court's jurisdiction by uncertain and unworkable criteria and inevitably would lead to an avalanche of preliminary litigation, the choice is clear. I cannot assume that Parliament intended to make life difficult for litigants.

Based on the foregoing analysis, I conclude that the rescission decision of the Minister was made by a federal board, commission or other tribunal and is amenable to judicial review.

¹⁸ *Supra*, at note 8.

contenait une déclaration inexacte en ce qui a trait au respect des modalités du processus d'appel d'offres. L'avis formel de résolution du contrat envoyé par le ministre à la requérante établit clairement que la connaissance par le ministre de la participation de l'intervenant au moment où la proposition a été choisie [TRADUCTION] «aurait été suffisante pour empêcher la passation du marché»¹⁸. Si le ministre avait été au courant de la participation de l'intervenant avant l'acceptation de la soumission, il se serait fondé sur la même disposition, soit l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676, pour rejeter ou disqualifier la proposition de la requérante; la décision s'appuie sur le même régime légal dans les deux cas.

Si j'acceptais la distinction proposée par l'intimé, la compétence pour contrôler les décisions prises concernant le respect des modalités de l'appel d'offres serait fonction uniquement du moment auquel le ministre prend connaissance des renseignements. Pareil résultat serait, selon moi, incompatible avec la perception claire de l'esprit et de l'objet de la procédure de contrôle judiciaire décrite par le juge Décary dans l'arrêt *Cousineau* [à la page 702], selon laquelle le Parlement «a voulu que bien peu de chose, désormais, ne soit à l'abri du contrôle judiciaire» et qui témoigne de [à la page 703] «la tendance, affichée par le Parlement lui-même, à rendre l'Administration de plus en plus comptable de ses actes.» Il est en outre évident que la Cour d'appel [à la page 705] prône une conception libérale et englobante de la portée du contrôle judiciaire:

Entre une interprétation qui favorise l'accès au contrôle judiciaire et assoit la compétence de la Cour sur une base ferme et uniforme, et une interprétation qui restreint l'accès au contrôle judiciaire, segmente la compétence de la Cour en fonction de critères incertains et impraticables et amène inéluctablement une avalanche de débats liminaires, le choix s'impose de lui-même. Je ne puis supposer que le Parlement ait voulu jouer d'astuce avec les administrés.

En me fondant sur l'analyse qui précède, je conclus que la décision du ministre de résoudre le marché a été prise par un office fédéral et qu'elle est assujettie au contrôle judiciaire.

¹⁸ *Supra*, note 8.

2. Reviewable Error

The *Cousineau* decision makes a companion point to the liberal approach to the scope of judicial review: the standard of review will often be high. As the respondent argued before me, the appropriateness of the remedy of *certiorari* will vary depending on the nature of the regulatory framework in place. As Décary J.A. states in *Cousineau* [at pages 706-707]:

... the Minister's proposition, which I do not accept, does have the merit of drawing attention to the degree of difficulty a bidder faces if he opts for an application for judicial review, and the fact that this will vary depending on the grounds and purpose of his challenge.

As by definition the focus of judicial review is on the legality of the federal government's actions, and the tendering procedure was not subject to any legislative or regulatory requirements as to form or substance, it will not be easy, in a situation where the bid documents do not impose strict limitations on the exercise by the Minister of his freedom of choice, to show the nature of the illegality committed by the Minister when in the normal course of events he compares bids received, decides whether a bid is consistent with the documents or accepts one bid rather than another.

The same may be said with respect to the decision under review in this application. There is no statutory framework within which determinations pursuant to section 28 of DSS-MAS 9676 are made. What is required are two distinct findings by the Minister. The first is that a former public office holder was not in compliance with the relevant conflict of interest provisions and the second that the same person derived a direct benefit from the contract.

a. Was the Decision Made by the Proper Authority?

There is no procedure for, or delegated authority related to, non-compliance findings under CFAO 19-37. However the following procedures are set out in Annex D to CFAO 19-37:

15. The designated authority may convene advisory panels to advise on the application of the compliance measures set out in this Annex in particular cases and to help members or former members understand how the compliance measures set out in this Annex apply to their particular cases. Advisory panels shall respond without delay to any requests for advice

2. Une erreur justifiant l'exercice du pouvoir de contrôle

Selon l'arrêt *Cousineau*, une conception libérale de la portée du contrôle judiciaire va de pair avec une norme de contrôle souvent élevée. Comme l'a affirmé l'intimé devant moi, l'opportunité d'un redressement de la nature d'un *certiorari* varie en fonction de la nature du régime réglementaire applicable. Le juge Décary a déclaré, dans l'arrêt *Cousineau* [aux pages 706 et 707]:

... la proposition du Ministre, que je ne retiens pas, a le mérite d'attirer l'attention sur le degré de difficulté auquel un soumissionnaire fera face s'il opte pour une demande de contrôle judiciaire, et qui variera selon les motifs et l'objet de son attaque.

Le contrôle judiciaire visant par définition la légalité des actes de l'Administration fédérale, et le processus de demande de soumissions n'étant assujéti à aucune exigence de forme ou de fond législative ou réglementaire, il ne sera pas facile, là où les documents de soumission n'imposent pas de restrictions sévères à l'exercice par le ministre de sa liberté de choix, de démontrer à quelle illégalité s'adonne le ministre lorsque, dans le cours normal des choses, il compare les offres reçues, détermine si une soumission est conforme ou non aux documents ou retient une soumission plutôt qu'une autre.

Cette affirmation vaut aussi relativement à la décision qui fait l'objet de la présente demande de contrôle. Il n'existe aucun régime législatif régissant les décisions rendues en vertu de l'article 28 de l'arrêt DSS-MAS 9676. Le ministre doit tirer deux conclusions distinctes. La première porte qu'un ancien titulaire d'une charge publique ne s'est pas conformé aux dispositions pertinentes concernant les conflits d'intérêts, et la seconde, que cette même personne a tiré directement avantage du contrat.

a. La décision a-t-elle été rendue par l'autorité compétente?

Il n'existe aucune procédure, ni aucune délégation de pouvoir relativement aux constats d'infraction à l'OAFIC 19-37. Toutefois, la procédure suivante est prévue à l'annexe D de l'OAFIC 19-37:

15. L'autorité désignée peut mettre sur pied des comités consultatifs qui sont chargés de la conseiller sur l'application à des cas précis des mesures énoncées dans la présente annexe et d'aider les membres ou anciens membres des FC [Forces canadiennes] à comprendre comment ces mesures les touchent. Ces comités consultatifs doivent répondre sans délai aux demandes de conseils.

17. A member of the CF [Canadian Forces] who is or was a public office holder may apply to the designated authority for reconsideration of any determination respecting the member's compliance with this Annex or any decision respecting the reduction of the limitation period. On receipt of an application for reconsideration, the designated authority may convene an advisory panel to make recommendations respecting the reconsideration.¹⁹

Section 1 of Annex A defines "designated authority" to mean "the Assoc. MND" (Associate Minister of National Defence). The evidence of Admiral Saker, the respondent's witness on cross-examination for discovery, was that, at the time of the events in question, there was no Associate Minister of National Defence. Admiral Saker further testified that at the time in question there was a Standing Advisory Committee which did discuss the situation of the intervenor, but only when it met on March 16, 1995, after the event.²⁰

The applicant and the intervenor submit that Admiral Saker, who was not authorized to make a determination under CFAO 19-37, was in fact the decision maker. They further submit that the Minister merely deferred to Admiral Saker's decision or, alternatively, adopted his advice as sufficient evidence of a violation of section 28 of DSS-MAS 9676. I conclude from the record that Admiral Saker, while involved in the decision regarding CFAO 19-37, was not the ultimate decision maker. He clearly believed that he was the decision maker²¹ and agreed to the applicant's characterization of his role in his testimony on cross-examination for discovery:

¹⁹ Applicant's motion record, v. I, t. 36.

²⁰ Respondent's motion record, t. 1.

²¹ See applicant's motion record, v. I, t. 15—Affidavit of Rear Admiral Michael T. Saker:

10. After an examination of the facts submitted by the applicant in response to the aforesaid complaint, I decided that Colonel (*retired*) Daws had violated the conflict of interest provisions applicable to him . . . I came to the conclusion that Colonel (Retired) Daws while acting pursuant to his contract with the applicant was in violation of various provisions of CFAO 19-37 resulting in the decision to rescind the contract to the applicant herein.

17. Le membre des FC qui est ou était titulaire d'une charge publique peut demander à l'autorité désignée que soit réexaminée toute décision concernant les méthodes qu'il a à appliquer en vertu de la présente annexe ou la réduction de la période de restriction. L'autorité désignée qui reçoit une telle demande peut charger un comité consultatif de lui soumettre des recommandations sur la question¹⁹.

L'article 1 de l'annexe A définit l'expression «autorité désignée» comme le ministre associé de la Défense nationale. L'amiral Saker, le témoin de l'intimé lors du contre-interrogatoire au préalable, a déclaré qu'à l'époque en cause, il n'existait aucun ministre associé de la Défense nationale. L'amiral Saker a témoigné en outre qu'à ce moment, un Comité consultatif permanent a bel et bien discuté de la situation de l'intervenant, mais uniquement lors de sa réunion du 16 mars 1995, soit après les événements²⁰.

La requérante et l'intervenant soutiennent que l'amiral Saker, qui n'était pas autorisé à prendre une décision en vertu de l'O AFC 19-37, est en fait l'auteur de la décision. Ils affirment de plus que le ministre s'en est simplement remis à la décision de l'amiral Saker ou, subsidiairement, qu'il a retenu son avis comme preuve suffisante de la violation de l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676. En me fondant sur le dossier, je conclus que l'amiral Saker, bien qu'engagé dans la décision concernant l'O AFC 19-37, n'est pas l'auteur ultime de la décision. Il croyait manifestement être l'auteur de la décision²¹ et il a admis le rôle que lui a attribué la requérante lors du contre-interrogatoire au préalable:

¹⁹ Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 36.

²⁰ Dossier de demande de l'intimé, tome 1.

²¹ Voir le dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 15—Affidavit du contre-amiral Michael T. Saker:

[TRADUCTION] 10. Après avoir examiné les faits soumis par la requérante en réponse à la plainte, j'ai décidé que le colonel (à la retraite) Daws avait violé les dispositions concernant les conflits d'intérêts qui lui étaient applicables . . . Je suis arrivé à la conclusion que le colonel (à la retraite) Daws, bien qu'il ait agi conformément à son contrat avec la requérante, violait différentes dispositions de l'O AFC 19-37, ce qui a donné lieu à la décision de résoudre le marché passé avec la requérante.

Q. Prior to or in the course of . . . well first of all you made the decision. Is that correct? That Mr. Daws was in violation of the Conflict of Interest guidelines?

A. Yes I did.²²

Regardless of Admiral Saker's belief, the briefing note prepared by Admiral Saker for the Minister of National Defence (Minister of ND) reveals that the non-compliance finding was treated as follows:

After a review of the contract and the post employment restrictions applicable to the recently retired Col Daws, it has been decided to recommend termination of the contract for failure to comply with the contractual terms and conditions referencing the code.²³ [Underlining added by me for emphasis.]

The *aide memoire* prepared by Admiral Saker for the DND Advisory Panel, which met subsequent to the decision under review, also belies the argument of the applicant and intervenor on this point:

4. Upon receipt of the 01 Feb letter of protest to PWGSC [Public Works], DND was immediately engaged and recommendations were made supporting the issue of a 02 Feb 95 stop work order until such time as the validity of these allegations could be ascertained . . . After lengthy examination and discussion of the facts, DND advised PWGSC by letter that it had concluded a conflict of interest violation had occurred.

. . .

6. On the basis of the above assessment, PWGSC, with the concurrence of DND, issued a letter to LGS, dated 17 Feb 95, rescinding the contract because of a violation of the terms and conditions related to Conflict of Interest.²⁴ [Underlining added by me for emphasis.]

On the basis of the above, I conclude that it was the Minister of ND, on the advice of Admiral Saker, who made the decision that the intervenor was not in compliance with CFAO 19-37 and on whose behalf this conclusion was relayed to the Minister who ultimately has responsibility under section 28 of DSS-MAS 9676. The Minister of ND, absent any specific delegation of authority in CFAO 19-37, was without a doubt a proper authority to make the decision under CFAO 19-37. But the decision that CFAO 19-37 had been violated was only an element in the decision

²² Applicant's motion record, v. II, t. 6, at p. 22.

²³ Respondent's motion record, t. 1—D.

²⁴ Respondent's motion record, t. 1—A.

[TRADUCTION] Q. Avant ou pendant . . . d'abord, c'est vous qui avez pris la décision. Est-ce exact? La décision que M. Daws contrevenait aux lignes directrices sur les conflits d'intérêts?

R. Oui, c'est moi²².

Sans égard à ce que croyait l'amiral Saker, la note de synthèse préparée par celui-ci à l'intention du ministre de la Défense nationale (le ministre du MDN) révèle que la conclusion concernant l'infraction a été traitée de la façon suivante:

[TRADUCTION] Après examen du marché et des restrictions concernant le post-mandat applicables au colonel Daws retiré depuis peu, il a été décidé de recommander la résiliation du marché pour non-respect des stipulations qui renvoient au code²³. [Non souligné dans le texte original.]

L'aide-mémoire préparé par l'amiral Saker à l'intention du Comité consultatif du MDN, qui s'est réuni à la suite de la décision, réfute également l'argument de la requérante et de l'intervenant à cet égard:

[TRADUCTION] 4. Sur réception de la lettre de protestation adressée le 1^{er} février à TPSGC [Travaux publics], le MDN a immédiatement réagi et des recommandations ont été faites à l'appui de l'émission, le 2 février 1995, d'un ordre d'arrêt des travaux jusqu'à ce que la validité des allégations puisse être évaluée . . . Après avoir longuement examiné les faits et en avoir discuté, le MDN a informé TPSGC par lettre qu'il avait conclu qu'une infraction en matière de conflit d'intérêts avait été commise.

. . .

6. À partir de l'évaluation mentionnée plus haut, TPSGC, avec l'accord du MDN, a adressé une lettre à LGS, le 17 février 1995, pour résoudre le marché en raison du non-respect des stipulations concernant les conflits d'intérêts.²⁴ [Non souligné dans le texte original.]

À partir des éléments ci-dessus, je conclus que c'est le ministre de la Défense nationale, sur recommandation de l'amiral Saker, qui a pris la décision portant que l'intervenant ne s'était pas conformé à l'O AFC 19-37 et au nom de qui cette conclusion a été transmise au ministre responsable en bout de ligne en vertu de l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676. En l'absence de toute délégation de pouvoir expresse dans l'O AFC 19-37, le ministre du MDN était, sans l'ombre d'un doute, l'autorité compétente pour prendre cette décision en vertu de l'O AFC

²² Dossier de demande de la requérante, vol. II, tome 6, à la p. 22.

²³ Dossier de demande de l'intimé, tome 1—D.

²⁴ Dossier de demande de l'intimé, tome 1—A.

here under review. Based on the record before me, the decision to rescind the contract was not made by either Admiral Saker or the Minister of ND. Both had input and perhaps in the case of the Minister of ND, and certainly in the case of Admiral Saker, gave advice to the Minister which was reasonably open to each to give. There is no doubt that officials at DND had considerable input into the decision to rescind the contract, including drafting the letter accompanying the formal rescission of the contract by the Minister.²⁵ Nonetheless, the decision to issue the formal rescission of the contract and the rescission itself came from Public Works on behalf of the Minister:

The reason for the issuance of the Stop Work Order and your Counsel's response of February 7, 1995 have been thoroughly considered and evaluated with the result that there has been a failure to demonstrate that Mr. Daws was in compliance with the Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders and thus LGS Group Inc. was not in compliance with Section 28 of the General Conditions forming part of both the solicitation and the contract.

This amounts to your proposal reflecting a misrepresentation of the compliance with the terms and conditions of the solicitation process, with the result that the Minister of Supply and Services hereby rescinds the Contract in respect of all supplies/services described therein.²⁶

b. Was There Evidence before the Minister on Which to Base His Finding?

Pursuant to its authority under subsection 11(2) [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 81] of the *Financial Administration Act*, Treasury Board has issued the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders* (the Code).²⁷ Under subsection 4(2) of the Code, members of the Canadian Armed Forces are subject to the "Principles set out in Part I" of the Code as well as other compliance measures determined by the head of the Canadian Armed Forces. One such measure is CFAO 19-37 enacted pursuant to subsection 18(2) of the *National Defence*

²⁵ Compare letter at applicant's motion record, v. I, t. 22 with the rescission letter, *supra*, at note 8.

²⁶ Applicant's motion record, v. I, t. 14.

²⁷ *Supra*, at note 19.

19-37. Toutefois, la décision portant que l'O AFC 19-37 avait été violée ne constitue qu'un élément de la décision en cause. Si je m'en remets au dossier qui m'a été soumis, la décision de résoudre le marché n'a été prise ni par l'amiral Saker, ni par le ministre du MDN. Les deux sont intervenus et il est possible, dans le cas du ministre du MDN, et certain, dans celui de l'amiral Saker, qu'ils ont conseillé le ministre comme ils étaient raisonnablement autorisés à le faire. Il ne fait aucun doute que les fonctionnaires du MDN ont joué un rôle important dans la décision de résoudre le marché, notamment en rédigeant la lettre accompagnant la résolution formelle du marché signée par le ministre²⁵. Toutefois, la décision de résoudre formellement le marché et la résolution même sont imputables à Travaux publics, au nom du ministre:

[TRADUCTION] Le motif justifiant la production d'un ordre d'arrêt des travaux et la réponse fournie par votre avocate le 7 février 1995 ont été examinés en profondeur et évalués; il en ressort qu'il n'a pas été démontré que M. Daws s'est conformé au Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat, et que LGS Group Inc. n'a pas respecté l'article 28 des Conditions générales faisant partie à la fois de l'appel d'offres et du marché.

Il s'ensuit que votre proposition comporte une déclaration inexacte en ce qui a trait au respect des conditions du processus d'appel d'offres et, en conséquence, le ministre des Approvisionnements et Services résout par les présentes le marché relatif à la totalité des fournitures/services qui y sont décrits²⁶.

b. Le ministre disposait-il d'éléments de preuve sur lesquels fonder sa conclusion?

En vertu du pouvoir que lui confère le paragraphe 11(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 81] de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, le Conseil du Trésor a publié le *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat* (le Code)²⁷. En vertu du paragraphe 4(2) du Code, les membres des Forces armées canadiennes sont assujettis aux «principes établies à la partie I» du Code, ainsi qu'aux autres mesures impératives déterminées par le chef des Forces armées canadiennes. L'une de ces

²⁵ Comparez la lettre versée au dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 22, avec la lettre de résolution, *supra*, note 8.

²⁶ Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 14.

²⁷ *Supra*, note 19.

Act,²⁸ Annex D, paragraphs 10 and 11 of CFAO 19-37 set out the prohibitions applicable to former members of the Canadian Armed Forces who were at a rank of colonel or above. It is paragraph 11 with which the intervenor was found not to be in compliance:

11. Members or former members of the CF [Canadian Forces] shall not, within a period of one year after becoming former public office holders:

c. give counsel, for the commercial purposes of the recipient of the counsel, concerning the programs or policies of the CF or the department with which they were employed, or with [which] they had a direct and substantial relationship during the period of one year immediately prior to becoming former public office holders.²⁹

In a letter to the intervenor approximately one month before his retirement, this provision was specifically brought to his attention by DND:

While the wording of this paragraph [11 c.] suggests that this restriction is subject to a one-year limitation period, this is no longer the case. An amendment to its interpretation has resulted in its application having no limitation in time. Accordingly, you may not give counsel on government programs or policies, other than counsel based on information generally available to the public. In other words, you may not disclose any "insider information" to a third party, until that information becomes generally available to the public.³⁰

As the applicant argued before me, it is the interpretation with which the intervenor was provided which should govern the assessment of compliance or non-compliance.

The record shows that DND was aware that the intervenor was working for the applicant by way of a letter written by the intervenor in October 1994.³¹ It is not clear from the record that DND was aware the intervenor was working on the RFP, although the intervenor believed that DND knew.³² It is clear from the record that Admiral Saker was the officer at DND who investigated the allegations of non-compliance by the intervenor with CFAO 19-37. Admiral Saker

mesures est l'O AFC 19-37 édictée sous le régime du paragraphe 18(2) de la *Loi sur la défense nationale*.²⁸ Les paragraphes 10 et 11 de l'annexe D de l'O AFC 19-37 énoncent les restrictions applicables aux anciens membres des Forces armées canadiennes qui détenaient le grade de colonel ou un grade supérieur. C'est au paragraphe 11 qu'il a été statué que l'intervenant avait contrevenu:

11. Il est interdit à tous les membres ou les anciens membres des FC dans un délai d'un an après la fin de leur mandat:

c. de donner des conseils, touchant les programmes ou les politiques des FC ou du ministère pour lequel ils travaillaient ou avec lequel ils entretenaient d'importants rapports directs durant l'année précédant la fin de leur mandat, à une personne qui pourrait se servir de ces conseils à des fins commerciales.²⁹

Dans une lettre adressée à l'intervenant environ un mois avant sa retraite, le MDN a expressément porté cette disposition à son attention:

[TRADUCTION] Bien que le libellé de cet alinéa [11 c.] laisse croire que cette restriction ne s'applique que pendant un an, ce n'est plus le cas. À la suite d'une modification à son interprétation, elle s'applique pour une période illimitée. En conséquence, vous ne pouvez donner des conseils touchant les programmes ou les politiques du gouvernement, sauf s'ils sont fondés sur des renseignements accessibles au public en général. En d'autres termes, vous ne pouvez divulguer aucun renseignement «d'initié» à un tiers, avant que ce renseignement devienne accessible au public en général.³⁰

Comme l'a soutenu la requérante devant moi, c'est l'interprétation qui a été fournie à l'intervenant qui doit régir l'examen de la question de savoir s'il y a eu contravention ou non.

Le dossier indique que le MDN était au courant du fait que l'intervenant travaillait pour la requérante, en raison d'une lettre écrite par l'intervenant en octobre 1994.³¹ Le dossier ne précise pas si le MDN savait que l'intervenant travaillait à la demande de propositions, mais l'intervenant croyait que le MDN était au courant.³² Il ressort clairement du dossier que l'amiral Saker était l'officier du MDN qui a fait enquête sur les allégations selon lesquelles l'intervenant ne

²⁸ R.S.C., 1985, c. N-5.

²⁹ *Supra*, at note 19.

³⁰ Applicant's motion record, v. I, t. 30.

³¹ Applicant's motion record, v. I, t. 25.

³² Applicant's motion record, v. II, t. 3.

²⁸ L.R.C. (1985), ch. N-5.

²⁹ *Supra*, note 19.

³⁰ Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 30.

³¹ Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 25.

³² Dossier de demande de la requérante, vol. II, tome 3.

was responsible for the briefing note to the Minister of National Defence³³ and the *aide memoire* to the DND Advisory Panel on the subject of the conflict of interest allegations.³⁴

I note at this point that there was significant evidence before me which was not before Admiral Saker and, by inference, the Minister as part of the determination of non-compliance. For example, the billing sheets of the intervenor to the applicant were before me but were not before Admiral Saker, as was a detailed response to the respondent's interrogatories regarding the intervenor's specific role in relation to each section of the applicant's proposal in response to the RFP.³⁵ Admiral Saker testified as to the evidence before him as follows:

Q. Colonel Saker (*sic*), I take it from what you have told us this morning that the only information you have had as to Mr. Daws' [the intervenor's] involvement in the response to the Request for Proposals was what was conveyed to you in the response after the complaint was made by the applicant and by Mr. Daws in his letter?

A. That's correct.³⁶

Admiral Saker also testified that the RFP and the applicant's proposal in response was considered.³⁷ I will assume that the information on the record as to the purpose and function of the CALS office headed by the intervenor in the last years he was with the Canadian Armed Forces was also in some sense considered. I will not consider any other evidence as it is well established that on judicial review the Court should only review the decision on the basis of the record before the decision maker and here, that record would not be broader than the record before Admiral Saker. The role of the Court is not to determine whether in fact there was a breach of CFAO 19-37 and section 28 of DSS-MAS 9676 but whether the finding by the Minister that there was such a breach

³³ *Supra*, at note 23.

³⁴ *Supra*, at note 24.

³⁵ See applicant's motion record, v. II, t. 2 and respondent's motion record, v. I, t. 3.

³⁶ *Supra*, at note 22, at p. 49.

³⁷ *Ibid.*, at p. 40.

s'était pas conformé à l'O AFC 19-37. L'amiral Saker était responsable de la note de synthèse adressée au ministre de la Défense nationale³³ et de l'aide-mémoire envoyé au Comité consultatif du MDN en ce qui a trait aux allégations de conflit d'intérêts³⁴.

Je crois bon de souligner ici que l'amiral Saker et, par déduction, le ministre, n'avaient pas en leur possession d'importants éléments de preuve qui m'ont été soumis dans le cadre de l'examen de la question de savoir s'il y avait eu contravention. Par exemple, les factures préparées par l'intervenant à l'intention de la requérante m'ont été remises, alors qu'elles ne l'ont pas été à l'amiral Saker, ainsi qu'une réponse détaillée aux interrogations de l'intimé concernant le rôle précis de l'intervenant par rapport à chaque section de la proposition présentée par la requérante en réponse à l'appel de propositions³⁵. L'amiral Saker a rendu le témoignage suivant en ce qui a trait à la preuve dont il disposait:

Q. Colonel Saker (*sic*), je comprends d'après ce que vous nous avez dit ce matin, que la seule information que vous avez obtenue quant à la participation de M. Daws [l'intervenant] à la réponse à la demande de propositions est celle qui vous a été transmise par la requérante dans sa réponse, après la plainte, et par M. Daws dans sa lettre?

R. C'est exact³⁶.

L'amiral Saker a également déclaré dans son témoignage que la demande de propositions et la proposition par laquelle la requérante lui a répondu ont été examinées³⁷. Je tiendrai pour acquis que les renseignements versés au dossier quant à l'objet et à la fonction du Bureau chargé de la technologie CALS dirigé par l'intervenant au cours de ses dernières années au sein des Forces armées canadiennes ont aussi été pris en compte. Je ne tiendrai compte d'aucune autre preuve, étant donné qu'il est bien établi que le tribunal saisi d'une demande de contrôle judiciaire doit contrôler la décision uniquement à partir du dossier dont disposait l'auteur de la décision et, en l'espèce, ce dossier se limite à celui qui a été soumis à l'amiral Saker. Le rôle de la Cour ne consiste pas à

³³ *Supra*, note 23.

³⁴ *Supra*, note 24.

³⁵ Voir le dossier de demande de la requérante, vol. II, tome 2 et celui de l'intimé, vol. I, tome 3.

³⁶ *Supra*, note 22, à la p. 49.

³⁷ *Ibid.*, à la p. 40.

was in error based on the material that was before the Minister and those who advised him.

The actual nature of the intervenor's role in the preparation of the RFP was debated by counsel for the parties before me. Counsel for the applicant and intervenor maintained that the record showed the intervenor was employed by the applicant for his management skills consolidated by 32 years as a professional engineer and manager. At the same time, they argued that the record showed he served as an editor or "wordsmith". In effect, counsel submitted that the intervenor's role was one of "wordsmithing" to ensure the applicant's proposal was consistent and accurate in its use of specialized terminology of CALS and CAPERRS and comprehensible to DND. The intervenor explained the concept of "wordsmithing" as follows:

It's trying to attune the words that are used to be words that were acceptable within the CALS community from my viewpoint.³⁸

The intervenor also testified that his involvement centred on sections 6 through 9 of the RFP which were respectively titled "Project Organization", "Bidder Constraints", "Project Personnel" and "Understanding the Requirement" and that he was only one of approximately 16 to 20 participants in preparing the RFP.³⁹ Both the applicant and the intervenor argued that paragraph 11 c. of CFAO 19-37 required that the intervenor in some way impart confidential or insider information about CALS or about the CCDE, which was unlikely if not impossible as the intervenor's role in heading the CALS office was to promote and publicize DND's CALS strategy; it did not therefore require or benefit from a knowledge of confidential or insider information.

³⁸ Applicant's motion record, v. II, t. 4, at p. 99.

³⁹ *Ibid.*, at pp. 102-108.

déterminer s'il y a bel et bien eu infraction à l'OAF 19-37 et à l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676, mais plutôt si la conclusion du ministre portant qu'une telle infraction a été commise est erronée d'après les documents dont lui et les personnes qui l'ont conseillé disposaient.

La nature véritable du rôle de l'intervenant dans la préparation de la demande de propositions a fait l'objet devant moi d'un débat entre les avocats des parties. Les avocats de la requérante et de l'intervenant ont soutenu que le dossier établissait que l'intervenant avait été embauché par la requérante pour ses aptitudes en gestion, consolidées par une expérience professionnelle de 32 ans en qualité d'ingénieur et de gestionnaire. Par ailleurs, selon eux, le dossier indiquait qu'il avait fourni des services de révision ou de «polissage de texte». En effet, les avocates ont affirmé que le rôle de l'intervenant consistait à polir le texte de façon que la proposition de la requérante soit cohérente et exacte quant à l'utilisation de la terminologie spécialisée de la technologie CALS et des systèmes CAPERRS, et qu'elle soit compréhensible pour le MDN. L'intervenant a expliqué le concept du «polissage de texte» comme suit:

[TRADUCTION] Il s'agit d'essayer d'harmoniser les termes utilisés avec les termes acceptables selon moi dans le milieu de la technologie CALS.³⁸

L'intervenant a également déclaré que sa participation a touché principalement les articles 6 à 9 de la demande de propositions, respectivement intitulés [TRADUCTION] «Organisation du projet», «Contraintes du soumissionnaire», «Personnel du projet» et «Compréhension de l'exigence», et qu'il était uniquement l'une des 16 à 20 personnes environ qui ont préparé la demande de propositions³⁹. La requérante et l'intervenant ont soutenu que l'alinéa 11 c. de l'OAF 19-37 exigeait que l'intervenant communique, d'une façon ou d'une autre, des renseignements confidentiels ou d'initié sur la technologie CALS ou sur le projet CCDE, situation improbable, voire impossible, étant donné que le rôle de l'intervenant en qualité de chef du bureau responsable de la technologie CALS consistait à promouvoir la stratégie CALS du MDN et en faire la publicité; en conséquence, il ne devait

³⁸ Dossier de demande de la requérante, vol. II, tome 4, à la p. 99.

³⁹ *Ibid.*, aux p. 102 à 108.

The respondent maintained that in paying the intervenor approximately \$38,000 over three months of the development of the applicant's response to the RFP, the applicant was clearly expecting more than an editor or "wordsmith". The respondent suggested that from the view of the decision maker there was a clear conflict, not on the basis of possible insider information on CALS itself, but on "insider" information regarding expectations and mindset of those who would review the applicant's proposal because the intervenor headed the very office which recommended the issue of the RFP and designed the "Statement of Work" which formed the basis of the RFP. While the intervenor testified that he did not remember working on the "Statement of Work", which was drafted by two members of his staff, or recommending that an RFP be issued, he did state that as head of the CALS office, "it would bubble up to me".⁴⁰

Information regarding expectations and mindset, which only the intervenor and a very select few others would possess, was viewed by Admiral Saker as coming within paragraph 11 c. of CFAO 19-37. Thus it was argued that it was not that the intervenor was able to add specific information on CALS to the applicant's proposal, but rather that he was able to tailor the proposal to target particular interests and concerns at DND of which he would be aware based on his former position as head of the CALS office. Admiral Saker explained this several times:

Q. And I take it then from this document and from what you have told us this morning that you in fact did not identify anything that was considered insider information that had been used in the process of responding to the Request for Proposals?

pas connaître et ne connaissait pas de renseignements confidentiels ou d'initié.

L'intimé soutient qu'en versant à l'intervenant la somme d'environ 38 000 \$ sur une période de trois mois au cours de la préparation de la réponse de la requérante à la demande de propositions, la requérante s'attendait manifestement à une prestation qui allait au-delà de la révision ou du «polissage de texte». L'intimé a fait valoir que du point de vue de l'auteur de la décision, il existait manifestement un conflit, non pas quant à la possibilité de divulgation de renseignements d'initié sur la technologie CALS comme telle, mais plutôt de renseignements «d'initié» quant aux attentes et à l'attitude bien ancrée des personnes qui étudieraient la proposition de la requérante parce que l'intervenant dirigeait le bureau même qui a recommandé qu'une demande de propositions soit faite et préparé la «description des travaux» qui est à la base de la demande de propositions. Bien que l'intervenant ait affirmé ne pas se rappeler avoir travaillé à la «description des travaux», qui a été rédigée par deux membres de son personnel, ni recommandé qu'une demande de propositions soit faite, il a admis qu'en sa qualité de chef du bureau responsable de la technologie CALS, [TRADUCTION] «cela serait éventuellement parvenu jusqu'à moi»⁴⁰.

L'information concernant les attentes et l'attitude bien ancrée, que seuls l'intervenant et un nombre très restreint d'autres personnes connaissaient, a été considérée par l'amiral Saker comme visée par l'alinéa 11 c. de l'OAFC 19-37. Par conséquent, on a soutenu non pas que l'intervenant était en mesure d'ajouter à la proposition de la requérante des renseignements précis sur la technologie CALS, mais plutôt qu'il était en mesure de tailler la proposition sur mesure pour qu'elle réponde aux préoccupations et aux intérêts particuliers du MDN dont il avait connaissance en raison de ses anciennes fonctions de chef du bureau responsable de la technologie CALS. L'amiral Saker l'a expliqué à plusieurs reprises:

[TRADUCTION] Q. Et je déduis de ce document et de ce que vous avez dit ce matin que vous n'avez de fait repéré aucun élément qui a été considéré comme des renseignements d'initié qui auraient été utilisés dans le processus de réponse à la demande de propositions?

⁴⁰ *Supra*, at note 32, at pp. 24 ff.

⁴⁰ *Supra*, note 32, aux p. 24 et suiv.

A. That is correct. As I think I said I would not have expected to have seen it. I mean to my mind, the impact of him participating is that it comes out as being a good, compliant proposal.⁴¹ [Underlining added by me for emphasis.]

A memorandum apparently prepared by Admiral Saker reflects this conclusion:

4. Given Mr. Daws' intimate knowledge of DND's approach to CALS methodology, it is considered that it would be impossible for him to divorce himself from his knowledge of DND's philosophy underlying its participation in the program and its methodologies. As the prime mover in the DND program prior to his release from the CF, he not only had knowledge of DND's concerns and interests in this program, but in effect directed them. It is difficult, if not impossible to believe that any advice given would be unaffected by Mr. Daws' background knowledge and significant contributions in determining DND's philosophies and priorities in this program. It is for reasons such as this that 11 (c) stipulates a one year prohibition.⁴²

I am satisfied that the opinion formed by Admiral Saker, and that formed the basis of his advice as to a breach of paragraph 11 c. by the intervenor, was reasonably open on the material that was before Admiral Saker and, through him, the decision maker. Paragraph 11 c. speaks of giving counsel, for the commercial purposes of the recipient of the counsel, concerning the programs or policies of the Canadian Forces. I am satisfied that advice regarding expectations and mindset of those who would review the applicant's proposal, of key words and phrases to be emphasized or avoided, is counsel, for commercial purposes, concerning (a very broad word), the programs or policies of the Canadian Forces. It may also be "wordsmithing" but if it is, it is of a distinctly policy-oriented character that is quite distinct from what is normally thought of as editing.

I am prepared to accept that a strong inference can be drawn from the significant remuneration of the intervenor for his work and from the intervenor's primary role in the CALS office before his departure from DND that the applicant would not have

⁴¹ *Supra*, at note 22, at pp. 49-50.

⁴² Applicant's motion record, v. I, t. 21.

R. C'est exact. Comme je pense l'avoir dit, je ne m'attendais pas à en découvrir. C'est-à-dire que, selon moi, l'impact de sa participation est qu'il s'agit d'une bonne proposition, conforme⁴¹. [Non souligné dans le texte original.]

a Une note de service apparemment préparée par l'amiral Saker reflète cette conclusion:

[TRADUCTION] 4. Étant donné que M. Daws connaissait intimement l'attitude du MDN face à la méthodologie CALS, on considère qu'il lui serait impossible de se dissocier de sa connaissance de la philosophie du MDN qui sous-tendait sa participation au programme et de ses méthodologies. En raison du rôle de premier plan qu'il a joué dans le programme du MDN avant sa libération des Forces armées, non seulement connaissait-il les préoccupations et les intérêts du MDN face à ce programme, mais encore les dirigeait-il. Il est difficile, voire impossible, de croire qu'il ait pu donner un conseil qui ne soit pas influencé par sa connaissance du contexte et par ses contributions importantes à l'établissement des philosophies et priorités du MDN dans ce programme. C'est pour des raisons d comme celles-ci que l'alinéa 11 c. édicte une interdiction d'un an⁴².

e Je suis convaincu que l'opinion à laquelle est parvenu l'amiral Saker et qui fonde son avis quant à une violation de l'alinéa 11 c. par l'intervenant était raisonnablement possible, compte tenu des documents dont disposaient l'amiral Saker et, par son entremise, l'auteur de la décision. L'alinéa 11 c. interdit de donner des conseils, touchant les programmes ou les politiques des Forces canadiennes, à une personne qui pourrait se servir de ces conseils à des fins commerciales. Je suis convaincu que des conseils concernant les attentes et l'attitude bien ancrée des personnes qui allaient examiner la proposition de la requérante, les mots-clés et les expressions à mettre en évidence ou à éviter, constituent des conseils touchant (terme très large) les programmes ou les politiques des Forces canadiennes, à des fins commerciales. Il peut aussi s'agir de polissage de texte mais, le cas échéant, d'une nature distincte, axée sur la politique, bien différente de celle de la révision telle qu'on la conçoit habituellement.

i Je suis prêt à reconnaître qu'il est possible d'inférer fortement de la rémunération importante versée à l'intervenant pour ses services et de son rôle de premier plan au bureau responsable de la technologie CALS avant qu'il quitte le MDN que la requérante

⁴¹ *Supra*, note 22, aux p. 49 et 50.

⁴² Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 21.

employed him to provide it with information or counsel which could be found in a government issued pamphlet, or at the public library or through the services of a professionally trained editor. Moreover, the responses by the applicant and the intervenor to the Minister's request for clarification of the intervenor's role were little more than denials that the intervenor had imparted confidential information about CALS without addressing the aspect of imparting information regarding expectations and mindset of key persons at DND. For example, in a letter from the intervenor to the applicant to address the conflict of interest concerns (a copy of which was forwarded to DND), the intervenor wrote:

As a secondary duty, I had two permanent staff assigned to me to implement CALS across DND. In that activity I was the figurehead, representing the CALS effort to internal management and across the international CALS community. My specific 'expertise' in CALS is far exceeded by private sector industries, many of whom have partnered or associated themselves with LGS to undertake the CCDE project. As a senior manager in DND, I was responsible for strategy of CALS implementation, and not the technology. Even so, when required to write a CALS strategy for NATO, my staff directed a contract to Computer Sciences Canada, due to the extensive experience of their corporation in the international CALS domain.⁴³ [Underlining added by me for emphasis.]

The responses by the applicant were similarly emphatic that the intervenor had no "confidential" knowledge of CALS to reveal:

Furthermore, Mr. Daws had not participated in the preparation of the CCDE SOW [Statement of Work] or RFP while employed by DND and could not therefore transfer information concerning the RFP to LGS during the bidding process.

The applicant described the role of the intervenor in the development of the response to the RFP as follows:

Mr. Daws assisted LGS in preparing a response to the RFP solely by providing expert knowledge with respect to the CALS methodology, and also has continued to assist LGS in

⁴³ *Supra*, at note 7.

n'aurait pas eu recours à ses services pour qu'il lui fournisse des renseignements ou des conseils qu'elle aurait pu trouver dans un dépliant émanant du gouvernement, dans une bibliothèque publique ou en consultant un réviseur professionnel. De plus, les réponses qu'ont fournies la requérante et l'intervenant au ministre qui leur demandait de clarifier le rôle de l'intervenant niaient, sans plus, que l'intervenant ait transmis des renseignements confidentiels sur la technologie CALS, sans toucher l'aspect des renseignements concernant les attentes et l'attitude bien ancrée des personnes-clés du MDN. Par exemple, dans une lettre adressée par l'intervenant à la requérante, au sujet de la possibilité d'un conflit d'intérêts (dont une copie a été remise au MDN), l'intervenant déclare:

[TRADUCTION] À titre de tâche secondaire, je devais, avec les deux employés permanents qui m'étaient assignés, mettre en place la technologie CALS dans tout le MDN. À cette fin, j'étais la figure de proue qui témoignait de l'effort fait pour utiliser la technologie CALS auprès de la direction interne et de la communauté internationale en la matière. Mon «expertise» spécifique en matière de technologie CALS est largement surpassée par les industries du secteur privé, dont beaucoup se sont jointes ou associées à LGS pour entreprendre le projet CCDE. En qualité de directeur principal au MDN, j'étais responsable, non pas de la technologie, mais de la stratégie d'implantation de la technologie CALS. Malgré cela, lorsqu'on nous a demandé de rédiger une stratégie CALS pour l'OTAN, mon personnel a donné un contrat à Computer Sciences Canada, en raison de la vaste expérience de cette société dans le domaine de l'utilisation internationale de la technologie CALS⁴³. [Non souligné dans le texte original.]

Les réponses de la requérante ont, de la même façon, insisté sur le fait que l'intervenant ne possédait pas de renseignements «confidentiels» concernant la technologie CALS:

[TRADUCTION] De plus, M. Daws n'avait pas participé à la préparation de la description des travaux du projet CCDE, ou de la demande de propositions, pendant qu'il était au service du MDN et ne pouvait donc transmettre aucun renseignement concernant la demande de propositions à LGS pendant le processus de dépôt des soumissions.

La requérante décrit ainsi le rôle joué par l'intervenant dans la préparation de la réponse à la demande de propositions:

[TRADUCTION] M. Daws a aidé LGS à préparer une réponse à la demande de propositions uniquement par son apport en qualité d'expert relativement à la méthodologie CALS, et il a continué

⁴³ *Supra*, note 7.

the development of a business strategy for broader participation in the CALS arena.⁴⁴

None of these explanations addresses the possibility of the intervenor assisting the applicant with the specialized knowledge acquired from the involvement the intervenor describes as “the strategy of CALS implementation”. Neither the applicant nor the intervenor provided information or any details of mechanisms put in place to ensure the intervenor would not be put in a position of violating CFAO 19-37 during his contract with the applicant.

On the basis of the evidence before the decision maker, I conclude that it was reasonably open to find the intervenor was not in compliance with paragraph 11 c. of CFAO 19-37.

As I stated earlier, the prohibition in section 28 of DSS-MAS 9676 requires both a finding of non-compliance by the intervenor and a finding that the intervenor derived “direct benefit from [the] contract”. The applicant and the intervenor argued before me that the use of the term “contract”, as distinct from “solicitation” renders irrelevant any consideration of the benefit derived from the intervenor’s work on the applicant’s proposal in response to the RFP. There was no evidence on the record that the intervenor worked for the applicant in the brief period after the contract was awarded and until the stop work order was issued. The respondent argued before me that the use of the term “contract” in DSS-MAS 9676 must be read broadly to include “solicitation of the contract”.

I am not persuaded that the literal interpretation of section 28 of DSS-MAS 9676 suggested by the applicant and the intervenor is appropriate. For ease of reference, I repeat the wording of section 28 of DSS-MAS 9676:

The Contractor agrees that it is a term of the Contract that no former public office holder of the Government of Canada, who is not in compliance with the provisions of the Conflict of

⁴⁴ *Supra*, at note 5.

d’aider LGS dans l’élaboration d’une stratégie commerciale visant à accroître sa participation dans le marché de la technologie CALS⁴⁴.

Aucune de ces explications ne concerne la possibilité que l’intervenant aide la requérante grâce aux connaissances spécialisées qu’il a acquises en participant à ce que l’intervenant décrit comme [TRADUCTION] «la stratégie d’implantation de la technologie CALS». Ni la requérante ni l’intervenant n’ont fourni de renseignements ou de détails sur les mécanismes mis en place pour assurer que l’intervenant ne soit pas placé dans une situation où il contreviendrait à l’OAFIC 19-37 pendant la durée de son contrat avec la requérante.

Compte tenu de la preuve soumise à l’auteur de la décision, je conclus qu’il lui était raisonnablement possible de statuer que l’intervenant ne s’était pas conformé à l’alinéa 11 c. de l’OAFIC 19-37.

Comme je l’ai déjà mentionné, l’interdiction édictée à l’article 28 de l’arrêté DSS-MAS 9676 exige à la fois une conclusion portant que l’intervenant a commis une infraction et une conclusion selon laquelle l’intervenant a tiré «directement avantage du contrat». La requérante et l’intervenant ont soutenu devant moi que l’utilisation du terme «contrat», par opposition à «appel d’offres», enlève toute pertinence aux questions touchant l’avantage tiré du travail accompli par l’intervenant dans le cadre de la proposition faite par la requérante en réponse à la demande de propositions. Aucun élément de preuve contenu dans le dossier n’établit que l’intervenant a travaillé pour la requérante pendant la brève période qui s’est écoulée entre la passation du marché et l’ordre d’arrêt des travaux. L’intimé a fait valoir que l’utilisation du terme «contrat» dans l’arrêté DSS-MAS 9676 doit recevoir une interprétation libérale qui inclut «l’appel d’offres en vue de la passation du contrat».

Je ne suis pas persuadé que l’interprétation littérale de l’article 28 de l’arrêté DSS-MAS 9676 proposée par la requérante et l’intervenant convienne. Par souci de commodité, je reproduis à nouveau l’article 28 de l’arrêté DSS-MAS 9676:

L’entrepreneur convient qu’il s’agit d’une condition du contrat qu’aucun ancien titulaire d’une charge publique au sein du Gouvernement du Canada, qui ne se conforme pas aux disposi-

⁴⁴ *Supra*, note 5.

Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders, shall derive any direct benefit from this Contract.⁴⁵ [Underlining added by me for emphasis.]

If the term “contract” were read so as to exclude the solicitation process, a substantial element of the purpose of the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders* would be in part defeated. Section 2 of the Code identifies its purpose in part as follows:

2. The object of this Code is to enhance public confidence in the integrity of public office holders and the decision-making process in government

(c) by establishing clear rules of conduct respecting conflict of interest for, and post-employment practices applicable to, all public office holders; and

(d) by minimizing the possibility of conflicts arising between the private interests and public duties of public office holders and providing for the resolution of such conflicts in the public interest should they arise.

The Code continues by identifying the principles to which public office holders should conform:

3. Every public office holder shall conform to the following principles:

(10) Public office holders shall not act, after they leave public office, in such a manner as to take improper advantage of their previous office.⁴⁶

It is entirely inconsistent with the object of enhancing public confidence in the integrity of public office holders and the principle of ensuring that former public office holders do not take improper advantage of their previous office, to read section 28 so as to exempt from scrutiny actions of former public office holders and contractors who mutually benefit from “insider” or “confidential” knowledge merely because the benefit occurs in the process of obtaining a contract and not in fulfilling the contract. Moreover, it is evident from the record that the RFP, the tendering or bidding process, and the contract elements are a continuum. Both the RFP and the eventual contract with the applicant referentially incorporate section 28 of DSS-MAS 9676. It is of

⁴⁵ *Supra*, at note 6.

⁴⁶ *Supra*, at note 19.

tions du Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique, n'est admis à tirer directement avantage du contrat⁴⁵. [Non souligné dans le texte original.]

Si le terme «contrat» était interprété comme excluant le processus d'appel d'offres, un élément substantiel de l'objet du *Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat* ne pourrait être atteint. L'article 2 définit, en partie, l'objet du Code comme suit:

2. Le présent code a pour objet d'accroître la confiance du public dans l'intégrité des titulaires de charge publique et dans le processus de prise de décisions du gouvernement

c) en établissant à l'intention des titulaires de charge publique des règles de conduite claires au sujet des conflits d'intérêts et de l'après-mandat;

d) en réduisant au minimum les possibilités de conflit entre les intérêts personnels des titulaires de charge publique et leurs fonctions officielles, et en prévoyant les moyens de régler de tels conflits, le cas échéant, dans l'intérêt public.

Le Code contient ensuite des dispositions énonçant les principes auxquels les titulaires de charge publique doivent se conformer:

3. Le titulaire d'une charge publique doit se conformer aux principes suivants:

(10) À l'expiration de son mandat, il a le devoir de ne pas tirer un avantage indu de la charge publique qu'il a occupée⁴⁶.

Ce serait aller à l'encontre de l'objet qui consiste à accroître la confiance du public dans l'intégrité des titulaires de charge publique et à empêcher les anciens titulaires d'une charge publique de tirer un avantage indu de la charge publique qu'ils ont occupée si on interprétait l'article 28 de façon à soustraire à tout examen les actes des anciens titulaires de charge publique et entrepreneurs qui bénéficient mutuellement de renseignements «d'initié» ou «confidentiels», simplement parce qu'ils tirent cet avantage dans le cadre du processus d'obtention du marché plutôt que dans l'exécution du marché. De plus, il ressort clairement du dossier que la demande de propositions, le processus d'appel d'offres ou de dépôt des soumissions et les éléments du marché consti-

⁴⁵ *Supra*, note 6.

⁴⁶ *Supra*, note 19.

significance to note the wording in the RFP and the resulting contract. The RFP reads in part as follows:

3.0 TERMS AND CONDITIONS OF SOLICITATION AND RESULTING CONTRACT:

Pursuant to the *Department of Supply and Services Act*, R.S.C. 1985, c. S-25, the general terms, conditions and clauses identified herein by title, number and date, are hereby incorporated by reference into and form part of this solicitation, bid and any resulting contract, as though expressly set out herein, subject to any express terms and conditions herein contained.

. . .

General Conditions

DSS-MAS 9676 (06/94) General Conditions–Services⁴⁷

The contract between the Minister, representing Her Majesty the Queen, and the applicant contains the following, virtually identical, provision:

3.0 TERMS AND CONDITIONS OF CONTRACT

Pursuant to the *Department of Supply and Services Act*, R.S.C. 1985, c. S-25, the general terms, conditions and clauses identified herein by title, number and date, are hereby incorporated by reference into and form part of this contract, as though expressly set out herein, subject to any express terms and conditions herein contained.

. . .

General Conditions

DSS-MAS 9676 (06/94) General Conditions–Services⁴⁸

The only difference between the two provisions reflects elements of the continuum to which they relate. If the word “contract” in section 28 of DSS-MAS 9676 is not read broadly to incorporate the solicitation process, then as it applies to the RFP, section 28 of DSS-MAS 9676 is of no consequence. How can it be a term and condition of a proposal or bid that “the contractor” agree that no former public office holder in breach of the Code “derive any direct benefit from this contract”?

tuent un ensemble d'éléments homogène. À la fois la demande de propositions et le marché éventuellement conclu avec la requérante incorporent par renvoi l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676. Le libellé de la demande de propositions et du marché qui en a résulté est significatif. La demande de propositions se lit en partie comme suit:

a

[TRADUCTION] 3.0 CONDITIONS DE L'APPEL D'OFFRES ET DU MARCHÉ EN RÉSULTANT:

b

En vertu de la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*, L.R.C. (1985), ch. S-25, les modalités et clauses désignées par leur titre, numéro et date, sont incorporées aux présentes par renvoi et font partie de l'appel d'offres, de la soumission et de tout marché en résultant, comme si elles y figuraient, sous réserve des modalités expressément stipulées par les présentes.

c

. . .

Conditions générales

d

DSS-MAS 9676 (06/94) Conditions générales–Services⁴⁷

Le contrat conclu entre le ministre, représentant Sa Majesté la Reine, et la requérante contient la disposition suivante, qui est pratiquement identique:

e

3.0 MODALITÉS DU MARCHÉ

En vertu de la *Loi sur le ministère des Approvisionnements et Services*, L.R.C. (1985), ch. S-25, les modalités et clauses désignées par leur titre, numéro et date, sont incorporées aux présentes par renvoi et font partie du marché, comme si elles y figuraient, sous réserve des modalités expressément stipulées par les présentes.

f

. . .

Conditions générales

g

DSS-MAS 9676 (06/94) Conditions générales–Services⁴⁸

La seule différence entre les deux dispositions reflète les éléments de l'ensemble homogène auxquels elles se rapportent. Si le mot «contrat» dans l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676 ne reçoit pas une interprétation large pour englober le processus d'appel d'offres, lorsqu'on l'applique à la demande de propositions, l'article 28 en question n'a aucun effet. Comment se peut-il qu'une condition d'une proposition ou d'une soumission soit que «l'entrepreneur» convienne qu'aucun ancien titulaire de charge publique qui ne se conforme pas au Code ne tire «directement avantage du contrat»?

h

i

⁴⁷ Applicant's motion record, v. II, t. 8.

⁴⁸ Applicant's motion record, v. I, t. 3.

⁴⁷ Dossier de demande de la requérante, vol. II, tome 8.

⁴⁸ Dossier de demande de la requérante, vol. I, tome 3.

I conclude that the term “contract” in section 28 of DSS-MAS 9676 must be given a broad interpretation commensurate with the purpose and principles of the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders*. On the basis of such an interpretation, there can be no doubt that, on the facts before the decision maker in this matter, the intervenor derived a direct benefit from the contract.

The question remains, did the Minister direct his or her mind to whether or not the two requirements under section 28 of DSS-MAS 9676 had been fulfilled? The applicant and intervenor submit that there was no evidence on the record that the possible benefit derived by the intervenor was considered separately by the Minister and that the record indicates that the finding of non-compliance with CFAO 19-37 was the only ground considered for rescinding the contract.

As indicated above, I conclude that it is incapable that the intervenor derived a “direct benefit” from the solicitation process by way of the substantial remuneration received for assisting the applicant in preparing its response to the RFP. While there is nothing on the record to indicate this conclusion was reached in a recorded or formal process, there is nothing in the statutory framework which requires such a process. I return to the words of Décary J.A. in *Cousineau* [at pages 706-707] on the high threshold which the applicant and intervenor must meet to challenge a decision of this nature:

As by definition the focus of judicial review is on the legality of the federal government’s actions, and the tendering procedure was not subject to any legislative or regulatory requirements as to form or substance, it will not be easy, in a situation where the bid documents do not impose strict limitations on the exercise by the Minister of his freedom of choice, to show the nature of the illegality committed by the Minister . . .⁴⁹

It can be said I think, without significant fear of contradiction, that the determination under section 28 of DSS-MAS 9676 is “not subject to any legislative or regulatory requirements as to form or substance”. That being so, it is difficult for the applicant and the intervenor to demonstrate any reviewable error by the

⁴⁹ *Supra*, at note 15.

Je conclus que le terme «contrat» figurant à l’article 28 de l’arrêté DSS-MAS 9676 doit recevoir une interprétation large à la mesure de l’objet et des principes du *Code régissant la conduite des titulaires de charge en ce qui concerne les conflits d’intérêts et l’après-mandat*. Si on applique cette interprétation, il ne fait aucun doute, à la lumière des faits dont disposait l’auteur de la décision, que l’intervenant a tiré directement avantage du contrat.

Je dois maintenant trancher la question de savoir si le ministre s’est demandé si, oui ou non, les deux exigences posées par l’article 28 de l’arrêté DSS-MAS 9676 avaient été remplies. La requérante et l’intervenant soutiennent que le dossier ne contient aucun élément de preuve selon lequel le ministre aurait examiné séparément l’avantage tiré par l’intervenant, et qu’il indique que la conclusion touchant le non-respect de l’OAFIC 19-37 était l’unique motif pris en compte aux fins de la résolution du marché.

Comme je l’ai indiqué plus haut, je conclus que l’intervenant a nécessairement tiré «directement avantage» du processus d’appel d’offres en recevant une rémunération substantielle pour aider la requérante à préparer sa réponse à la demande de propositions. Bien que le dossier n’indique pas que cette conclusion ait été consignée ou tirée dans le cadre d’un processus formel, aucun élément du régime législatif n’exige que ce soit le cas. Je reviens aux propos tenus par le juge Décary, dans l’arrêt *Cousineau* [aux pages 706 et 707], en ce qui a trait aux exigences sévères auxquelles la requérante et l’intervenant doivent satisfaire pour contester une décision de cette nature:

Le contrôle judiciaire visant par définition la légalité des actes de l’Administration fédérale, et le processus de demande de soumissions n’étant assujéti à aucune exigence de forme ou de fond législative ou réglementaire, il ne sera pas facile, là où les documents de soumission n’imposent pas de restrictions sévères à l’exercice par le ministre de sa liberté de choix, de démontrer à quelle illégalité s’adonne le ministre . . .⁴⁹

Selon moi, il est possible d’affirmer, sans risquer vraiment de se contredire, que la décision prise en vertu de l’article 28 de l’arrêté DSS-MAS 9676 n’est «assujéti[e] à aucune exigence de forme ou de fond législative ou réglementaire». En conséquence, il est difficile pour la requérante et l’intervenant de démon-

⁴⁹ *Supra*, note 15.

Minister. The Minister need not give reasons for his decision under section 28 of DSS-MAS 9676 and he or she need not act within a formal decision-making framework. Although I take cognizance of the argument of the applicant and intervenor that DND had significant involvement in the decision-making process, this role was not an exclusive one and was reasonable given DND's critical role in addressing the intervenor's non-compliance with CFAO 19-37. I do not find on the record before me that, on a balance of probabilities, the decision to rescind the contract was made without regard to the issue of whether the intervenor derived "any direct benefit from [the] contract" or in a manner that so lacked consideration of that question as to constitute a reviewable error on the part of the Minister.

c. Was Procedural Fairness Required and Was It Accorded?

In *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*⁵⁰ Sopinka J., writing for the majority, commented on the duty of fairness, at pages 899-900 as follows:

In accordance with the principles in *Nicholson, supra*, [*Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311] however, I would supplement the statutory provisions by requiring the Commission to comply with the rules of procedural fairness. In this regard, I adopt the statement of Lord Denning, M.R., in *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.) quoted hereunder. The Race Relations Board was charged with duties similar to those of the Canadian Human Rights Commission. In determining that it was an investigatory body with the duty to act fairly, Lord Denning said, at p. 19:

In recent years we have had to consider the procedure of many bodies who are required to make an investigation and form an opinion In all these cases it has been held that the investigating body is under a duty to act fairly; but that which fairness requires depends on the nature of the investigation and the consequences which it may have on persons affected by it. The fundamental rule is that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and

trer que le ministre a commis une erreur qui justifierait l'exercice du contrôle judiciaire. Le ministre n'est pas tenu de fournir des motifs à l'appui de sa décision en vertu de l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676, ni d'agir dans le cadre d'un processus décisionnel formel. Bien que je connaisse l'argument de la requérante et de l'intervenant selon lequel le MDN a été engagé de façon significative dans le processus décisionnel, ce rôle n'était pas exclusif et était raisonnable, compte tenu du rôle critique du MDN en ce qui a trait au non-respect de l'OAFIC 19-37 par l'intervenant. Le dossier qui m'a été soumis ne m'amène pas à conclure, selon la prépondérance des probabilités, que la décision de résoudre le marché a été prise sans égard à la question de savoir si l'intervenant a tiré «directement avantage du contrat» ou en tenant si peu compte de cette question que le ministre a commis une erreur qui justifierait l'exercice du contrôle judiciaire.

c. L'équité procédurale devait-elle être respectée et l'a-t-elle été?

Dans *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*⁵⁰, le juge Sopinka a fait, au nom de la majorité, les remarques suivantes relativement au devoir d'agir équitablement aux pages 899 et 900:

Conformément aux principes posés dans l'arrêt *Nicholson*, précité, [*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311] cependant, je complèterais les dispositions législatives en exigeant que la Commission observe les règles de l'équité procédurale. À cet égard, je fais miens les propos, reproduits ci-dessous, que tient le maître des rôles lord Denning dans l'arrêt *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.). La Race Relations Board exerçait des fonctions analogues à celles de la Commission canadienne des droits de la personne. En décidant qu'il s'agissait d'un organisme d'enquête ayant l'obligation d'agir équitablement, lord Denning dit, à la p. 19:

[TRADUCTION] Ces dernières années nous avons examiné la procédure de nombreux organismes chargés de faire enquête et de se faire une opinion [. . .] Dans tous ces cas, on a jugé que l'organisme chargé d'enquêter a le devoir d'agir équitablement; mais les exigences de l'équité dépendent de la nature de l'enquête et de ses conséquences pour les personnes en cause. La règle fondamentale est que, dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice

⁵⁰ [1989] 2 S.C.R. 879.

⁵⁰ [1989] 2 R.C.S. 879.

report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it. [Underlining added by me for emphasis.]

In exercising an administrative power to rescind a contract, the respondent was required to give the applicant notice of the case to be met and a fair opportunity to answer that case.

The record shows the following process occurred. The applicant was first called to a meeting with Public Works officials to discuss a complaint to the Minister about the participation of the intervenor in preparation of the applicant's response to the RFP. Following the meeting, the respondent provided a copy of the letter of complaint to the applicant with only the identity of the complainant deleted, and further requested the applicant to supply a detailed explanation of the nature of intervenor's participation in order for the Minister to consider the complaint and what action, if any, would be appropriate in response to the complaint. The text of the complaint letter alleged the intervenor's violation of conflict of interest guidelines on the basis of the intervenor's ability to supply "insider knowledge of the client's [DND's] expectations."⁵¹ There was a further oral communication from Public Works which specifically identified section 28 of DSS-MAS 9676 as the contractual provision of concern.⁵² The applicant responded twice to the request by Public Works. The process as described establishes that the applicant knew the case to be met and had a full opportunity to present its case in a time frame that was reasonable in all the circumstances. No allegation of bias has been raised. I conclude that the duty of fairness to the applicant was met.

I find that the respondent did not owe a duty of fairness to the intervenor. The decision here under

⁵¹ *Supra*, at note 2.

⁵² *Supra*, at note 5: the letter from the applicant's solicitors states "we understand that in an oral communication with Claude Gelin, Regional Vice-President, National Capital Region, of LGS, you have stated that possible non-compliance under Contract relates to Section 28—Conflict of Interest, incorporated into the Contract pursuant to General Conditions 9676."

en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre. [Non souligné dans le texte original.]

En exerçant son pouvoir administratif de résoudre le marché, l'intimé était tenu d'informer la requérante des faits qu'on lui reprochait et de lui fournir une occasion valable d'y répondre.

D'après le dossier, voici le processus qui a été suivi. La requérante a d'abord été convoquée à une réunion avec les représentants de Travaux publics pour discuter d'une plainte adressée au ministre, concernant la participation de l'intervenant à la préparation de la réponse de la requérante à la demande de propositions. À la suite de cette réunion, l'intimé a fourni une copie de la lettre de la plainte à la requérante en biffant uniquement l'identité du plaignant, et il a demandé à la requérante de fournir une explication détaillée de la nature de la participation de l'intervenant afin que le ministre étudie la plainte et détermine quelles mesures devraient être prises, le cas échéant, pour y répondre. Le texte de la plainte contenait des allégations selon lesquelles l'intervenant avait violé les lignes directrices en matière de conflits d'intérêts, du fait qu'il était en mesure de fournir [TRADUCTION] «des renseignements d'initié concernant les attentes du client [le MDN]⁵¹.» Dans une communication orale ultérieure, Travaux publics a mentionné expressément que la stipulation qui posait un problème était l'article 28 de l'arrêté DSS-MAS 9676⁵². La requérante a répondu à deux reprises à la demande de renseignements de Travaux publics. Le processus décrit établit que la requérante connaissait les faits qui lui étaient reprochés et qu'elle a eu pleinement l'occasion de faire valoir son point de vue dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances. Aucune allégation de partialité n'a été faite. Je conclus que le devoir d'agir équitablement envers la requérante a été respecté.

Je statue que l'intimé n'avait aucun devoir d'agir équitablement envers l'intervenant. La décision qui

⁵¹ *Supra*, note 2.

⁵² *Supra*, note 5: la lettre rédigée par les procureurs de la requérante précise [TRADUCTION] «nous constatons qu'à l'occasion d'une communication orale avec Claude Gelin, vice-président régional, Région de la capitale nationale, de LGS, vous avez mentionné que le non-respect éventuel du marché touche l'article 28—Conflit d'intérêts, incorporé au marché en vertu des Conditions générales 9676.»

review relates to the conduct of the applicant and only incidentally to that of the intervenor. While it may be that the intervenor could have, or has, suffered damage to his reputation, he has alternate and more appropriate means of challenging the finding of his non-compliance with CFAO 19-37. Among appropriate remedies, the applicant may request a written decision and a reconsideration of that decision pursuant to paragraph 17 of Annex D to CFAO 19-37 and further seek judicial review of any reconsideration of the decision as did the applicant in *Peet v. Canada (Attorney General)*.⁵³ If I am wrong on the issue of a duty of fairness to the intervenor, I find that the opportunity provided indirectly for the intervenor to explain his role and the respondent's consideration of the intervenor's response meets any minimal duty owed.⁵⁴

V. CONCLUSION

For all of the above reasons, I conclude that this application for judicial review should be dismissed.

Although the applicant had requested costs in its application, it abandoned this requested relief at the hearing of this matter before me in light of Rule 1618 [as enacted *idem*] of the *Federal Court Rules*⁵⁵ which provides that no costs are payable in respect of an application for judicial review unless the Court, for special reasons, so orders.

fait l'objet de la demande de contrôle touche la conduite de la requérante et, accessoirement seulement, celle de l'intervenant. L'intervenant aurait pu subir, ou a peut-être subi, un préjudice à sa réputation, mais il existe d'autres moyens, plus appropriés, de contester la conclusion selon laquelle l'O AFC 19-37 n'a pas été respectée. Parmi les recours convenables, la requérante peut demander une décision écrite et un réexamen de cette décision en vertu du paragraphe 17 de l'annexe D de l'O AFC 19-37, puis présenter une demande de contrôle judiciaire du réexamen de cette décision, comme l'a fait la partie requérante dans l'affaire *Peet c. Canada (Procureur général)*.⁵³ Dans l'éventualité où je ferais erreur en ce qui a trait à la question du devoir d'agir équitablement envers l'intervenant, je conclus que l'occasion fournie indirectement à l'intervenant d'expliquer son rôle et l'examen par l'intimé de la réponse de l'intervenant satisfont aux exigences minimales applicables.⁵⁴

V. CONCLUSION

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que la demande de contrôle judiciaire doit être rejetée.

Bien que la requérante ait demandé les dépens de la présente demande, elle s'est désistée de cette demande de redressement au moment de l'audition tenue devant moi, compte tenu de la Règle 1618 [éditée, *idem*] des *Règles de la Cour fédérale*⁵⁵, selon laquelle il n'y a pas de frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales.

⁵³ *Supra*, at note 11. While Madam Justice Reed was dealing with the *Conflict of Interest and Post Employment Code for the Public Service*, I see no basis to distinguish her decision on the facts before me.

⁵⁴ The intervenor's letter of explanation to the applicant was forwarded to the respondent and was included in the Rule 1612 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)] documents filed by the respondent as all of the documents relied on in making its decision—see *supra*, at note 19.

⁵⁵ C.R.C., c. 663.

⁵³ *Supra*, note 11. Bien que Mme le juge Reed ait examiné le *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique*, je ne vois aucune raison d'établir une distinction entre sa décision et les faits qui me sont soumis.

⁵⁴ La lettre d'explication adressée par l'intervenant à la requérante a été transmise à l'intimé et incluse dans les documents déposés par l'intimé en vertu de la Règle 1612 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)], à titre de documents dont il s'est servi pour rendre sa décision—voir *supra*, note 19.

⁵⁵ C.R.C., ch. 663.

	T-2022-93		T-2022-93
Angelo Del Zotto (Plaintiff)		Angelo Del Zotto (demandeur)	
v.		c.	
Her Majesty the Queen in Right of Canada, John Edward Thompson and D. Reilly Watson (Defendants)	T-992-93	Sa Majesté la Reine du chef du Canada, John Edward Thompson et D. Reilly Watson (défendeurs)	T-992-93
		Herbert B. Noble (requérant)	
v.		c.	
Minister of National Revenue, John Edward Thompson and D. Reilly Watson (Respondents)		Ministre du Revenu national, John Edward Thompson et D. Reilly Watson (intimés)	
<i>INDEXED AS: DEL ZOTTO v. M.N.R. (T.D.)</i>		<i>RÉPERTOIRÉ: DEL ZOTTO c. M.R.N. (1^{re} INST.)</i>	
Trial Division, McKeown J.—Toronto, June 14; Ottawa, August 3, 1995.		Section de première instance, juge McKeown—Toronto, 14 juin; Ottawa, 3 août 1995.	
<i>Income tax — Practice — Application to lift stay of order appointing hearing officer under Income Tax Act, s. 231.4, and to vacate order restraining inquiry pending determination of action for declaration s. 231.4 unconstitutional — In British Columbia Securities Commission v. Branch, S.C.C. holding exemption from compulsion to testify where purpose of inquiry criminal investigation rather than legitimate public purpose — Plaintiff relying on Tax Operations Manual, providing inquiry may be conducted to determine what witnesses, whose evidence material to anticipated prosecution, will say in Court, for allegation purpose of inquiry to obtain evidence for criminal proceedings against him — Insufficient evidence to establish purpose of inquiry — Manual, Branch case not material change of circumstances justifying lifting stay.</i>		<i>Impôt sur le revenu — Pratique — Demande de levée de la suspension de l'ordonnance nommant un président d'enquête en vertu de l'art. 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu et d'annulation de l'ordonnance interdisant la tenue de l'enquête tant qu'un jugement définitif ne sera pas rendu dans l'action visant à obtenir un jugement déclarant l'art. 231.4 inconstitutionnel — Dans l'arrêt British Columbia Securities Commission c. Branch, la C.S.C. a statué qu'il y a lieu de soustraire l'intéressé à l'obligation de témoigner si l'objet de l'investigation est la tenue d'une enquête criminelle plutôt que la poursuite d'un objet public légitime — Le demandeur invoque le Manuel des opérations de l'impôt, qui prévoit qu'une enquête peut être menée pour découvrir ce que les témoins dont le témoignage est essentiel à la cause du Ministère dans d'éventuelles poursuites diront en cour, pour prétendre que le but de l'enquête est de recueillir des éléments de preuve en vue d'intenter des poursuites au criminel contre lui — La preuve n'est pas suffisante pour déterminer quel est l'objet de l'enquête — Le Manuel et l'arrêt Branch ne constituent pas un changement de situation important qui justifierait la levée de la suspension.</i>	
This was an application by the Crown to (1) lift a stay of an order appointing a hearing officer for an inquiry into the financial affairs of Mr. Del Zotto, and (2) vacate an order restraining the conduct of the inquiry until after the final determination of Del Zotto's action for a declaration that <i>Income Tax Act</i> , section 231.4 was unconstitutional. Subsequent to the appointment of the hearing officer, a subpoena was issued and served on Noble to compel him to testify and to produce documents at the inquiry. He applied to quash the subpoena on the grounds that section 231.4, and the attempt to compel him to testify, were unconstitutional. The same constitutional issues were raised in the plaintiff's action. No charges have been laid.		Il s'agit d'une demande présentée par la Couronne en vue d'obtenir (1) la levée de la suspension de l'ordonnance nommant un président d'enquête chargé de faire enquête sur les affaires financières de M. Del Zotto; (2) l'annulation de l'ordonnance interdisant la tenue de l'enquête tant qu'un jugement définitif ne sera pas rendu en ce qui concerne l'action intentée par M. Del Zotto en vue d'obtenir un jugement déclarant inconstitutionnel l'article 231.4 de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> . À la suite de la nomination du président d'enquête, un <i>subpoena</i> a été délivré et signifié à M. Noble pour le forcer à témoigner et à produire des documents à l'enquête. M. Noble a présenté une demande visant à obtenir l'annulation du <i>subpoena</i> au motif que l'article 231.4 et les tentatives faites pour le contraindre à témoigner étaient inconstitutionnels. Les	

Del Zotto and Noble relied on letters from counsel for the Minister to their lawyer, the Tax Operations Manual, and on the fact that the investigation was being conducted by the Special Investigations Section, a unit used to investigate persons suspected of criminal violations of the *Income Tax Act*, for their allegation that the inquiry was merely a criminal investigation designed to secure evidence to that end. The Tax Operations Manual provides that an inquiry may be conducted to determine what witnesses, whose evidence is material to an anticipated prosecution, will say in Court and to draw out facts not otherwise obtainable from witnesses friendly to the tax evader. The defendants/respondents submitted that the purpose of the inquiry had already been dealt with when the Federal Court of Appeal in the same matter found that the inquiry was purely an administrative matter.

Subsequent to the impugned orders and the Court of Appeal's decision, the Supreme Court of Canada held, in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, that, in deciding whether an exemption from the compulsion to testify should be granted, the Court has to determine whether the predominant purpose in seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the person compelled to testify, or if there is some legitimate public purpose.

The issues were: (1) what is the real purpose of the inquiry; (2) what is the test for lifting the stay in both proceedings; and (3) whether, having regard to the *Branch* decision, the stay and restraint orders were still justified.

Held, the application should be dismissed.

(1) The purpose of the inquiry remained in question. The Court was not in a position to find that the Tax Operations Manual showed that the purpose of the inquiry was a criminal investigation given the minimal evidence before it and the fact that the parties had not even started oral discoveries. In order to rule on constitutional issues a court must have a full factual record before it.

(2) The test with respect to lifting the stay was whether there had been a material change in the circumstances. (3) The Court was not satisfied that there had been a material change of circumstances in light of the Tax Operations Manual. The Supreme Court of Canada has consistently held that the *Income Tax Act* is essentially a regulatory statute, but in none of the cases referred to did the Court have the Tax Operations Manual before it. There was no evidence as to the extent to which the Manual governs inquiries. If it is the governing document, that a court has validated a statute on the basis that it is primarily a regulatory statute does not entitle the Department to bypass any regulatory aspect of it and concentrate solely on bringing

mêmes questions constitutionnelles ont été soulevées dans l'action intentée par le demandeur. Aucune accusation n'a été portée.

Pour affirmer que les investigations n'étaient qu'une enquête criminelle destinée à recueillir des éléments de preuve dans le but de les incriminer, MM. Del Zotto et Noble invoquent les lettres adressées par l'avocat du ministre à leur avocat, le Manuel des opérations de l'impôt et le fait que l'investigation a été menée par la Section des enquêtes spéciales, une section qui a pour mission de faire enquête sur les personnes soupçonnées d'infractions criminelles à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le Manuel des opérations de l'impôt prévoit qu'une enquête peut être tenue pour découvrir ce que les témoins dont le témoignage est essentiel à la cause du Ministère dans d'éventuelles poursuites diront en cour et pour découvrir des faits qu'on ne peut autrement obtenir des témoins sympathiques au fraudeur fiscal. Les défendeurs/intimés soutiennent que la question de l'objet de l'enquête a déjà été examinée lorsque, dans la même affaire, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'enquête avait un caractère purement administratif.

Après le prononcé des ordonnances contestées et de l'arrêt de la Cour d'appel, la Cour suprême du Canada a statué, dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, que, pour décider s'il y a lieu de soustraire l'intéressé à l'obligation de témoigner, le tribunal doit déterminer si l'objet principal qui est visé en essayant de recueillir des témoignages est d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre la personne qui est forcée de témoigner, ou plutôt s'il s'agit d'un objet public légitime.

Les questions en litige sont les suivantes: (1) Quel était le véritable objet de l'enquête? (2) Quel est le critère applicable à la levée de la suspension dans les deux instances? (3) L'ordonnance de suspension et l'ordonnance de ne pas faire sont-elles toujours justifiées, compte tenu de l'arrêt *Branch*?

Jugement: la demande doit être rejetée.

(1) La question de l'objet de l'enquête se pose toujours. La Cour n'est pas dans une position qui lui permette de conclure que le Manuel des opérations de l'impôt démontre que l'objet de l'enquête est la tenue d'une enquête criminelle, compte tenu du peu d'éléments de preuve qui lui a été soumis et du fait que les parties n'ont même pas commencé leurs interrogatoires préalables. Pour pouvoir trancher des questions constitutionnelles, le tribunal doit avoir en main un dossier factuel complet.

(2) Le critère applicable en ce qui concerne la levée d'une suspension est celui de savoir s'il s'est produit un changement de situation important. (3) La Cour n'est pas convaincue qu'il s'est produit un changement de situation important compte tenu du Manuel des opérations de l'impôt. La Cour suprême du Canada a constamment déclaré que la *Loi de l'impôt sur le revenu* est essentiellement une mesure de réglementation, mais dans les affaires citées, la Cour suprême du Canada n'avait pas en main le Manuel des opérations de l'impôt. Rien ne permet de savoir dans quelle mesure le Manuel régit les enquêtes. Si c'est le document qui les régit, le fait qu'un tribunal a déclaré qu'une loi était valide au motif qu'il s'agit essentiellement

penal actions without the need to have any economic input. The Court was unable to determine because of the existence of the Tax Operations Manual whether there was any other intention than to pursue the tax evader.

Income Tax Act, section 231.4 would be in compliance with the Charter if there was no question as to the effect of the Tax Operations Manual in implementing it. In trying the plaintiff's action, the Court will have before it a full record upon which to make this decision. The decision in *Branch* did not constitute a sufficient material change of circumstances to justify lifting the stay.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8.

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), s. 79 (as am. *idem*, s. 45).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 50(3).

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

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 128, 231.3, 231.4.

Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, s. 128(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Union Carbide Corporation et al. v. W.R. Grace & Co. et al. (1983), 77 C.P.R. (2d) 274 (F.C.T.D.); *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; [1989] 6 W.W.R. 351; (1989), 61 Man. R. (2d) 270; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

DISTINGUISHED:

Del Zotto (A.) v. Canada, [1993] 2 C.T.C. 342 (F.C.T.D.); (1993), 93 DTC 5455 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused [1994] 1 S.C.R. vi; *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12.

CONSIDERED:

Canadian Tire Corp. Ltd. v. Pit Row Services Ltd. (1987), 19 C.P.R. (3d) 230; 13 F.T.R. 145 (F.C.T.D.); *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 76 C.R. (3d) 283; 106 N.R. 385; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; (1995), 121 D.L.R. (4th) 589; 177 N.R. 81; 78 O.A.C. 161; *Samson v. Canada*, [1995] 3 F.C. 306 (C.A.).

d'une mesure de réglementation ne donne pas au Ministère le droit de ne tenir aucun compte d'un de ses aspects réglementaires et de se concentrer uniquement sur l'introduction d'actions pénales sans avoir à poursuivre un objectif économique. La Cour se dit incapable de déterminer, en raison de l'existence du Manuel des opérations de l'impôt, si l'on avait un autre objectif que celui de poursuivre le fraudeur fiscal.

L'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* serait conforme à la Charte si les incidences du Manuel des opérations de l'impôt sur l'application de l'article 231.4 ne soulevaient pas de questions. Lorsqu'elle instruit l'action du demandeur, la Cour aura en main un dossier complet qui lui permettra de rendre cette décision. L'arrêt *Branch* ne constitue pas un changement de situation suffisamment important pour justifier la levée de la suspension.

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, 8.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 128, 231.3, 231.4.

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), art. 79 (mod., *idem*, art. 45).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 50(3).

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

Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83, art. 128(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Union Carbide Corporation et autre c. W.R. Grace & Co. et autre (1983), 77 C.P.R. (2d) 274 (C.F. 1^{re} inst.); *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; [1989] 6 W.W.R. 351; (1989), 61 Man. R. (2d) 270; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Del Zotto (A.) c. Canada, [1993] 2 C.T.C. 342 (C.F. 1^{re} inst.); (1993), 93 DTC 5455 (C.A.F.), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée à [1994] 1 R.C.S. vi; *Guay v. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canadian Tire Corp. Ltd. c. Pit Row Services Ltd. (1987), 19 C.P.R. (3d) 230; 13 F.T.R. 145 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; (1990), 76 C.R. (3d) 283; 106 N.R. 385; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; (1995), 121 D.L.R. (4th) 589; 177 N.R. 81; 78 O.A.C. 161; *Samson c. Canada*, [1995] 3 C.F. 306 (C.A.).

REFERRED TO:

Del Zotto v. Minister of National Revenue et al. (1995), 90 F.T.R. 200 (F.C.T.D.); *Noble v. Minister of National Revenue et al.* (1995), 90 F.T.R. 203 (F.C.T.D.).

APPLICATION to lift a stay of an order appointing a hearing officer for an inquiry into the financial affairs of Mr. Del Zotto, and to vacate an order restraining the conduct of the inquiry pending the final determination of an action for a declaration that *Income Tax Act*, section 231.4 was unconstitutional ((1993), 71 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)). Application dismissed.

COUNSEL:

Edward Greenspan, Q.C. and *David Stratas* for applicant Angelo Del Zotto.

Alan D. Gold and *David W. Stratas* for applicant Herbert B. Noble.

Ivan S. Bloom, Q.C., *John Vaissi-Nagy* and *Gordon S. Campbell* for respondents Minister of National Revenue and John E. Thompson.

Graham Pinos, Q.C. for defendant D. Reilly Watson.

SOLICITORS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto, and *Greenspan, Rosenberg & Buhr*, Toronto, for applicant Angelo Del Zotto.

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto, and *Gold & Fuerst* for applicant Herbert B. Noble.

Deputy Attorney General of Canada, for respondents Minister of National Revenue and John E. Thompson.

Graham Pinos, Q.C., Toronto, for defendant D. Reilly Watson.

The following are the reasons for order rendered in English by

McKEOWN J.: The defendants/respondents, Her Majesty the Queen in right of Canada, the Minister of National Revenue and John Edward Thompson, seek orders lifting a stay that was granted by me on November 26, 1993 [(1993), 71 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)], and vacating the orders of restraint. The issue in this case is whether the stays and orders of restraint are still

DÉCISIONS CITÉES:

Del Zotto c. Ministre du Revenu national et autres (1995), 90 F.T.R. 200 (C.F. 1^{re} inst.); *Noble c. Ministre du Revenu national et autres* (1995), 90 F.T.R. 203 (C.F. 1^{re} inst.).

DEMANDE de levée de la suspension d'une ordonnance nommant un président d'enquête chargé de faire enquête sur les affaires financières de M. Del Zotto et d'annulation de l'ordonnance interdisant la tenue de l'enquête tant qu'un jugement définitif ne sera pas rendu en ce qui concerne l'action intentée par M. Del Zotto en vue d'obtenir un jugement déclarant inconstitutionnel l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ((1993), 71 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.)). La demande est rejetée.

AVOCATS:

Edward Greenspan, c.r. et *David Stratas* pour le requérant, Angelo Del Zotto.

Alan D. Gold et *David W. Stratas* pour le requérant Herbert B. Noble.

Ivan S. Bloom, c.r., *John Vaissi-Nagy* et *Gordon S. Campbell* pour les intimés, le ministre du Revenu national et John E. Thompson.

Graham Pinos, c.r. pour le défendeur D. Reilly Watson.

PROCUREURS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto et *Greenspan, Rosenberg & Buhr*, Toronto, pour le requérant Angelo Del Zotto.

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto et *Gold & Fuerst* pour le requérant Herbert B. Noble.

Le sous-procureur général du Canada, pour les intimés, le ministre du Revenu national et John E. Thompson.

Graham Pinos, c.r., Toronto, pour le défendeur D. Reilly Watson.

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

LE JUGE McKEOWN: Les défendeurs/intimés, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre du Revenu national et John Edward Thompson, sollicitent des ordonnances levant la suspension que j'ai accordée le 26 novembre 1993 [(1993), 71 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.)] et annulant les ordonnances de ne pas faire. La question en litige dans la présente affaire est

justified in law having regard to the judgment rendered on April 13, 1995, by the Supreme Court of Canada in *British Columbia Securities Commission v. Branch* [[1995] 2 S.C.R. 3]. In order to decide the issue I must determine what the test is with respect to lifting the stay in both proceedings. There is no issue as to my jurisdiction to lift the stay; subsection 50(3) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended, provides jurisdiction for the lifting of a stay in the discretion of the Court. This can therefore be done in both the Del Zotto and Noble proceedings. In the case of Noble, there is an alternative jurisdictional basis under section 18.2 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* which provides some powers to the Court to vacate the orders of restraint.

FACTS

The three defendants/respondents who brought this motion state that the facts are not in issue, however, this is vigorously contested by both Mr. Del Zotto and Mr. Noble. I will set out the facts as described by the three defendants/respondents.

By an authorization dated October 9, 1992, Pierre Gravelle, the Deputy Minister of National Revenue for Taxation, authorized "John Edward Thompson, Q.C., with the assistance of such counsel as he may choose, to make an inquiry into the financial affairs of . . . Angelo Del Zotto for the taxation years 1979 to 1985 inclusive."

By a letter dated November 25, 1992, supported by the aforesaid authorization, the said Deputy Minister of National Revenue for Taxation, Pierre Gravelle, applied pursuant to subsection 231.4(2) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 [now R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] (the Act), for an order appointing a hearing officer for the inquiry.

By an order signed December 2, 1992, His Honour, Chief Judge Couture of the Tax Court of Canada,

celle de savoir si les suspensions et les ordonnances de ne pas faire sont toujours justifiées en droit, compte tenu de l'arrêt que la Cour suprême du Canada a rendu le 13 avril 1995 dans l'affaire *British Columbia Securities Commission c. Branch* [[1995] 2 R.C.S. 3]. Pour trancher cette question, il me faut déterminer quel est le critère applicable en ce qui concerne la levée de la suspension dans les deux instances. Ma compétence pour lever la suspension n'est pas en cause: le paragraphe 50(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, modifiée, confère en effet à la Cour le pouvoir de lever la suspension à son appréciation. Il est donc possible de lever la suspension tant dans l'affaire Del Zotto que dans l'affaire Noble. En ce qui concerne l'affaire Noble, on trouve un autre fondement juridictionnel à l'article 18.2 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui confère certains pouvoirs à la Cour en matière d'annulation d'ordonnances de ne pas faire.

LES FAITS

Les trois défendeurs/intimés qui ont introduit la présente requête affirment que les faits ne sont pas contestés. Cette affirmation est toutefois vigoureusement contestée tant par Del Zotto que par Noble. J'exposerai les faits tels que les trois défendeurs/intimés les ont relatés.

En vertu d'une autorisation datée du 9 octobre 1992, le sous-ministre du Revenu national pour l'impôt, Pierre Gravelle, a autorisé [TRADUCTION] «M^e John Edward Thompson, c.r., avec l'aide de l'avocat de son choix, à ouvrir une enquête sur les affaires financières de . . . Angelo Del Zotto pour les années d'imposition 1979 à 1985 inclusivement».

Par lettre datée du 25 novembre 1992, le sous-ministre du Revenu national pour l'impôt, Pierre Gravelle, a, fort de l'autorisation susmentionnée, présenté une demande fondée sur le paragraphe 231.4(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 [maintenant L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1] (la Loi), en vue d'obtenir une ordonnance nommant un président d'enquête.

Aux termes d'une ordonnance signée le 2 décembre 1992, le juge en chef Couture de la Cour

appointed Mr. D. Reilly Watson as the hearing officer.

For the purpose of compelling testimony and the production of documents by Herbert B. Noble at the inquiry, a subpoena dated April 21, 1993, was issued by the hearing officer. The said subpoena was served on Herbert B. Noble on April 26, 1993.

No subpoena has been issued by the hearing officer for the purpose of compelling testimony from, or the production of documents by, Angelo Del Zotto.

The investigation, which has given rise to the inquiry, has not produced sufficient grounds to obtain a search warrant. No charges have been laid as a result of the said investigation.

On May 5, 1993, an originating notice of motion was filed on behalf of Herbert B. Noble seeking "an order . . . quashing . . . the aforesaid subpoena" served on him on the grounds that:

Section 231.4 of the *Income Tax Act* . . . , which is the statutory basis for the issuance of the said subpoena, is contrary to sections 7 and 8 of the *Charter* . . . and, therefore, of no force or effect, in that it authorizes unreasonable searches and seizures and purports to authorize the state to compel citizens to furnish potentially incriminating evidence against themselves;

In any event, even if section 231.4 of the *Income Tax Act* is not *per se* and in its entirety constitutionally invalid, its operation in the particular circumstances relating to the state's attempt to compel . . . [Herbert B. Noble] to testify at the . . . inquiry is constitutionally invalid.

The action brought by Angelo Del Zotto raises the same constitutional issues as the general constitutional challenge to section 231.4 of the *Income Tax Act* made in the aforesaid originating notice of motion.

On November 26, 1993, I made orders in the Noble and Del Zotto proceedings in the following terms:

1. The operation of the order dated December 2, 1992 of the Tax Court of Canada made pursuant to s. 231.4(2) of the *Income Tax Act*, which purported to appoint D. Reilly Watson as a hearing officer for an inquiry . . . into the . . . affairs [of

canadienne de l'impôt a nommé D. Reilly Watson président d'enquête.

Dans le but de forcer Herbert B. Noble à témoigner et à produire des documents dans le cadre de l'enquête, le président d'enquête a délivré un *subpoena* daté du 21 avril 1993. Le *subpoena* en question a été signifié à Herbert B. Noble le 26 avril 1993.

Le président d'enquête n'a pas délivré de *subpoena* visant à contraindre Angelo Del Zotto à témoigner ou à produire des documents à l'enquête.

L'investigation qui a donné lieu à l'enquête n'a pas permis d'obtenir des motifs suffisants pour obtenir un mandat de perquisition. Aucune accusation n'a été portée par suite de l'investigation en question.

Le 5 mai 1993, un avis de requête introductive d'instance a été déposé au nom de Herbert B. Noble, qui sollicitait, [TRADUCTION] «une ordonnance . . . annulant . . . le *subpoena* susmentionné» qui lui avait été signifié, au motif que:

[TRADUCTION] L'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* . . . , qui est la disposition législative invoquée à l'appui de la délivrance de l'assignation en question, est contraire aux articles 7 et 8 de la *Charte* . . . et, en conséquence, il n'a aucun effet et aucune valeur, étant donné qu'il autorise des fouilles, des perquisitions et des saisies abusives et qu'il prétend autoriser l'État à forcer des citoyens à produire des éléments de preuve qui risquent de les incriminer;

En tout état de cause, même si l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas en soi et en son entier inconstitutionnel, son effet est inconstitutionnel, compte tenu des circonstances particulières relatives aux tentatives faites par l'État pour contraindre . . . [Herbert B. Noble] à témoigner à . . . l'enquête.

L'action intentée par Angelo Del Zotto soulève les mêmes questions constitutionnelles que celle que soulève la contestation globale de la constitutionnalité de l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui est faite dans l'avis de requête introductive d'instance susmentionné.

Le 26 novembre 1993, j'ai prononcé l'ordonnance suivante dans les affaires Noble et Del Zotto:

[TRADUCTION] 1. La Cour . . . suspend jusqu'à l'expiration du délai de 30 jours suivant le jugement définitif qui sera rendu [dans les affaires Noble et Del Zotto] l'exécution de l'ordonnance datée du

Angelo Del Zotto] is stayed until 30 days after the final determination of . . . [the Noble and Del Zotto proceedings].

2. D. Reilly Watson is restrained from acting as hearing officer at the Inquiry and John Edward Thompson is restrained from conducting the Inquiry until 30 days after the final determination of . . . [the Noble and Del Zotto proceedings].

On April 13, 1995, the Supreme Court of Canada rendered judgment in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, supra.

Messrs. Noble and Del Zotto state that the facts are very much in dispute since the real question to be decided here is what the purpose is of the inquiry into the financial affairs of Angelo Del Zotto. I will set out the document which appointed Mr. Watson to conduct the inquiry in full:

ORDER

WHEREAS Pierre Gravelle, an official holding the office of Deputy Minister of Revenue Canada, Taxation, has authorized an inquiry into the affairs of Angelo Del Zotto, Province of Ontario, pursuant to subsection 231.4(1) of the *Income Tax Act*.

AND WHEREAS the said Pierre Gravelle has applied to this Court, pursuant to subsection 231.4(2) of the said Act, for the appointment of a hearing officer before whom the inquiry will be held;

NOW THEREFORE THIS COURT DOTH ORDER, pursuant to subsection 231.4(2) of the *Income Tax Act*, that Mr. D. Reilly Watson, be and he is hereby appointed a hearing officer before whom the said inquiry will be held;

This appointment is valid until such time as this inquiry has been completed.

Signed at Ottawa, Canada

this 2nd day of December 1992.

Although subsection 231.4(1) uses the words "administration or enforcement", counsel for Messrs. Noble and Del Zotto states that there can be no doubt as to the purpose of the inquiry being criminal when one reads certain letters from Mr. Bloom, counsel for the Minister, to counsel for Messrs. Del Zotto and Noble, and that any doubt is removed by the Tax Operations Manual. Mr. Bloom, in a letter where he describes himself as senior counsel, Criminal Prose-

2 décembre 1992 par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a prétendu, en vertu du paragraphe 231.4(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, nommer D. Reilly Watson président d'enquête relativement à la tenue d'une enquête sur les affaires financières [de Angelo Del Zotto];

2. Interdit à D. Reilly Watson d'agir à titre de président d'enquête et Interdit à John Edward Thompson de mener l'enquête avant l'expiration du délai de 30 jours suivant le jugement définitif qui sera rendu [dans les affaires Noble et Del Zotto].

Le 13 avril 1995, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précitée.

Noble et Del Zotto affirment que les faits sont vivement contestés, étant donné que la véritable question à trancher en l'espèce est celle de savoir quel est l'objet de l'enquête menée au sujet des affaires financières d'Angelo Del Zotto. Je reproduis intégralement le document par lequel Watson a été nommé pour mener l'enquête:

[TRADUCTION] ORDONNANCE

ATTENDU QUE Pierre Gravelle, un fonctionnaire occupant le poste de sous-ministre de Revenu Canada — Impôt, a autorisé en vertu du paragraphe 231.4(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* la tenue d'une enquête sur les affaires d'Angelo Del Zotto, domicilié dans la province d'Ontario;

ET ATTENDU QUE Pierre Gravelle a demandé en vertu du paragraphe 231.4(2) à notre Cour de nommer une personne chargée de présider l'enquête;

LA COUR NOMME, en vertu du paragraphe 231.4(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, D. Reilly Watson président d'enquête;

La présente nomination demeure valide jusqu'à la fin de l'enquête.

Signé à Ottawa, Canada,

le 2 décembre 1992.

Bien qu'au paragraphe 231.4(1), on emploie les mots «application et l'exécution», l'avocat de Noble et Del Zotto affirme qu'il n'y a aucun doute que l'objet de l'enquête est pénal ainsi qu'il ressort de certaines des lettres adressées par M^e Bloom, l'avocat du ministre, à l'avocat de Noble et Del Zotto. Il ajoute que tout doute que l'on pourrait avoir à ce sujet est dissipé lorsqu'on lit le Manuel des opérations de l'impôt. Dans une lettre datée du 8 décembre 1993

cutions Section, Toronto Regional Office, Department of Justice Canada, dated December 8, 1993 to Mr. Stratas of Messrs. Osler, Hoskin & Harcourt, states that in connection with the issue of costs “in all circumstances the parties ought to bear their own costs. Though circumstances include the principles governing the award of costs in criminal matters.” This was in connection with the discussion of costs regarding the stay that I had granted. Mr. Bloom wrote to me on February 17, 1994 discussing the awaiting of the decision by the prothonotary [*Del Zotto v. Minister of National Revenue et al.* (1995), 90 F.T.R. 200 (F.C.T.D.); *Noble v. Minister of National Revenue et al.* (1995), 90 F.T.R. 203 (F.C.T.D.)] in relation to the consolidation of the Del Zotto and Noble matters and expedition of the same. He then concluded by stating:

In that eventuality, it is my submission that representations to Your Lordship must be in open court. The proceedings relate to a criminal investigation; the rights of the parties would be seriously affected by decisions as to the pleading and discovery process. For those reasons it is my submission, previously made known to Mr. Stratas, that if such issues must [be] addressed, the appropriate forum is open court.

Mr. Bloom, in his submissions, stated that he used the word “criminal” in the sense of a regulatory penal provision as opposed to civil but there is nothing in the evidence before me to confirm this, save the recent case law.

There is other evidence regarding the true nature of the inquiry. In June 1986, the investigation into Mr. Del Zotto’s affairs had been placed in the hands of individuals working in Revenue Canada, Special Investigations Section. This section is used to investigate persons suspected of criminal violations of the *Income Tax Act*. By June 1987, officials of the Special Investigations Section confirmed that the plaintiff, Mr. Del Zotto, was the subject of a criminal investigation by their section. The statement of claim alleges that criminal proceedings against the plaintiff, as a result of which the plaintiff may be imprisoned, have been and are contemplated by the inquiries which are merely a criminal investigation designed to secure evidence for this purpose. The defendants

qu’il adresse à M^e Stratas du cabinet Osler, Hoskin & Harcourt, et dans laquelle il se désigne comme avocat principal à la Section des poursuites criminelles du Bureau régional de Toronto du ministère de la Justice du Canada, M^e Bloom déclare, en ce qui concerne la question des dépens, que [TRADUCTION] «dans tous les cas, les parties devraient supporter leurs propres dépens, bien qu’il faille tenir compte des principes régissant l’adjudication des dépens en matière criminelle». Cette déclaration faisait suite à un débat concernant les dépens afférents à la suspension que j’avais accordée. M^e Bloom m’a écrit le 17 février 1994 pour dire qu’il attendait la décision du protonotaire [*Del Zotto c. Ministre du Revenu national et autres* (1995), 90 F.T.R. 200 (C.F. 1^{re} inst.); *Noble c. Ministre du Revenu national et autres* (1995), 90 F.T.R. 203 (C.F. 1^{re} inst.)] relativement à la jonction des affaires Del Zotto et Noble et à leur instruction commune. Il a conclu en déclarant:

[TRADUCTION] Dans ce cas, j’estime que les observations qui vous seront faites devraient être formulées dans le cadre d’une audience publique. Les instances en question concernent une enquête criminelle; toute décision concernant la plaidoirie et l’enquête préalable porterait gravement atteinte aux droits des parties. Pour ces motifs, je suis d’avis, ainsi que j’en ai déjà fait part à M^e Stratas, que si ces questions doivent être abordées, elles doivent l’être dans le cadre d’une audience publique.

Dans ses observations, M^e Bloom précise qu’il emploie le mot «criminel» au sens de disposition répressive pénale par opposition à une disposition civile, mais il n’y a rien dans les éléments de preuve qui ont été portés à ma connaissance qui confirme cette affirmation, sauf la jurisprudence récente.

Il y a d’autres éléments de preuve au sujet de la véritable nature de l’enquête. En juin 1986, l’investigation faite au sujet de la situation de Del Zotto avait été confiée à des personnes qui travaillaient à la Section des enquêtes spéciales de Revenu Canada. Cette section a pour mission de faire enquête sur les personnes soupçonnées d’infractions criminelles à la *Loi de l’impôt sur le revenu*. En juin 1987, des fonctionnaires de la Section des enquêtes spéciales ont confirmé que le demandeur, Del Zotto, faisait l’objet d’une enquête criminelle de la part de leur section. Dans sa déclaration, le demandeur affirme que les enquêteurs ont envisagé—et envisagent toujours—d’intenter contre lui des poursuites au criminel par suite desquelles il risque d’être incarcéré. Le deman-

have not specifically denied this fact in the Del Zotto action. The inquiries' proceedings were being videotaped in order to record the evidence for the purpose of admitting it into the later proceedings, according to an affidavit of Mr. Meredith which was filed in support of a stay motion before me.

I then come to the Tax Operations Manual which was submitted to Mr. Greenspan by letter dated April 21, 1995, as a copy of documentary productions of Her Majesty the Queen in the Del Zotto action. The relevant parts of the document read as follows:

11(12)0 INQUIRIES UNDER

SECTION 231.4 OF

THE INCOME TAX ACT

11(12)1.1 When Use is Justified

(1) An Inquiry may be conducted as a means of strengthening our case in either of two areas of the investigation.

(2) Firstly, witnesses whose evidence is material to our case in an anticipated prosecution are examined under oath to determine what they will say in Court . . .

(3) Secondly, the following types of witness may be questioned under oath to draw out facts not otherwise obtainable:

. . . .

(B) Witnesses—perhaps friendly to the tax evader—who will not reveal what they know in an interview but who infer or admit that, if they were put under oath, they would tell the truth. [Emphasis mine.]

. . . .

11(12)1.2 Timing

(1) An Inquiry is not normally implemented until the more conventional methods of investigation have been exhausted.

(2) In a broad sense, before a witness is questioned in an Inquiry, the Investigator should know the facts and be able to determine whether he is telling the truth.

. . . .

11(12)1.(10) Termination

. . . .

deur ajoute que les investigations en question ne sont qu'une enquête criminelle visant à recueillir des éléments de preuve en vue de le poursuivre au criminel. Les défendeurs n'ont pas expressément nié ce fait dans l'action Del Zotto. Le déroulement de l'investigation a été enregistré sur magnétoscope dans le but de consigner la preuve afin de l'utiliser dans des poursuites ultérieures, selon l'affidavit de M. Meredith qui a été déposé à l'appui de la requête en suspension qui m'a été présentée.

J'en viens maintenant au Manuel des opérations de l'impôt qui a été soumis à M^e Greenspan dans une lettre datée du 21 avril 1995 en tant que copie des pièces versées au dossier Del Zotto par Sa Majesté la Reine. Voici les extraits pertinents du document en question:

11(12)0 ENQUÊTES EN VERTU

DE L'ARTICLE 231.4 DE LA LOI

DE L'IMPÔT SUR LE REVENU

11(12)1.1 Quand l'emploi en est justifié

(1) Une enquête peut être menée comme moyen de renforcer notre cause dans l'un ou l'autre des deux domaines de l'enquête.

(2) En premier lieu, les témoins dont le témoignage est essentiel à notre cause dans des poursuites prévues sont interrogés sous serment afin de découvrir ce qu'ils diront en cour . . .

(3) En deuxième lieu, les genres suivants de témoins peuvent être interrogés sous serment afin de découvrir des faits qu'il est impossible d'obtenir autrement:

. . . .

(B) Les témoins—qui ont peut-être des rapports amicaux avec le fraudeur de l'impôt—qui ne révéleront pas ce qu'ils savent au cours d'une entrevue, mais qui laissent voir ou admettent qu'ils diraient la vérité s'ils étaient assermentés. [C'est moi qui souligne.]

. . . .

11(12)1.2 Moment opportun

(1) Une enquête n'est pas ouverte habituellement avant que les méthodes classiques d'enquête n'aient été épuisées.

(2) De façon générale, avant qu'un témoin ne soit interrogé lors d'une enquête, l'enquêteur doit connaître les faits et être capable de déterminer si le témoin dit la vérité.

. . . .

11(12)1.(10) Conclusion

. . . .

(2) An Inquiry is never irrevocably closed; in practice, its proceedings are simply adjourned sine die.

Counsel for the three defendants/respondents takes the position that this matter of the purpose of the inquiry has already been dealt with. In the Federal Court of Appeal in *Del Zotto (A.) v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 342, at pages 343-344, the Court found that it was a purely administrative matter. The Court quotes Justice Abbott, speaking for the majority, in *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12, where he stated at pages 16-17:

The power given to the Minister under s. 126(4) to authorize an enquiry to be made on his behalf, is only one of a number of similar powers of enquiry granted to the Minister under the Act. These powers are granted to enable the Minister to obtain the facts which he considers necessary to enable him to discharge the duty imposed on him of assessing and collecting the taxes payable under the Act. The taxpayer's right is not affected until an assessment is made. Then all the appeal provisions mentioned in the Act are open to him.

The Court continues on to say at page 344:

The changes effected by the 1972 legislation are those which are now reflected in subsections (2), (4), (5) and (6) of section 231.4. They provide for the appointment of a hearing officer who is different from the person authorized to conduct the inquiry, they limit that officer's powers to punish for contempt and they create a right for witnesses and the person whose affairs are investigated to be represented by counsel, a right which had been denied by *Guay v. Lafleur*, *supra*. They do not otherwise change the nature of the inquiry which remains, as it was described by the Supreme Court, "a purely administrative matter which can neither decide nor adjudicate upon anything".

This decision was based on *Guay v. Lafleur*, *supra*, which was decided prior 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]]. Furthermore, the case was argued on the basis of no Charter challenge. The Court did say in *Del Zotto*, *supra*, that section 231.4 "cries out" for a Charter challenge. Therefore, there was no discussion about whether this was a criminal or civil inquiry. The Supreme Court of Canada affirmed the Federal Court of Appeal by denying leave but only after granting a stay in the matter until such time as the leave was dismissed [[1994] 1 S.C.R. vi]. The

(2) Dans le cas d'une enquête, il n'y a pas de clôture irrévocable; en pratique, ses travaux sont simplement ajournés indéfiniment.

L'avocat des trois défendeurs/intimés adopte le point de vue selon lequel cette question de l'objet de l'enquête a déjà été examinée. En effet, dans l'arrêt *Del Zotto (A.) c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 342, aux pages 343 et 344, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'enquête en question était une procédure purement administrative. La Cour a cité les propos que le juge Abbott avait exprimés au nom de la majorité dans l'arrêt *Guay v. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12, aux pages 16 et 17:

[TRADUCTION] Le pouvoir, conféré au Ministre par le par. 126(4), de permettre une enquête en son nom n'est qu'un des nombreux pouvoirs d'enquête accordés au Ministre par la Loi. Ces pouvoirs lui sont accordés pour lui permettre de recueillir des données susceptibles et l'aider à remplir le devoir qui lui est imposé d'établir et de percevoir les impôts payables en vertu de la Loi. Le droit du contribuable n'est en cause que lorsqu'une cotisation est établie. Alors, il peut se prévaloir de tous les recours mentionnés dans la Loi.

La Cour poursuit en disant, à la page 344:

Les modifications apportées par la loi de 1972 sont celles qui sont présentement reflétées aux paragraphes (2), (4), (5) et (6) de l'article 231.4. Elles prévoient notamment la nomination d'un président d'enquête qui est distinct de la personne autorisée à mener l'enquête, la limitation des pouvoirs de ce fonctionnaire d'infliger une peine pour outrage au tribunal, et elles accordent le droit aux témoins et aux personnes dont les affaires font l'objet d'une enquête d'être représentés par un avocat, droit qui avait été refusé dans l'arrêt *Guay v. Lafleur*, précité. Ces dispositions ne changent pas par ailleurs la nature de l'enquête qui reste, comme l'a dit la Cour suprême, «de nature purement administrative et . . . ne peut trancher ni décider quoi que ce soit».

L'arrêt *Del Zotto* était fondé sur l'arrêt *Guay v. Lafleur*, précité, qui avait été rendu avant 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]]. Qui plus est, la cause avait été plaidée sans que l'on fasse une contestation fondée sur la Charte et ce, malgré le fait que le tribunal a effectivement souligné que l'article 231.4 «réclamait» une contestation fondée sur la Charte. Il n'y a donc pas eu de débat sur la question de savoir si l'enquête en question était une enquête pénale ou une enquête civile. La Cour suprême du Canada a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel fédérale

Federal Court of Appeal did not have the Tax Operations Manual before them when they stated at page 344:

Finally, since there is no question of the appointment affecting the rights or obligations of the applicant, the question of the administrative duty of fairness does not arise.

I note that the document in the Tax Operations Manual was created in 1987. We have no evidence at the present time as to whether it was created prior to the time of the decision in *Guay v. Lafleur*, *supra*, or the extent to which it governs inquiries. The evidence at trial may show that there are administrative purposes to the statute which the Department is pursuing.

LAW

There are a number of different tests suggested for changing the stay order, however, in my view I can accept for the purposes of this case, the lower test as submitted by the three defendants/respondents. The defendants/respondents submit that the Court should exercise its jurisdiction to lift the stay or vacate an order of stay when there has been a material change in circumstances (see *Union Carbide Corporation et al. v. W.R. Grace & Co. et al.* (1983), 77 C.P.R. (2d) 274 (F.C.T.D.), at page 276). In the *Union Carbide* case, *supra*, the Court refused to quash the earlier stay, because the fact which was the central basis to the granting of the stay was still present. In that case, it was argued that the courts should be very reluctant to interfere with criminal investigations by granting relief in the nature of injunction to individuals who are subject to such investigations. I accepted that argument in the original stay application when I commenced my judgment, by stating at page 2:

The courts have been particularly reluctant to interfere with criminal investigations by granting relief in the nature of injunction to individuals who are subject to such investigation.

en refusant la permission de former un pourvoi, mais uniquement après avoir accordé une suspension d'instance jusqu'à la date du refus d'autoriser le pourvoi [[1994] 1 R.C.S. vi]. La Cour d'appel fédérale n'avait pas le Manuel des opérations de l'impôt à sa disposition lorsqu'elle a déclaré, à la page 344:

Enfin, puisqu'il n'est pas question que la nomination restreigne les droits ou les obligations du requérant, la question de l'obligation administrative d'équité ne se pose pas.

Je constate que le document qui se trouve dans le Manuel des opérations de l'impôt a été créé en 1987. Rien ne nous permet de savoir pour le moment s'il a été créé avant que l'arrêt *Guay v. Lafleur*, précité, ne soit prononcé ou dans quelle mesure il régit les enquêtes. Il est possible que la preuve qui sera présentée au procès démontre que la Loi renferme des objectifs administratifs que le ministère cherche à atteindre.

RÈGLES DE DROIT APPLICABLES

Il y a plusieurs critères différents suggérés pour modifier l'ordonnance de suspension de l'instance. J'estime toutefois que je puis retenir, pour les besoins de la présente affaire, le critère le moins exigeant proposé par les trois défendeurs/intimés. Les défendeurs/intimés soutiennent en effet que la Cour devrait exercer sa compétence de manière à lever la suspension ou à annuler l'ordonnance de suspension lorsqu'il se produit un changement de situation important (voir le jugement *Union Carbide Corporation et autre c. W.R. Grace & Co. et autre* (1983), 77 C.P.R. (2d) 274 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 276). Dans le jugement *Union Carbide*, précité, la Cour a refusé d'annuler la suspension qui avait déjà été accordée au motif que le fait qui était à l'origine de l'octroi de la suspension existait toujours. Dans cette affaire, on plaidait que les tribunaux devraient beaucoup hésiter à intervenir dans les enquêtes criminelles pour accorder une réparation de la nature d'une injonction aux personnes qui faisaient l'objet de telles enquêtes. J'ai retenu cet argument, qui avait été invoqué dans le cadre de la demande initiale de suspension, lorsque j'ai commencé mon jugement en déclarant, à la page 2:

Les tribunaux ont été particulièrement peu disposés à intervenir dans une enquête criminelle en accordant une injonction à une personne visée par une telle enquête.

The purpose of the inquiry remains in question in this case. Messrs. Del Zotto and Noble have always taken the position that this is a criminal inquiry and it can be seen from some of the letters from the Crown prosecutor that the Crown agreed with this. I fail to see why I should lift the stays and vacate the orders of restraint when there is no agreement on the facts of the matter. I am not in a position to find that the Tax Operations Manual is the "smoking gun" that shows there was no other purpose to the inquiry than a criminal investigation, as alleged by the applicant/plaintiff. There is, however, enough doubt at this stage of the proceedings as to whether the inquiry is for criminal purposes or for administrative and enforcement purposes, which were found to be valid by the Supreme Court of Canada and the Federal Court of Appeal. In my view, there may be exceptional cases where a government department uses an otherwise valid legislation for purposes other than those approved by the courts. I am unable to determine on the record before me if this is one of these rare cases. This said, I am unable to find that there has been a material change of circumstances. Furthermore, Hugessen J.A. in *Samson v. Canada*, [1995] 3 F.C. 306 stated that it was very important to analyze the object of the inquiry because this is required by the *Branch* case, *supra*. He stated at page 329:

Finally, the analysis of the purpose of the inquiry and its legislative and regulatory background required by *Branch, supra*, is completely absent. That analysis would have shown that the predominant purpose of the inquiry was to pursue economic and commercial objectives of great importance to the public, not to incriminate the respondents.

A court is going to have to decide whether the purpose of this inquiry is related to the administration of the *Income Tax Act* and only incidentally to incriminate Mr. Del Zotto or whether it is primarily to incriminate Mr. Del Zotto and has no important economic and commercial objectives.

Furthermore, the Supreme Court of Canada has emphasized that in order to rule on constitutional

La question de l'objet de l'enquête se pose toujours en l'espèce. Del Zotto et Noble ont toujours affirmé qu'il s'agit d'une enquête criminelle et l'on peut constater, à la lecture de quelques-unes des lettres rédigées par le ministère public, que la Couronne souscrit à cette thèse. Je ne vois pas pourquoi je devrais lever la suspension et annuler les ordonnances de ne pas faire alors que les parties ne s'entendent même pas sur les faits de l'affaire. Je ne suis pas dans une position qui me permette de conclure que le Manuel des opérations de l'impôt démontre de façon indubitable que, comme le prétendent le requérant/demandeur, l'objet de l'enquête est de nature exclusivement criminelle. Cependant, à cette étape-ci de l'instance, il y a suffisamment de doutes quant à la question de savoir si l'objet de l'enquête est criminel, ou s'il est de caractère administratif ou s'il concerne l'application de la Loi, lesquels objets ont été jugés valides par la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel fédérale. À mon avis, il peut y avoir des cas exceptionnels dans lesquels un ministère du gouvernement recourt à des dispositions législatives par ailleurs valides à des fins autres que celles qu'approuvent les tribunaux. Il m'est impossible, compte tenu du dossier qui m'a été soumis, de dire s'il s'agit de l'un de ces rares cas. Ceci étant dit, il m'est impossible de conclure qu'il s'est produit en l'espèce un changement de situation important. Par ailleurs, le juge Hugessen, J.C.A. a affirmé, dans l'arrêt *Samson c. Canada*, [1995] 3 C.F. 306, qu'il est très important d'analyser l'objet de l'enquête parce que c'est ce qu'exige l'arrêt *Branch*, précité. Il a déclaré, à la page 329:

Finalement, l'analyse de l'objet de l'enquête et de son cadre législatif et réglementaire qui est exigée par l'arrêt *Branch, supra*, manque complètement. Cette analyse aurait révélé que l'objet prédominant de l'enquête était de poursuivre des objectifs économiques et commerciaux de grande importance pour le public et non pas d'incriminer les intimés.

Un tribunal devra décider si l'objet de l'enquête en question concerne l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et, uniquement de façon accessoire, l'incrimination de Del Zotto ou si son objet prédominant est d'incriminer Del Zotto et non de poursuivre des objectifs économiques et commerciaux importants.

De plus, la Cour suprême du Canada a souligné que, pour pouvoir trancher des questions constitution-

issues the courts must have a full factual record before them. The *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] also specify that the constitutional declaration of invalidity may only be obtained from the Federal Court by way of action including oral examinations for discovery and the opportunity to cross-examine at trial. Here there is minimal evidence before me and the parties have not even commenced oral discoveries. In *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at page 361, Cory J. stated:

Charter cases will frequently be concerned with concepts and principles that are of fundamental importance to Canadian society. For example, issues pertaining to freedom of religion, freedom of expression and the right to life, liberty and the security of the individual will have to be considered by the courts. Decisions on these issues must be carefully considered as they will profoundly affect the lives of Canadians and all residents of Canada. In light of the importance and the impact that these decisions may have in the future, the courts have every right to expect and indeed to insist upon the careful preparation and presentation of a factual basis in most *Charter* cases. The relevant facts put forward may cover a wide spectrum dealing with scientific, social, economic and political aspects. Often expert opinion as to the future impact of the impugned legislation and the result of the possible decisions pertaining to it may be of great assistance to the courts.

Charter decisions should not and must not be made in a factual vacuum. To attempt to do so would trivialize the *Charter* and inevitably result in ill-considered opinions. The presentation of facts is not, as stated by the respondent, a mere technicality; rather, it is essential to a proper consideration of *Charter* issues.

I am not satisfied that there has been a material change in circumstances in light of the Tax Operations Manual. While I do not have to determine that the purpose is criminal, I have to be satisfied that there is still an issue in that respect. I do not have to resort to the test for lifting a stay used by Jerome A.C.J. in *Canadian Tire Corp. Ltd. v. Pit Row Services Ltd.* (1987), 19 C.P.R. (3d) 230 (F.C.T.D.) where he held [at page 231] that the reconsideration of interlocutory injunctive relief was “the most extraordinary kind of disposition of any kind of matter adjudicated upon by the court”. In order to get such relief, there must be “material in support which would have to be also of an extraordinary nature”.

nelles, les tribunaux doivent avoir en main un dossier factuel complet. Les *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] précisent également que l'on ne peut obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité de la part de la Cour fédérale qu'en introduisant une action dans le cadre de laquelle on tient des interrogatoires préalables et l'on accorde la possibilité de contre-interroger les témoins au procès. En l'espèce, je ne dispose que de très peu d'éléments de preuve et les parties n'ont même pas commencé l'interrogatoire préalable. Dans l'arrêt *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, le juge Cory a déclaré, à la page 361:

Les affaires relatives à la *Charte* porteront fréquemment sur des concepts et des principes d'une importance fondamentale pour la société canadienne. Par exemple, les tribunaux seront appelés à examiner des questions relatives à la liberté de religion, à la liberté d'expression et au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Les décisions sur ces questions doivent être soigneusement pesées car elles auront des incidences profondes sur la vie des Canadiens et de tous les résidents du Canada. Compte tenu de l'importance et des répercussions que ces décisions peuvent avoir à l'avenir, les tribunaux sont tout à fait en droit de s'attendre et même d'exiger que l'on prépare et présente soigneusement un fondement factuel dans la plupart des affaires relatives à la *Charte*. Les faits pertinents présentés peuvent toucher une grande variété de domaines et traiter d'aspects scientifiques, sociaux, économiques et politiques. Il est souvent très utile pour les tribunaux de connaître l'opinion d'experts sur les répercussions futures de la loi contestée et le résultat des décisions possibles la concernant.

Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliser la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*.

Je ne suis pas convaincu qu'il s'est produit un changement de situation important compte tenu du Manuel des opérations de l'impôt. Bien que je n'aie pas à déterminer si l'objet de l'enquête est criminel, je dois être persuadé qu'une question se pose toujours à cet égard. Je n'ai pas à recourir au critère qu'a utilisé le juge en chef adjoint Jerome pour lever une suspension dans le jugement *Canadian Tire Corp. Ltd. c. Pit Row Services Ltd.* (1987), 19 C.P.R. (3d) 230 (C.F. 1^{re} inst.), dans lequel il a statué [à la page 231] que le réexamen d'un recours en injonction interlocutoire constitue le «genre de décision le plus extraordinaire dans n'importe quelle question décidée par la cour». Pour obtenir cette réparation, il faut «de la

Since I have found that the three defendants/respondents do not meet the requirement of the lower test in *Union Carbide, supra*, it is not necessary for me to decide which is the appropriate test in this case.

I am not unmindful that the plaintiff, Mr. Del Zotto, has an uphill battle. The Supreme Court of Canada has consistently held that the *Income Tax Act* is essentially a regulatory statute. For example, in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, Wilson J., at page 641 stated with respect to the search and seizure subsection:

Section 231(3) is not criminal or quasi-criminal legislation. The *Income Tax Act* is essentially a regulatory statute since it controls the manner in which income tax is calculated and collected. This Court pointed out in *R. v. Grimwood*, [1987] 2 S.C.R. 755, at p. 756, that "the purpose of ss. 231(3) and 238(2), when read together, is not to penalize criminal conduct but to enforce compliance with the Act".

However, in none of the cases submitted by counsel did the Supreme Court of Canada or the Federal Court of Appeal have the Tax Operations Manual before it. As I have stated, I am unaware of the extent to which the Tax Operations Manual governs the Department's practices in the area of inquiries under the *Income Tax Act*. If it is the governing document, it does not appear to me that simply because a court has validated a statute on the basis that it is primarily a regulatory statute, the Department is entitled to bypass any regulatory aspect of it and concentrate solely on bringing penal actions without the need to have any economic input. Counsel for the Minister in a most able argument pointed out to me that in *Samson v. Canada* the inquiry concerned an investigation into price fixing by the notaries in the Sherbrooke area. However, as Hugessen J.A. pointed out, under the *Competition Act* [R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19)] the offence is not price fixing *per se* but an agreement which is undue which connotes economic aspects. Furthermore, as well as proceeding under the criminal section of the competition legislation, it is possible to proceed by way of an injunction. Also, the same set of facts could lead to a civil proceeding under section

documentation à l'appui qui doit également être de nature extraordinaire». Étant donné que j'ai conclu que les trois intimés ne satisfont pas aux exigences du critère le moins rigoureux qui a été formulé dans le jugement *Union Carbide*, précité, il n'est pas nécessaire que je décide quel est le critère approprié en l'espèce.

Je suis conscient du fait que le demandeur, Del Zotto, a entrepris une lutte difficile. La Cour suprême du Canada a constamment déclaré que la *Loi de l'impôt sur le revenu* est essentiellement une mesure de réglementation. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, le juge Wilson a déclaré, à la page 641, au sujet du paragraphe relatif aux saisies, aux fouilles et aux perquisitions:

Le paragraphe 231(3) ne constitue pas du droit criminel ou quasi criminel. La *Loi de l'impôt sur le revenu* est essentiellement une mesure de réglementation puisqu'elle régit la façon dont l'impôt sur le revenu est calculé et perçu. Notre Cour a souligné dans l'arrêt *R. c. Grimwood*, [1987] 2 R.C.S. 755, à la p. 756, que «l'objet des par. 231(3) et 238(2), considérés simultanément, n'est pas de sanctionner une conduite criminelle mais d'imposer le respect de la Loi».

Toutefois, dans les affaires citées par l'avocat, ni la Cour suprême du Canada ni la Cour d'appel fédérale n'avait en main le Manuel des opérations de l'impôt. Ainsi que je l'ai déjà déclaré, j'ignore dans quelle mesure le Manuel des opérations de l'impôt régit les pratiques du Ministère dans le domaine des enquêtes menées en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Si c'est ce document qui les régit, il ne me semble pas que, du simple fait qu'un tribunal a déclaré que la loi était valide au motif qu'il s'agit essentiellement d'une mesure de réglementation, le Ministère a le droit de ne tenir aucun compte d'un aspect réglementaire et de se concentrer uniquement sur l'introduction d'actions pénales sans devoir être tenu de poursuivre un objectif économique. Dans son habile plaidoyer, l'avocat du ministre m'a souligné que, dans l'affaire *Samson c. Canada*, précitée, l'enquête portait sur une investigation relative à la fixation des tarifs des notaires de la région de Sherbrooke. Toutefois, ainsi que le juge Hugessen, J.C.A. l'a souligné, l'infraction prévue par la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19)] ne porte pas sur la fixation des tarifs en soi, mais sur une entente abusive qui comporte des aspects économiques. En outre, en plus de pouvoir

79 [as am. *idem*, s. 45] of the *Competition Act* being the “Abuse of Dominant Position” section. Hugessen J.A. concluded by saying [at page 328]:

I conclude from this that the inquiry at which the respondents have been summoned to testify will be held to achieve legitimate, public and important objectives and is not simply designed to incriminate the respondents. Accordingly, this inquiry meets the standards laid down by the Supreme Court in *Branch*, *supra*, and therefore the summonses do not infringe the rules of natural justice.

In the case at bar I am unable to determine because of the existence of the Tax Operations Manual whether there is any other intention than to pursue the tax evader.

It should also not be forgotten that section 231.4 is an addition to the Minister’s powers under section 231.3 of the *Income Tax Act*. Section 231.3 reads as follows:

231.3 (1) A judge may, on *ex parte* application by the Minister, issue a warrant in writing authorizing any person named therein to enter and search any building, receptacle or place for any document or thing that may afford evidence as to the commission of an offence under this Act and to seize the document or thing and, as soon as practicable, bring it before, or make a report in respect of it to, the judge or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

(2) An application under subsection (1) shall be supported by information on oath establishing the facts on which the application is based.

(3) A judge shall issue the warrant referred to in subsection (1) where the judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

- (a) an offence under this Act has been committed;
- (b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and

(c) the building, receptacle or place specified in the application is likely to contain such a document or thing.

(4) A warrant issued under subsection (1) shall refer to the offence for which it is issued, identify the building, receptacle or place to be searched and the person alleged to have committed the offence and it shall be reasonably specific as to any document or thing to be searched for and seized.

procéder en vertu d’un article pénal de la loi sur la concurrence, on peut procéder par voie d’injonction. Qui plus est, le même ensemble de faits pourrait ouvrir droit à une poursuite au civil en vertu de l’article 79 [mod., *idem*, art. 45] de la *Loi sur la concurrence*, l’article relatif à l’«Abus de position dominante». Le juge Hugessen, J.C.A. a conclu en disant [à la page 328]:

J’en conclus que l’enquête à laquelle les intimés ont été assignés à témoigner sera tenue pour répondre à des objectifs légitimes, publics et importants et n’a pas pour but simplement d’incriminer les intimés. Donc, cette enquête répond aux critères établis par la Cour suprême dans l’affaire *Branch*, *supra*, et par conséquent les ordonnances d’assignation ne violent pas les principes de la justice fondamentale.

En l’espèce, il m’est impossible de déterminer, en raison de l’existence du Manuel des opérations de l’impôt, si l’on a un autre objectif que celui de poursuivre le fraudeur fiscal.

On ne doit pas oublier non plus que l’article 231.4 s’ajoute aux pouvoirs que possède le ministre en vertu de l’article 231.3 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. L’article 231.3 dispose:

231.3 (1) Sur requête *ex parte* du ministre, le juge peut décerner un mandat écrit qui autorise toute personne qui y est nommée à pénétrer dans tout bâtiment, contenant ou endroit et y perquisitionner pour y chercher des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d’une infraction à la présente loi, à saisir ces documents ou choses et, dès que matériellement possible, soit à les apporter au juge ou, en cas d’incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit à lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(2) La requête visée au paragraphe (1) doit être appuyée par une dénonciation sous serment qui expose les faits au soutien de la requête.

(3) Le juge saisi de la requête décerne le mandat mentionné au paragraphe (1) s’il est convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit:

- a) une infraction prévue par la présente loi a été commise;
- b) il est vraisemblable de trouver des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l’infraction;

c) le bâtiment, contenant ou endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses.

(4) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) doit indiquer l’infraction pour laquelle il est décerné, dans quel bâtiment, contenant ou endroit perquisitionner ainsi que la personne à qui l’infraction est imputée. Il doit donner suffisamment de précisions sur les documents ou choses à chercher et à saisir.

(5) Any person who executes a warrant under subsection (1) may seize, in addition to the document or thing referred to in that subsection, any other document or thing that the person believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act and shall as soon as practicable bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge who issued the warrant or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

(6) Subject to subsection (7), where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge shall, unless the Minister waives retention, order that it be retained by the Minister, who shall take reasonable care to ensure that it is preserved until the conclusion of any investigation into the offence in relation to which the document or thing was seized or until it is required to be produced for the purposes of a criminal proceeding.

(7) Where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge may, of the judge's own motion or on summary application by a person with an interest in the document or thing on three clear days notice of application to the Deputy Attorney General of Canada, order that the document or thing be returned to the person from whom it was seized or the person who is otherwise legally entitled thereto if the judge is satisfied that the document or thing

(a) will not be required for an investigation or a criminal proceeding; or

(b) was not seized in accordance with the warrant or this section.

(8) The person from whom any document or thing is seized pursuant to this section is entitled, at all reasonable times and subject to such reasonable conditions as may be imposed by the Minister, to inspect the document or thing and to obtain one copy of the document at the expense of the Minister.

I have set out Wilson J.'s views with respect to section 231.3 [then subsection 231(3)] of the *Income Tax Act* which show why the income tax authorities already have extraordinary powers of investigation under section 231.3 and that accordingly, section 231.4 should be examined very carefully in light of the Tax Operations Manual. Wilson J. in *McKinlay Transport, supra*, at pages 648-649 stated:

At the beginning of my analysis I noted that the *Income Tax Act* was based on the principle of self-reporting and self-assessment. The Act could have provided that each taxpayer submit all his or her records to the Minister and his officials so that they might make the calculations necessary for determining each person's taxable income. The legislation does not so

(5) Quiconque exécute un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) peut saisir, outre les documents ou choses mentionnés à ce paragraphe, tous autres documents ou choses qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Il doit, dès que matériellement possible, soit apporter ces documents ou choses au juge qui a décerné le mandat ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(6) Sous réserve du paragraphe (7), lorsque des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés à un juge ou qu'il en est fait rapport à un juge, ce juge ordonne que le ministre les retienne sauf si celui-ci y renonce. Le ministre qui retient des documents ou choses doit en prendre raisonnablement soin pour s'assurer de leur conservation jusqu'à la fin de toute enquête sur l'infraction en rapport avec laquelle les documents ou choses ont été saisis ou jusqu'à ce que leur production soit exigée dans le cadre d'une procédure criminelle.

(7) Le juge à qui des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés ou à qui il en est fait rapport peut, d'office ou sur requête sommaire d'une personne ayant un droit sur ces documents ou choses avec avis au sous-procureur général du Canada trois jours francs avant qu'il y soit procédé, ordonner que ces documents ou choses soient restitués au saisi ou à la personne qui y a légalement droit par ailleurs, s'il est convaincu que ces documents ou choses:

a) soit ne seront pas nécessaires à une enquête ou à une procédure criminelle;

b) soit n'ont pas été saisis conformément au mandat ou au présent article.

(8) Le saisi qui a le droit, à tout moment raisonnable et aux conditions raisonnables que peut imposer le ministre, d'examiner les documents ou choses saisis conformément au présent article et d'obtenir reproduction des documents aux frais du ministre en une seule copie.

J'ai reproduit les vues du juge Wilson en ce qui concerne l'article 231.3 [alors paragraphe 231(3)] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lesquelles démontrent les raisons pour lesquelles le fisc possède déjà des pouvoirs d'enquête extraordinaires en vertu de l'article 231.3 et pour lesquelles, en conséquence, l'article 231.4 doit être examiné très attentivement à la lumière du Manuel des opérations de l'impôt. Dans l'arrêt *McKinlay Transport*, précité, le juge Wilson déclare, aux pages 648 et 649:

Au début de mon analyse, j'ai souligné que la *Loi de l'impôt sur le revenu* se fondait sur le principe de l'auto-déclaration et de l'auto-cotisation. La Loi aurait pu prévoir que chaque contribuable doit remettre tous ses documents au Ministre et à ses fonctionnaires pour qu'ils puissent faire les calculs nécessaires pour déterminer le revenu imposable de chacun. La Loi

provide, no doubt because it would be extremely expensive and cumbersome to operate such a system. However, a self-reporting system has its drawbacks. Chief among these is that it depends for its success upon the taxpayers' honesty and integrity in preparing their returns. While most taxpayers undoubtedly respect and comply with the system, the facts of life are that certain persons will attempt to take advantage of the system and avoid their full tax liability.

Accordingly, the Minister of National Revenue must be given broad powers in supervising this regulatory scheme to audit taxpayers' returns and inspect all records which may be relevant to the preparation of these returns. The Minister must be capable of exercising these powers whether or not he has reasonable grounds for believing that a particular taxpayer has breached the Act. Often it will be impossible to determine from the face of the return whether any impropriety has occurred in its preparation. A spot check or a system of random monitoring may be the only way in which the integrity of the tax system can be maintained. If this is the case, and I believe that it is, then it is evident that the *Hunter* criteria are ill-suited to determine whether a seizure under s. 231(3) of the *Income Tax Act* is reasonable. The regulatory nature of the legislation and the scheme enacted require otherwise. The need for random monitoring is incompatible with the requirement in *Hunter* that the person seeking authorization for a search or seizure have reasonable and probable grounds, established under oath, to believe that an offence has been committed.

I point out that under section 231.4 the Minister "must have reasonable and probable grounds to believe a violation of the Act or Regulations has been committed or will likely be committed".

Wilson J. then limited the search provisions to business areas and weighed the state interest in monitoring compliance with the legislation against an individual's privacy interest, at page 649:

This is not to say that any and all forms of search and seizure under the *Income Tax Act* are valid. The state interest in monitoring compliance with the legislation must be weighed against an individual's privacy interest. The greater the intrusion into the privacy interests of an individual, the more likely it will be that safeguards akin to those in *Hunter* will be required. Thus, when the tax officials seek entry onto the private property of an individual to conduct a search or seizure, the intrusion is much greater than a mere demand for production of documents. The reason for this is that, while a taxpayer may have little expectation of privacy in relation to his business records relevant to the determination of his tax liability, he has a significant privacy interest in the inviolability of his home.

n'exige pas cela, sûrement parce qu'un tel système serait extrêmement coûteux et peu commode. Cependant, un régime d'auto-déclaration a ses désavantages, dont le principal est que son succès dépend de l'honnêteté et de l'intégrité des contribuables dans la préparation de sa déclaration. Bien qu'il ne fasse pas de doute que la plupart des contribuables respectent le régime et s'y conforment, c'est un fait que certaines personnes tentent d'en tirer profit et d'échapper en partie au fisc.

Conséquemment, le ministre du Revenu national doit disposer, dans la surveillance de ce régime de réglementation, de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d'examen de tous les documents qui peuvent être utiles pour préparer ces déclarations. Le Ministre doit être capable d'exercer ces pouvoirs, qu'il ait ou non des motifs raisonnables de croire qu'un certain contribuable a violé la Loi. Il est souvent impossible de dire, à première vue, si une déclaration a été préparée de façon irrégulière. Les contrôles ponctuels ou un système de vérification au hasard peuvent constituer le seul moyen de préserver l'intégrité du régime fiscal. Si tel est le cas, et je crois qu'il en est ainsi, il est évident que les critères de l'arrêt *Hunter* ne conviennent pas pour déterminer le caractère raisonnable d'une saisie effectuée en vertu du par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La nature réglementaire du texte législatif et son intention générale ne s'y prêtent pas. La nécessité d'un contrôle au hasard est incompatible avec l'exigence, énoncée dans l'arrêt *Hunter*, que la personne qui demande l'autorisation ait des motifs raisonnables et probables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise.

Je tiens à souligner qu'aux termes de l'article 231.4, le ministre doit avoir «des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction prévue par la présente loi ou par le Règlement a été commise ou sera probablement commise».

Le juge Wilson a ensuite limité les dispositions relatives aux fouilles et aux perquisitions au domaine commercial et a, à la page 649, soupesé l'intérêt qu'a l'État à contrôler le respect de la loi en fonction du droit des citoyens à la protection de leur vie privée:

Il ne faut pas conclure que toutes les formes de perquisitions et de saisies effectuées sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont valides. L'intérêt qu'a l'État à contrôler le respect de la Loi doit être soupesé en fonction du droit des particuliers à la protection de leur vie privée. Plus grande est l'atteinte aux droits à la vie privée des particuliers, plus il est probable que des garanties semblables à celles que l'on trouve dans l'arrêt *Hunter* seront nécessaires. Ainsi, le fait pour des agents du fisc de pénétrer dans la propriété d'un particulier pour y faire une perquisition et une saisie constitue une immixtion beaucoup plus grande que la simple demande de production de documents. La raison en est que même s'il est possible que le contribuable s'attende peu à ce que son droit à la protection de sa vie privée soit respecté relativement à ses documents commerciaux utiles pour établir son assujettissement à l'impôt,

La Forest J. agreed with Wilson J. for different reasons, but did state, at page 650 that:

... we are dealing with a statute which, though supported by penal sanctions, including imprisonment, is essentially of an administrative nature.

The question of imprisonment is very important, because in the B.C. Securities Commission's factum in the *Branch* case, *supra*, it was stated:

In the case at bar, the orders which may be issued by the Commission after a hearing into the Appellants' conduct include the removal of their rights to trade securities and to be corporate directors. These orders, made in the public interest, are remedial, and do not involve "true penal consequences".

It is possible that the subpoena power could be exercised in the course of an investigation into conduct which is a violation of section 128 of the Act or of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]. However, the primary purpose behind the section 128 subpoena power is not to acquire evidence for a quasi-criminal or criminal prosecution. The key purpose is to acquire evidence which will be reviewed by the Commission to assist it in determining whether to make any regulatory orders. Neither the Commission's investigators, nor the Commission itself, has the power to impose "penal consequences" on the appellants or anyone else.

Again it is not possible on the evidence before me to determine what is the key purpose in the case before me.

I will now examine *British Columbia Securities Commission v. Branch*, *supra*, in detail. Sopinka and Iacobucci JJ. gave the majority judgment. In that case, the British Columbia Securities Commission commenced an investigation into a company following a report by the company's auditors disclosing questionable expenditures. The appellants, two of the officers of the company, were served with summonses compelling their attendance for examination

il n'en attache pas moins d'importance au respect de l'inviolabilité de son domicile.

^a Le juge La Forest a abondé dans le sens du juge Wilson pour des motifs différents, mais a déclaré, à la page 650:

... nous sommes saisis d'une loi qui, bien qu'assortie de sanctions pénales dont l'emprisonnement, est essentiellement de nature administrative.

^b La question de l'emprisonnement est très importante, car dans le mémoire qu'elle a déposé dans l'affaire *Branch*, la Commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique a déclaré:

^c [TRADUCTION] En l'espèce, au terme de l'enquête qu'elle mène au sujet de la conduite des appelants, la Commission peut notamment retirer aux appelants leur droit de négocier des valeurs mobilières et celui de faire partie d'un conseil d'administration. Ces décisions, qui sont prises dans l'intérêt du public, constituent des mesures correctives, et elle ne comporte pas de «véritables conséquences pénales».

^d Il est possible que le pouvoir d'assigner des témoins puisse être exercé au cours d'une enquête portant sur une conduite qui constitue une violation à l'article 128 de la Loi ou du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]. Toutefois, l'objet principal du pouvoir d'assigner des témoins qui est prévu à l'article 128 n'est pas de recueillir des témoignages dans le but d'intenter une poursuite quasi-criminelle ou criminelle. Son objet essentiel est de recueillir des témoignages qui aideront la Commission à déterminer si elle doit prononcer des ordonnances de caractère réglementaire. Ni les enquêteurs de la Commission, ni la Commission elle-même n'ont le pouvoir d'imposer des «conséquences pénales» aux appelants ou à quiconque.

^e Je répète que les éléments de preuve qui ont été portés à ma connaissance ne me permettent pas de déterminer quel est l'objet principal qui est poursuivi dans l'affaire qui m'est soumise.

^f J'examinerai maintenant en détail l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité.

^g Les juges Sopinka et Iacobucci ont prononcé le jugement majoritaire. Dans cette affaire, la Commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique avait ouvert une enquête sur les activités d'une société dont les vérificateurs avaient, dans leur rapport, mentionné l'existence de dépenses discutables.

^h Les appelants, deux des dirigeants de la compagnie,

under oath and requiring them to produce all information and records in their possession relating to the company. In response, they applied for a declaration to the effect that subsection 128(1) [of the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83] violates sections 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In *R. v. S. (R.J.)*, [[1995] 1 S.C.R. 451], it was decided that the courts could, in certain circumstances, grant exemptions from compulsion to testify. The crucial question is whether the predominant purpose for seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the person compelled to testify, or rather some legitimate public purpose. Here, Mr. Del Zotto was not subpoenaed. This would raise different matters. Many are resolved by *British Columbia Securities Commission v. Branch*, *supra*. However, more importantly to the matter before me, is the finding of the Supreme Court of Canada with respect to section 8. Subsection 128(1) of the *Securities Act* did not violate section 8 of the Charter.

According to the Supreme Court of Canada, the Act is essentially regulatory legislation designed to protect the public, including investors and discourage detrimental forms of commercial behaviour. Sopinka and Iacobucci JJ. stated, at pages 27-28:

An inquiry of this kind legitimately compels testimony as the Act is concerned with the furtherance of a goal which is of substantial public importance, namely, obtaining evidence to regulate the securities industry. Often such inquiries result in proceedings which are essentially of a civil nature. The inquiry is of the type permitted by our law as it serves an obvious social utility. Hence, the predominant purpose of the inquiry is to obtain the relevant evidence for the purpose of the instant proceedings, and not to incriminate Branch and Levitt. More specifically, there is nothing in the record at this stage to suggest that the purpose of the summonses in this case is to obtain incriminating evidence against Branch and Levitt.

This is unlike the case at bar where we have the Tax Operations Manual before us. At page 38 Sopinka and Iacobucci JJ. stated:

se sont vu signifier des assignations à comparaître pour subir un interrogatoire sous serment. On les enjoignait également de produire tous les renseignements et dossiers qui étaient en leur possession et qui concernaient la société. En réponse, ils ont demandé au tribunal de rendre un jugement déclarant que le paragraphe 128(1) [de la *Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83] violait les articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [[1995] 1 R.C.S. 451] il a été jugé que les tribunaux peuvent, dans certaines circonstances, dispenser quelqu'un de témoigner. La question cruciale est celle de savoir si l'objet principal qui est visé en essayant de recueillir les témoignages en question est d'obtenir des témoignages incriminants contre la personne qui est forcée de témoigner, ou plutôt s'il s'agit d'un objet public légitime. En l'espèce, Del Zotto n'a pas reçu de subpoena. Cet état de fait soulèverait d'autres questions. L'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité, en résout un bon nombre. Toutefois, un élément plus important en ce qui concerne la question qui m'est soumise est la conclusion que la Cour suprême du Canada a tirée au sujet de l'article 8, à savoir que le paragraphe 128(1) de la *Securities Act* ne viole pas l'article 8 de la Charte.

Selon la Cour suprême du Canada, la Loi est essentiellement un régime de réglementation destiné à protéger le public, y compris les investisseurs, et à décourager les formes préjudiciables de comportement commercial. Les juges Sopinka et Iacobucci ont déclaré, aux pages 27 et 28:

Une enquête de ce genre contraint légitimement une personne à témoigner puisque la Loi vise la réalisation d'un objectif d'une grande importance pour le public, à savoir, recueillir des témoignages pour régler le secteur des valeurs mobilières. Pareilles enquêtes aboutissent souvent à des procédures de nature essentiellement civile. L'enquête est du genre autorisé par notre droit puisqu'elle a une utilité sociale évidente. L'enquête a ainsi pour objet prédominant de recueillir le témoignage pertinent aux fins des présentes procédures et non dans le but d'incriminer Branch et Levitt. Plus précisément, il n'y a rien, à ce stade, dans le dossier qui porte à croire que les assignations en l'espèce ont pour objet d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre Branch et Levitt.

Il n'en est pas ainsi dans le cas qui nous occupe, dans lequel le Manuel des opérations de l'impôt a été porté à notre connaissance. À la page 38, les juges Sopinka et Iacobucci déclarent:

It is clear that in numerous instances a regulatory regime will be needed in order to act as a check on an individual's self-interest. There are surely times when one's own motivations and objective are not of benefit to society on a wider scale.

Then at page 38:

There are areas of business, for example, that are subject to regulation as a matter of course. Persons who carry on the business of trading in securities realize that the industry is heavily regulated and for good reason. It is a crucial part of our economy that is at stake.

At pages 39-40 Sopinka and Iacobucci JJ. stated:

Hence, the *Securities Act* is essentially a scheme of economic regulation which is designed to discourage detrimental forms of commercial behaviour. The provisions provided by the legislature are pragmatic sanctions designed to induce compliance with the Act.

They went on to point out that the search and seizure provision authorized by the *Securities Act* "is one of the least intrusive of the possible methods which might be employed to obtain documentary evidence". There is no invasion of the taxpayer's home or business premises, and it simply calls for production of records. They stated at pages 40-41:

... the *Securities Act* serves an important social purpose and the social utility of such legislation justifies the minimal intrusion that the appellants may face. The law in question, is therefore, reasonable.

In my view section 231.4 of the *Income Tax Act* would be held to be in compliance with the Charter if there was no question as to the effect of the Tax Operations Manual in implementing section 231.4. In my view, the action commenced by Mr. Del Zotto will enable the Court to have a full record before it to make this decision. However, I am not persuaded that *British Columbia Securities Commission v. Branch, supra*, is a sufficient material change of circumstances to justify lifting the stay at the present time. The stay shall remain in effect and the action shall continue on an expedited basis. The application to lift the stay is dismissed.

Il est évident que dans de nombreux cas, un régime de réglementation sera nécessaire pour réprimer les intérêts des particuliers. Il arrive sûrement que la motivation et l'objectif de quelqu'un ne bénéficient pas à l'ensemble de la société.

a

Les juges poursuivent, à la page 38, en disant:

Par exemple, il y a des secteurs d'activités qui sont bien entendu réglementés. Les personnes qui effectuent des opérations sur valeurs mobilières comprennent que ce secteur est fortement réglementé, et ce, pour de bonnes raisons. C'est un secteur crucial de notre économie qui est en jeu.

b

Aux pages 39 et 40, les juge Sopinka et Iacobucci déclarent:

c

En conséquence, la *Securities Act* est essentiellement un régime de réglementation économique destiné à décourager les formes préjudiciables de comportement commercial. Les dispositions adoptées par la législature sont des sanctions pragmatiques destinées à inciter au respect de la Loi.

d

Ils ont poursuivi en soulignant que la disposition qui permet de procéder à des fouilles, à des saisies et à des perquisitions en vertu de la *Securities Act* «est l'une des méthodes les moins envahissantes auxquelles on puisse recourir pour obtenir une preuve documentaire». Il n'y a pas d'intrusion chez le contribuable ou dans un établissement commercial et on demande seulement la production de documents. Les juges ont ajouté, à la page 41:

e

f

... la *Securities Act* sert une fin sociale importante et l'utilité sociale d'une telle loi justifie l'atteinte minimale dont peuvent être victimes les appelants. La loi en question est donc raisonnable.

g

À mon avis, l'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* serait jugé conforme à la Charte si les incidences du Manuel des opérations de l'impôt sur l'application de l'article 231.4 ne soulevaient pas de questions. À mon avis, l'action introduite par Del Zotto permettra à la Cour d'avoir en main un dossier complet avant de rendre la présente décision. Je ne suis cependant pas persuadé que le prononcé de l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité, constitue un changement de situation suffisamment important pour justifier la levée de la suspension à ce moment-ci. La suspension conservera son plein effet et l'instruction de l'action se poursuivra de manière accélérée. La demande de levée de la suspension est rejetée.

h

i

T-1492-95

T-1492-95

Valley Towing Limited (*Plaintiff*)Valley Towing Limited (*demanderesse*)

v.

c.

Celtic Shipyards (1988) Ltd. and All Other Persons Having Claims Against the Plaintiff, the Ship Seacap XII or the Fund Hereby to be Created (*Defendants*)

Celtic Shipyards (1988) Ltd. et toutes les autres personnes ayant des réclamations à faire valoir contre la demanderesse, le navire Seacap XII ou le fonds constitué à l'issue de la présente instance (*défendeurs*)

INDEXED AS: VALLEY TOWING LTD. v. CELTIC SHIPYARDS (1988) LTD. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: VALLEY TOWING LTD. c. CELTIC SHIPYARDS (1988) LTD. (1^{re} INST.)

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, July 24 and 31, 1995.

c Section de première instance, protonotaire Hargrave — Vancouver, 24 et 31 juillet 1995.

Maritime law — Practice — Application pursuant to Canada Shipping Act, s. 576(1) to constitute limitation fund, to stay, prohibit pending, future Court actions — Barge under tow by plaintiff's tug striking, damaging defendant's premises — S. 575 permitting shipowner, absent actual fault, to limit liability according to ship's tonnage — Action claiming \$300,000 damages, limitation fund \$42,130 — Motions dealing with s. 576 may be brought ex parte notwithstanding no reference in current R. 1012(1) to ex parte proceedings — On facts, presumption of fault by tug — Admission of liability of little value — To avoid inequity, application granted, provided existing actions could proceed and actions could be commenced to obtain security, taxation, payment of costs.

Droit maritime — Pratique — Requête présentée en vertu de l'art. 576(1) de la Loi sur la marine marchande du Canada en vue de constituer un fonds consigné, d'obtenir le sursis des procédures judiciaires en instance et l'interdiction d'engager de nouvelles — La barge remorquée par un remorqueur de la demanderesse a heurté et endommagé les installations de la défenderesse — L'art. 575 permet au propriétaire d'un navire, en l'absence de faute réelle de sa part, de limiter sa responsabilité selon la jauge du navire — Action en vue d'obtenir des dommages-intérêts de 300 000 \$, fonds consigné de 42 130 \$ — Les requêtes touchant l'art. 576 peuvent être présentées ex parte bien que l'actuelle Règle 1012(1) ne fasse pas mention d'une procédure ex parte — Compte tenu des faits, la fausse du remorqueur est présumée — La reconnaissance de responsabilité n'a que peu de valeur — Pour éviter une injustice, la requête est accueillie, à condition que les actions existantes puissent procéder et que des actions puissent être intentées aux fins de l'obtention d'une garantie, ainsi que de la liquidation et du paiement des dépens.

This was an application pursuant to *Canada Shipping Act*, subsection 576(1) to: determine a limitation fund; upon payment into Court, to stay pending proceedings; to prohibit future proceedings, and to have advertising approved in order to require all of the claimants to come into this limitation proceeding.

Il s'agissait d'une requête présentée en vertu du paragraphe 576(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* aux fins d'obtenir: la fixation d'un fonds consigné; dès la consignation au tribunal, le sursis des procédures en instance; l'interdiction d'engager de nouvelles procédures et l'approbation de la publication d'annonces invitant toutes les personnes ayant des réclamations à participer à la procédure en limitation de responsabilité.

A barge under tow by the plaintiff's tug in a well-known channel of reasonable dimensions struck and damaged, *inter alia*, Celtic Shipyard's premises. The plaintiff has admitted liability in order to be able to seek a stay. Celtic Shipyards and two others have commenced an action for damages estimated at \$300,000. No security has been given. Section 575 permits a shipowner, in the absence of actual fault or privity, to limit liability for property loss or damage according to the ship's tonnage. The limitation fund would be \$42,130. Section 576 deals with establishing a limitation of liability pursuant to section 575 in a separate limitation proceeding rather than pleading limitation either as a defence or as a counterclaim.

Une barge remorquée par le remorqueur de la demanderesse, dans un canal bien connu de dimensions raisonnables, a heurté et endommagé notamment les installations de la société Celtic Shipyards. La demanderesse a reconnu sa responsabilité pour pouvoir demander un sursis. La société Celtic Shipyards et deux autres personnes ont intenté une action pour des dommages estimés à 300 000 \$. Aucune garantie n'a été fournie. L'article 575 permet au propriétaire d'un navire, en l'absence de faute ou complicité réelle de sa part, de limiter sa responsabilité en dommages-intérêts relativement aux avaries ou pertes de biens en fonction de la jauge du navire. Le fonds consigné s'éleverait à 42 130 \$. L'article 576 traite de l'établissement

The application was brought in part *ex parte* as there may be claimants as yet unknown to the plaintiff. Unlike its predecessor, the current Federal Court Rule 1012(1) does not refer to a stay of proceedings being obtained *ex parte*, but requires service on all claimants whose identity is known.

The issues were (1) whether the plaintiff must wait until all claimants to the fund have been identified before moving to obtain a stay; (2) whether terms should apply to the grant of a stay and restraining order.

Held, the application should be allowed on terms.

Unless it is possible to hear motions dealing with section 576 at least in part *ex parte*, many of the provisions, including that providing for a stay pending a limitation declaration, would be meaningless. The omission, in the current version of Rule 1012, of a provision for bringing an *ex parte* application was of no consequence.

A stay of proceedings on the constitution of a limitation fund is discretionary and there is no bar to requiring security to the full value of the claim, even where a limitation fund has been established. The procedure leading up to a limitation of liability determination under section 576 is in many ways a compromise. The tortfeasor avoids a large number of actions and the claimants avoid having to prove liability, although a claimant may feel hampered by not being able to conduct its own action, at its own speed and in its own way, including obtaining security and finding out through the discovery process, in its own proceeding, what happened.

The onus is on the shipowner to show that there was no serious question to be tried in relation to the absence of fault or privity on its part; it is not enough to merely show a *prima facie* or reasonably arguable case for limitation. Although the affidavit evidence was weak, the facts suggested that this may well have been a case of pure navigational error without fault or privity on the part of the shipowner and thus more than a *prima facie* or reasonably arguable case for limitation.

For the limitation procedure to work fairly, it must benefit both sides. As a moving tug and tow struck a stationary facility, there was a presumption of fault on the part of the tug which lifted the burden of proof. The admission of liability was of little value to the claimants. If proceedings claiming a substantial amount could be stayed by the constitution of a small limitation fund without the claimants receiving any benefit,

d'une limite à la responsabilité en vertu de l'article 575 dans une instance distincte en limitation de responsabilité plutôt que par voie de moyen de défense ou de demande reconventionnelle.

a La demanderesse a présenté cette requête *ex parte* car il se peut qu'il existe des réclamants dont elle ne connaît pas encore l'identité. Contrairement à la disposition qu'il a remplacée, le paragraphe 1012(1) des *Règles de la Cour fédérale* ne fait pas mention de l'obtention d'un sursis *ex parte*, mais exige la signification à toutes les personnes ayant une réclamation dont l'identité est connue.

b Les questions à trancher étaient les suivantes: (1) La demanderesse doit-elle attendre que toutes les personnes ayant des réclamations contre le fonds soient identifiées avant de demander un sursis par voie de requête? (2) Le sursis et l'ordonnance d'interdiction doivent-ils être assujettis à des conditions?

c *Jugement*: la requête doit être accueillie à certaines conditions.

d S'il n'était pas possible de connaître des requêtes touchant l'article 576 en partie *ex parte*, de nombreuses dispositions, notamment celle prévoyant un sursis pendant la procédure en limitation de responsabilité, n'aurait aucun sens. L'omission de la version actuelle de la Règle 1012 de permettre une procédure *ex parte* était sans conséquence.

e Le sursis des instances à la suite de la constitution d'un fonds consigné au tribunal est de nature discrétionnaire et aucune restriction n'interdit d'exiger une garantie pour la valeur totale de la réclamation, même lorsqu'un fonds consigné a été établi. La procédure menant à la limitation de la responsabilité sous le régime de l'article 576 constitue un compromis à bien des égards. L'auteur du délit évite un grand nombre d'actions et les réclamants n'ont pas à prouver la responsabilité, bien qu'ils puissent se sentir contrariés à l'idée de ne pas pouvoir conduire leur propre action, à leur propre rythme et à leur façon et, notamment, de ne pas pouvoir obtenir une garantie ni découvrir, au moyen de l'enquête préalable, dans leur propre procédure, ce qui s'est passé.

f g Il incombait au propriétaire du navire de démontrer qu'il n'existait aucune question sérieuse à trancher relativement à l'absence de faute ou de complicité de sa part; il ne suffisait pas de démontrer simplement que la demande de limitation de la responsabilité était bien fondée *prima facie*, ni qu'elle pouvait raisonnablement être plaidée. Bien que la preuve par affidavit soit faible, les circonstances laissent croire qu'il peut très bien s'agir d'une erreur de navigation pure et simple, sans faute ni complicité de la part du propriétaire du navire et, par conséquent, d'une affaire plus certaine qu'une cause où le bien-fondé de la demande de limitation de la responsabilité a été établi *prima facie* ou peut raisonnablement être plaidé.

i Pour que l'action en limitation de responsabilité fonctionne équitablement, chaque partie doit y trouver son compte. Comme un remorqueur et sa remorque ont heurté des installations fixes, il existe une présomption de faute de la part du remorqueur, de sorte que le fardeau de la preuve est déplacé. La reconnaissance de responsabilité n'avait que peu de valeur pour les réclamants. Il serait injuste que la partie demanderesse

there would be inequity. A stay and prohibition should therefore be granted provided that existing actions may proceed and actions may be commenced to obtain security, taxation and payment of costs.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 575, 576, 579, 581.
- Canada Shipping Act Gold Franc Conversion Regulations*, SOR/78-73.
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 336(1)(g), 1012(1) (as am. by SOR/94-41, s. 10).
- International Conventions on Maritime Law. *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims*, London, 19 November, 1976, Article 13.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

The Merchant Prince, [1892] P. 179 (C.A.); *The Wladyslaw Lokietek*, [1978] 2 Lloyd's Rep. 520 (Q.B.).

REFERRED TO:

Margrande Compania Naviera v. The Leecliffe Hall's Owners, [1970] Ex. C.R. 870; *Belcan, M.V. v. The Beograd*, [1985] F.C.J. No. 314 (T.D.) (QL); *Fednav Ltd. v. Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais*, [1985] A.C.F. no 1106 (T.D.) (QL); *Saint John Tugboat Co. Ltd. v. Flipper Dragers Ltd.*, [1969] 1 Ex. C.R. 392; *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1982] 1 F.C. 530; (1981), 122 D.L.R. (3d) 599; 36 N.R. 181 (C.A.); *The Rhône v. The Peter A.B. Widener*, [1993] 1 S.C.R. 497; (1993), 101 D.L.R. (4th) 188; [1993] 1 Lloyd's Rep. 600; 148 N.R. 349; *The Bowbelle*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 532 (Q.B.); *The Lisboa*, [1980] 2 Lloyd's Rep. 546.

APPLICATION to constitute a limitation fund, to stay present and prohibit future proceedings, and to have advertising approved in order to require all of the claimants to come into the limitation proceeding. Application allowed on terms.

COUNSEL:

John W. Bromley for plaintiff.
Douglas G. Schmitt for defendants.
Gregory J. Arbour for 361536 B.C. Ltd.

puisse obtenir un sursis des instances intentées pour recouvrer un montant très élevé en constituant un petit fonds consigné, sans accorder quelque avantage que ce soit aux réclamants. Un sursis et une interdiction devraient donc être accordés à condition que les actions existantes puissent procéder et que des actions puissent être intentées aux fins de l'obtention d'une garantie, ainsi que de la liquidation et du paiement des dépens.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Conventions internationales de droit maritime. *Convention internationale sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*, Londres, 19 novembre 1976, article 13.
- Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 575, 576, 579, 581.
- Règlement sur la conversion des francs-or*, DORS/78-73. *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 336(1)g, 1012(1) (mod. par DORS/94-41, art. 10).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

The Merchant Prince, [1892] P. 179 (C.A.); *The Wladyslaw Lokietek*, [1978] 2 Lloyd's Rep. 520 (Q.B.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Margrande Compania Naviera v. The Leecliffe Hall's Owners, [1970] R.C.É. 870; *Belcan, M.V. c. Le Beograd*, [1985] A.C.F. n° 314 (1^{re} inst.) (QL); *Fednav Ltd. c. Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais*, [1985] A.C.F. n° 1106 (1^{re} inst.) (QL); *Saint John Tugboat Co. Ltd. v. Flipper Dragers Ltd.*, [1969] 1 R.C.É. 392; *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1982] 1 C.F. 530; (1981), 122 D.L.R. (3d) 599; 36 N.R. 181 (C.A.); *Le Rhône c. Le Peter A.B. Widener*, [1993] 1 R.C.S. 497; (1993), 101 D.L.R. (4th) 188; [1993] 1 Lloyd's Rep. 600; 148 N.R. 349; *The Bowbelle*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 532 (Q.B.); *The Lisboa*, [1980] 2 Lloyd's Rep. 546.

REQUÊTE visant la constitution d'un fonds consigné, le sursis des procédures en instance et l'interdiction d'en engager de nouvelles, ainsi que l'approbation d'une annonce invitant toutes les personnes ayant des réclamations à participer à la procédure en limitation de responsabilité. Requête accueillie sous conditions.

AVOCATS:

John W. Bromley pour la demanderesse.
Douglas G. Schmitt pour les défendeurs.
Gregory J. Arbour pour 361536 B.C. Ltd.

SOLICITORS:

Connell, Lightbody, Vancouver, for plaintiff.

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

HARGRAVE P.: The plaintiff, the owner of the tug *Seacap XII*, brings this application, pursuant to subsection 576(1) of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9 to institute and to set in motion various procedural matters leading, the plaintiff hopes, to a declaration that the plaintiff is entitled to limit its liability under section 575 of the *Canada Shipping Act* for damage at Celtic Shipyards, in the north arm of the Fraser River when, on May 11, 1995, the barge *Seaspan 619*, in tow of the *Seacap XII* struck and damaged, among other things, the premises of Celtic Shipyards (1988) Ltd., the named defendant in this action.

THE PLAINTIFF'S MOTION

More specifically, the plaintiff asks in its motion, draft order and appendix to the draft order that:

1. A limitation fund, based on the deemed tonnage of the *Seacap XII* be determined;
2. On payment of the limitation fund, together with interest, into court the fund shall constitute satisfaction of the liability of those who have liability with respect to the accident;
3. Upon payment of the limitation fund into court both pending proceedings in any court be stayed pursuant to paragraph 576(1)(b) of the *Canada Shipping Act* (except for the purpose of taxation and payment of costs) and the defendants, being all persons having claims against the plaintiff, the *Seacap XII*, or any others who may be liable, be restrained from bringing actions in any court, again pursuant to section 576 of the *Canada Shipping Act*; and that advertisement be made for parties with claims requiring any defences

PROCUREURS:

Connell, Lightbody, Vancouver, pour la demanderesse.

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour les défendeurs.

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

LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: La demanderesse, qui est propriétaire du remorqueur *Seacap XII*, introduit la présente requête en vertu du paragraphe 576(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, dans le but d'enclencher différentes procédures à l'issue desquelles la demanderesse espère obtenir une déclaration portant qu'elle est autorisée à limiter sa responsabilité par application de l'article 575 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* relativement aux dommages causés aux chantiers Celtic Shipyards, sur le bras nord du fleuve Fraser lorsque, le 11 mai 1995, la barge *Seaspan 619*, remorquée par le *Seacap XII*, a heurté et endommagé notamment les installations de la société Celtic Shipyards (1988) Ltd., la défenderesse désignée dans la présente action.

LA REQUÊTE DE LA DEMANDERESSE

Dans sa requête, son projet d'ordonnance et l'appendice au projet d'ordonnance, la demanderesse sollicite plus particulièrement les redressements suivants:

1. la fixation du montant d'un fonds consigné, calculé en fonction de la jauge réputée du *Seacap XII*;
2. dès la consignation du fonds au tribunal, avec les intérêts, l'extinction des obligations des personnes dont la responsabilité est engagée relativement à l'accident;
3. dès la consignation du fonds au tribunal, le sursis des procédures en instance devant un tribunal quelconque, en vertu de l'alinéa 576(1)b) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* (sauf aux fins de la liquidation et du paiement des dépens), et l'interdiction aux défendeurs, c'est-à-dire à toutes les personnes ayant des réclamations à faire valoir contre la demanderesse, le *Seacap XII* ou toute autre personne dont la responsabilité pourrait être engagée, d'intenter une action devant quelque tribunal que ce soit, par

to this limitation action and any claims be filed by September 15, 1995;

4. In the absence of any defences to the limitation action, the fund be distributed on the application of any interested party after September 15, 1995;

5. In the event defences are filed, the Court give directions for proceedings leading to a trial of the limitation issue; and

6. Applications to vary the terms of the order resulting from this motion may be made between now and September 15, 1995.

Some of these items have been agreed upon by counsel.

At this point it would be useful to set out some of the relevant presently disclosed details of the accident, which in the affidavit material are sparse, and then the legislation and rules prescribing the procedure by which the plaintiff seeks limitation of liability.

FACTS

On May 11, 1995, the *Seacap XII*, a tug of 45 feet in registered length and of 51.51 tons gross, owned by the plaintiff, Valley Towing Limited, was proceeding up the north arm of the Fraser River with the *Seaspan 619*, a barge of 134 feet in length and 513.74 tons gross, in tow. The barge struck and damaged the premises of the defendant, Celtic Shipyards (1988) Ltd. Others, including Hodder Tugboat Co. Ltd., 361536 B.C. Ltd., Joe's Salmon Lodge Enterprises Ltd. and Mr. Sam Matsumoto, who were served with this motion and material, also suffered damage to equipment and facilities.

application de l'article 576 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*; la publication d'annonces à l'intention des parties ayant des réclamations pour les inviter à faire valoir leurs moyens de défense dans la présente action en limitation de la responsabilité et l'expiration du délai pour le dépôt des réclamations le 15 septembre 1995;

4. en l'absence de défenses à l'action en limitation de la responsabilité, la distribution du fonds sur demande de toute partie intéressée après le 15 septembre 1995;

5. advenant le dépôt de défenses, des directives de la Cour relativement à la procédure en vue de l'instruction de la question de la limitation de la responsabilité;

6. enfin, la possibilité de demander la modification des modalités de l'ordonnance résultant de la présente requête jusqu'au 15 septembre 1995.

Les avocats ont consenti à certains de ces redressements.

Il me paraît utile d'énoncer ici certains des détails pertinents déjà divulgués relativement à l'accident, dispersés dans la preuve par affidavit, ainsi que les dispositions législatives et réglementaires régissant la procédure par laquelle la demanderesse entend obtenir la limitation de sa responsabilité.

LES FAITS

Le 11 mai 1995, le *Seacap XII*, un remorqueur dont la longueur au registre est de 45 pieds et la jauge brute de 51.51 tonnes, appartenant à la demanderesse, la société Valley Towing Limited, remontait le bras nord du fleuve Fraser en remorquant le *Seaspan 619*, une barge de 134 pieds de long et de 513.74 tonnes de jauge brute. La barge a heurté et endommagé les installations de la défenderesse, la société Celtic Shipyards (1988) Ltd. D'autres personnes, dont les sociétés Hodder Tugboat Co. Ltd., 361536 B.C. Ltd., Joe's Salmon Lodge Enterprises Ltd. et M. Sam Matsumoto, qui ont reçu signification de la présente requête et des documents, ont également subi des dommages touchant leur équipement et leurs installations.

The plaintiff has admitted liability, in the declaration by which it initiated this action, in order to be able to seek a stay of any proceedings by the claimants in this Court or in any other court.

Celtic Shipyards, Hodder Tugboat and Joe's Salmon Lodge have commenced an action in this Court against Valley Towing Limited, the *Seacap XII* and sisterships. Counsel for these three claimants advises that their best present estimate of damage is \$300,000. No security has been given by the plaintiff to any claimant.

LIMITATION LEGISLATION

Section 575 of the *Canada Shipping Act* provides that a shipowner, assuming the absence of actual fault or privity on the shipowner's part, may limit liability for damages in respect of any loss or damage to property to the Canadian dollar equivalent of 1,000 gold francs for each ton of the ship's limitation tonnage.

Limitation tonnage is defined in section 581 of the *Canada Shipping Act* as the vessel's registered tonnage, together with engine room space, but excluding space occupied by seamen. Tonnage, in the sense of registered and gross tonnage of a vessel, is not an actual weight measurement, but rather is a cubic measurement.

Section 579 of the *Canada Shipping Act* provides that for limitation purposes there shall be a deemed minimum tonnage of 300 tons. Assuming the appropriate limitation tonnage is not that of tug and tow, but rather that of the tug alone, the deemed tonnage of the *Seacap XII*, for limitation purposes, would be 300 tons: as to the limitation tonnage being that of the wrongdoing vessel and the demise of the flotilla theory of aggregate tonnage, see *The Rhône v. The Peter A.B. Widener*, [1993] 1 S.C.R. 497, at pages 540-541 and the reasons of Madam Justice

La demanderesse a reconnu sa responsabilité dans la déclaration au moyen de laquelle elle a introduit l'action, afin de pouvoir obtenir le sursis de toute instance intentée par les réclamants devant la présente

a Cour ou tout autre tribunal.

Les sociétés Celtic Shipyards, Hodder Tugboat et Joe's Salmon Lodge ont intenté une action devant la présente Cour contre la société Valley Towing Limited, le *Seacap XII* et ses navires-jumeaux. L'avocat de ces trois réclamants déclare que, selon la meilleure estimation faite à ce jour, les dommages s'élèvent à 300 000 \$. Aucune garantie n'a été fournie par la demanderesse à l'un ou l'autre des réclamants.

b

c

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES LIMITANT LA RESPONSABILITÉ

L'article 575 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* prévoit que le propriétaire d'un navire, en l'absence présumée de faute ou complicité réelle de sa part, peut limiter sa responsabilité en dommages-intérêts relativement aux avaries ou pertes de biens à une somme, exprimée en dollars canadiens, équivalant à 1 000 francs-or pour chaque tonneau de jauge du navire aux fins de la limitation de la responsabilité.

d

e

La «jauge» aux fins de la limitation de la responsabilité est définie par l'article 581 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* comme s'entendant de la jauge au registre du navire, majorée de l'espace de la chambre des machines, mais réduite de l'espace occupé par les marins. Lorsque la jauge s'entend de la jauge au registre et de la jauge brute d'un navire, elle ne correspond pas à une mesure réelle du poids, mais plutôt à un volume.

f

g

h

Selon l'article 579 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, aux fins de la limitation de la responsabilité, la jauge minimale réputée d'un navire est de 300 tonneaux. En tenant pour acquis que la jauge appropriée aux fins de la limitation de la responsabilité n'est pas celle du remorqueur et du navire remorqué, mais plutôt celle du remorqueur seul, la jauge réputée du *Seacap XII*, aux fins de la limitation de la responsabilité, serait de 300 tonneaux: en ce qui a trait au fait que la jauge aux fins de la limitation de la responsabilité est celle du navire qui est l'auteur du

i

j

McLachlin, of the Supreme Court of Canada, at pages 542 *et seq.*

The calculation of the limitation fund itself has been substantially simplified by the *Canada Shipping Act Gold Franc Conversion Regulations* of 1978 [SOR/78-73]. The Gold Franc Conversion Regulations avoid the determination of the price of gold of 900/1,000 millesimal fineness, as was once the case, but rather define gold francs in terms of special drawing rights, in Canadian dollars, under the International Monetary Fund. The exchange rate is 15.075 gold francs for each special drawing right (SDR).

It may be useful to set out one of the methods for calculating the limitation fund, in this instance being the calculation for a 300-ton property damage limitation fund, as set out in one of the plaintiff's affidavits:

Assuming the tonnage of the ship "SEACAP XII" to be 300 tons as set out in Section 579 of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1985, C. S-9 and referring to the *Canada Shipping Act Gold Franc Conversion Regulations* promulgated the 24th day of January, 1978, I calculate the aggregate amount equivalent to one thousand gold francs for each ton of the said ship's tonnage as follows:

(a) 1 SDR = 15.075 gold francs

(b) 1 SDR = 2.11372 CDN dollars

THEREFORE:

15.075 gold francs = 2.11372 CDN dollars

1000 gold francs = $\frac{1,000 \times 2.11372 \text{ CDN dollars}}{15.075}$

1000 gold francs

for each

of 300 tons = $\frac{1000 \times 300 \times 2.11372 \text{ CDN dollars}}{15.075}$
= 42,064.08 CDN dollars

The limitation calculation provided by the plaintiff, based on an SDR value of \$2.11372, is correct as of July 21, 1995. The value of an SDR fluctuates. As of the 27th day of July, 1995, an SDR stood at \$2.1170. However, the fluctuation, over a short period of time, is usually inconsequential and thus, the limitation fund, for the purposes of payment into court, is \$42,130.

délit et au rejet de la théorie de la flottille qui tient compte du tonnage global, voir *Le Rhône c. Le Peter A.B. Widener*, [1993] 1 R.C.S. 497, aux pages 540 et 541, et les motifs de Mme le juge McLachlin de la Cour suprême du Canada, aux page 542 et suivantes.

Le calcul du fonds consigné même a été beaucoup simplifié par le *Règlement sur la conversion des francs-or (responsabilité maritime)* de 1978 [DORS/78-73]. En vertu de ce règlement, il n'est plus nécessaire de déterminer le prix de l'or d'un titrage de 900/1 000, comme auparavant, car il définit plutôt le franc-or en termes de droits de tirage spéciaux, en dollars canadiens, selon le Fonds monétaire international. Le taux de change s'élève à 15,075 francs-or pour chaque droit de tirage spécial (DTS).

Il est peut-être utile d'exposer l'une des méthodes de calcul du fonds consigné figurant dans l'un des affidavits de la demanderesse, le calcul pertinent en l'espèce visant un fonds consigné pour des dommages aux biens lorsque la jauge est de 300 tonneaux:

[TRADUCTION] En supposant que la jauge du navire «*Seacap XII*» s'élève à 300 tonneaux conformément à l'article 579 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, et en me reportant au *Règlement sur la conversion des francs-or* pris en application de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et promulgué le 24 janvier 1978, je calcule la somme globale équivalant à 1 000 francs-or pour chaque tonneau de la jauge du navire de la façon suivante:

(a) 1 DTS = 15,075 francs-or

(b) 1 DTS = 2,11372 dollars CAN

PAR CONSÉQUENT:

15,075 francs-or = 2,11372 dollars CAN

1 000 francs-or = $\frac{1\ 000 \times 2,11372 \text{ dollars CAN}}{15,075}$

1 000 francs-or

pour chacun

des 300 tonneaux = $\frac{1\ 000 \times 300 \times 2,11372 \text{ dollars CAN}}{15,075}$
= 42 064,08 dollars CAN

Le calcul fourni par la demanderesse, qui pose comme prémisses que le DTS a une valeur de 2,11372 \$, est exact en date du 21 juillet 1995. La valeur du DTS fluctue. Le 27 juillet 1995, le DTS valait 2,1170 \$. Toutefois, sa fluctuation sur une courte période est habituellement sans conséquence et le montant du fonds aux fins de la consignation au tribunal s'élève à 42 130 \$.

Section 576 of the *Canada Shipping Act* deals, among other things, with establishing limitation of liability pursuant to section 575 of the *Canada Shipping Act*, in a separate limitation proceeding such as the present, rather than pleading limitation either as a defence or as a counterclaim. The section also deals with a stay of any other proceedings, with determination of priorities and with distribution of the limitation fund. The section is as follows:

576. (1) Where any liability is alleged to have been incurred by the owner of a ship in respect of any loss of life or personal injury, any loss of or damage to property or any infringement of any right in respect of which his liability is limited by section 575 and several claims are made or apprehended in respect of that liability, the Admiralty Court may,

(a) on the application of that owner, determine the amount of his liability and distribute that amount rateably among the several claimants;

(b) stay any proceedings pending in any other court in relation to the same matter; and

(c) proceed in such manner and subject to such regulations as to making persons interested parties to the proceedings, excluding any claimants who do not come in within a certain time, requiring security from the owner and the payment of any costs, as the court thinks just.

(2) A judge of the Admiralty Court in making a distribution under subsection (1) where there are claims in respect of loss of life or personal injury, and of loss of or damage to property or the infringement of any right, shall distribute rateably among the several claimants the amount at which the liability has been determined, as follows:

(a) twenty-one thirty-firsts of the amount shall be applied in payment of claims in respect of loss of life and personal injury; and

(b) ten thirty-firsts of the amount shall be applied in payment of claims in respect of loss of or damage to property or infringement of any right, and to the satisfaction of the balance of any claims in respect of loss of life and personal injury remaining unpaid after distribution of the amount applied pursuant to paragraph (a).

(3) In making a distribution under this section of the amount determined to be the liability of the owner of a ship, the Court may, having regard to any claim that may subsequently be established before a court outside Canada in respect of that liability, postpone the distribution of such part of the amount as it deems appropriate.

(4) No lien or other right in respect of any ship or property shall affect the proportions in which any amount is distributed by the Court under this section among the several claimants.

L'article 576 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* traite, notamment, de l'établissement d'une limite à la responsabilité en vertu de l'article 575 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* dans une instance distincte en limitation de la responsabilité, telle la présente instance, plutôt que par voie de moyen de défense ou de demande reconventionnelle. Cette disposition traite également du sursis des autres instances, de l'établissement de priorités et du paiement du fonds consigné. Voici le texte de cet article:

576. (1) Lorsqu'il est allégué qu'une responsabilité a été encourue par le propriétaire d'un navire relativement à la mort ou à des blessures corporelles, ou à la perte ou l'avarie de biens ou à la violation de tout droit à l'égard desquels sa responsabilité est limitée par l'article 575, et que plusieurs réclamations sont faites ou appréhendées relativement à cette responsabilité, la Cour d'Amirauté peut:

a) à la requête de ce propriétaire, fixer le montant de la responsabilité et répartir ce montant proportionnellement entre les différents réclamants;

b) arrêter toutes procédures pendantes devant un autre tribunal relativement à la même affaire;

c) procéder de la façon et sous réserve des règlements que le tribunal juge convenables, pour rendre les personnes intéressées parties aux procédures, pour exclure tous réclamants qui ne se présentent pas dans un certain délai, pour exiger des garanties du propriétaire et quant au paiement des frais.

(2) Un juge de la Cour d'Amirauté, en faisant une répartition sous le régime du paragraphe (1), lorsque des réclamations sont présentées visant la mort ou des blessures corporelles, la perte ou l'avarie de biens, ou la violation de quelque droit, doit répartir proportionnellement, parmi les divers réclamants, le montant auquel a été fixée la responsabilité, ainsi qu'il suit:

a) vingt et un trente et unièmes du montant doivent être affectés au paiement des réclamations relatives à la mort et aux blessures corporelles;

b) dix trente et unièmes du montant doivent être affectés au paiement des réclamations relatives à la perte ou l'avarie de biens ou à la violation d'un droit quelconque, et à la satisfaction du reste des réclamations relatives à la mort ou aux blessures corporelles qui demeurent impayées après la répartition du montant y affecté aux termes de l'alinéa a).

(3) En répartissant selon le présent article le montant auquel a été fixée la responsabilité du propriétaire d'un navire, la Cour d'Amirauté peut, compte tenu de toute réclamation qui peut subséquemment être établie devant un tribunal étranger relativement à cette responsabilité, remettre à plus tard la répartition de la partie du montant qu'elle estime appropriée.

(4) Aucun privilège ni autre droit à l'égard d'un navire ou d'un bien quelconque ne peut modifier les proportions selon lesquelles tout montant est réparti par la Cour d'Amirauté sous le régime du présent article entre les divers réclamants.

The instant proceeding, pursuant to section 576 of the *Canada Shipping Act*, is an interlocutory one (*Margrande Compania Naviera v. The Leecliffe Hall's Owners*, [1970] Ex. C.R. 870, at page 874) which I have been authorized to hear by the Associate Chief Justice pursuant to paragraph 336(1)(g) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. The limitation decree, which is a final judgment, would be granted to a successful plaintiff by a judge either in default of defences or following a trial on limitation of liability: see *The Leecliffe Hall*, *supra*, at page 930 *et seq.* for additional comment on the procedure.

At this point, Celtic Shipyards (1988) Ltd., Hodder Tugboat Co. Ltd. and Joe's Salmon Lodge Enterprises Ltd. have filed a defence in this limitation action. Thus, unless the defendants were to consent to a limitation decree, the matter will go to trial, rather than being resolved by a decree by default.

If the plaintiff is successful in limiting liability, the limitation fund will then stand to be divided, on application to a judge, among the claimants, as is provided in section 576 of the *Canada Shipping Act*. Alternately, if the plaintiff is not successful in establishing limitation of liability pursuant to the *Canada Shipping Act* then, the plaintiff already having admitted liability, the claimants need only establish damages and costs.

AT ISSUE IN THE MOTION

We now turn to the present motion. The plaintiff wishes to constitute a limitation fund and then, on the strength of the limitation fund and the admission of liability in the declaration by which the action was begun, seek a stay and an order of prohibition, so as to obtain respite from liability proceedings and to have advertising approved, in order to require all of the claimants to come into this limitation proceeding.

La présente instance, intentée en vertu de l'article 576 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, est une procédure interlocutoire, (*Margrande Compania Naviera v. The Leecliffe Hall's Owners*, [1970] R.C.É. 870, à la page 874) sur laquelle le juge en chef adjoint m'a autorisé à statuer, en vertu de l'alinéa 336(1)g) des Règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663]. Le jugement limitant la responsabilité, qui est définitif, peut être accordé par un juge à une partie demanderesse, soit par défaut de déposer une défense, soit à la suite d'une instruction sur la question de la limitation de la responsabilité: voir la décision *The Leecliffe Hall*, précitée, à la page 930 et suivantes, pour des remarques supplémentaires sur la procédure à suivre.

À ce jour, les sociétés Celtic Shipyards (1988) Ltd., Hodder Tugboat Co. Ltd. et Joe's Salmon Lodge Enterprises Ltd. ont déposé une défense à l'action en limitation de responsabilité. Par conséquent, à moins que les parties défenderesses consentent à un jugement limitant la responsabilité, une instruction sera tenue et l'affaire ne sera pas résolue par un jugement par défaut.

Si la demanderesse a gain de cause quant à la limitation de sa responsabilité, le fonds consigné sera alors réparti entre les réclamants, sur requête présentée à un juge, conformément à l'article 576 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Subsidiairement, si la demanderesse n'obtient pas la limitation de sa responsabilité en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, les réclamants devront uniquement établir le montant de leurs dommages et dépens, étant donné que la demanderesse a déjà reconnu sa responsabilité.

LES QUESTIONS EN LITIGE DANS LA REQUÊTE

Examinons maintenant la présente requête. La demanderesse sollicite la constitution d'un fonds consigné et, en s'appuyant sur ce fonds et la reconnaissance de responsabilité énoncée dans la déclaration au moyen de laquelle elle a intenté l'action, un sursis et une ordonnance d'interdiction, de façon à interrompre les instances en responsabilité et à faire approuver la publication d'une annonce enjoignant à tous les réclamants de comparaître dans la présente instance en limitation de la responsabilité.

Some agreement as to the terms of the order has been reached, between Mr. Bromley, counsel for the plaintiff, and Mr. Schmitt, counsel for those defendants who have filed a defence, Celtic Shipyards, Hodder Tugboat and Joe's Salmon Lodge. There remains the terms on which a stay and restraining order might be granted, together with several preliminary points.

Nature of Proceedings and Affidavit Evidence

Mr. Arbour, counsel for 361536 B.C. Ltd., who are foreshore owners and who have an interest in a dock that was damaged, adopts Mr. Schmitt's submissions as to a stay and restraining order, although he does make two additional points.

Counsel for the numbered British Columbia company contends that the proceedings are not interlocutory, however, I have already dealt with that aspect in referring to *The Leecliffe Hall*. Counsel also submits that the plaintiff should have provided better affidavit evidence in order to make a stronger showing for their case on limitation of liability. That is a valid point, and one to which I will return later.

Ex Parte Proceedings

Counsel for the three defendants, who have filed a defence, contends that the plaintiff must wait until all claimants to the fund have been identified through advertising and claims filing procedure before the plaintiff can move to obtain a stay. He makes this submission because the current version of Rule 1012 does not refer to a stay of proceedings being obtained *ex parte*.

The plaintiff's application is brought, in part, *ex parte*, for there may be claimants as yet unknown to the plaintiff. This procedure was clear in subsection 1012(1) of the *Federal Court Rules* as it stood before amendment in 1994:

Rule 1012. (1) An application under section 648 of the *Canada Shipping Act* for a stay of proceedings, for a direction as to the manner of proceeding, for regulations as to making

M^e Bromley, l'avocat de la demanderesse, et M^e Schmitt, l'avocat des parties défenderesses qui ont déposé une défense, soit la société Celtic Shipyards, Hodder Tugboat et Joe's Salmon Lodge, se sont entendus à certains égards sur le libellé de l'ordonnance. Les questions qui demeurent irrésolues sont celles des conditions auxquelles un sursis et une ordonnance d'interdiction pourraient être accordés, ainsi que plusieurs questions préliminaires.

La nature de l'instance et la preuve par affidavit

M^e Arbour, l'avocat de la société 361536 B.C. Ltd., qui est propriétaire des battures et qui a un intérêt sur un dock qui a été endommagé, adhère aux prétentions de M^e Schmitt quant au sursis et à l'ordonnance d'interdiction, mais il fait valoir deux arguments additionnels.

L'avocat de la société à dénomination numérique de la Colombie-Britannique soutient que l'instance n'est pas une procédure interlocutoire; j'ai toutefois déjà réglé cette question en me reportant à l'affaire *The Leecliffe Hall*. Il prétend aussi que la demanderesse aurait dû fournir une meilleure preuve par affidavit pour établir de façon plus concluante ses prétentions quant à la limitation de sa responsabilité. Il s'agit d'un argument valable auquel je reviendrai plus tard.

La procédure ex parte

L'avocat des trois parties défenderesses qui ont déposé une défense soutient que la demanderesse doit attendre que toutes les personnes ayant des réclamations contre le fonds aient été identifiées grâce à la publication d'un avis et au processus de dépôt des réclamations avant de demander un sursis par voie de requête. Il fait valoir cet argument parce que la version actuelle de la Règle 1012 ne mentionne pas qu'un sursis d'instance peut être obtenu *ex parte*.

La demanderesse a présenté sa demande en partie *ex parte* car il se peut qu'il existe des réclamants dont elle ne connaît pas encore l'identité. Cette procédure était clairement prévue par le paragraphe 1012(1) des Règles avant la modification apportée en 1994:

Règle 1012. (1) Une demande faite en vertu de l'article 648 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* aux fins d'obtenir une suspension des procédures, des instructions sur la façon

persons interested parties to the proceedings and as to the exclusion of claimants who do not come in within a certain time, and as to requiring security from the owner, may be made *ex parte*.

There is now no similar provision. Rule 1012 [as am. by SOR/94-41, s. 10], as it presently stands, provides the first two subsections:

Rule 1012. (1) In making an application pursuant to subsection 576(1) of the *Canada Shipping Act* the applicant shall serve those claimants whose identity is known to the applicant.

(2) The applicant may apply to the Court *ex parte* for an order with respect to service on the possible claimants where the number of possible claimants is large or the identity of all of the possible claimants is unknown to the applicant, and the Court may make such an order as it deems just.

Unless it were possible to hear motions dealing with section 576 of the *Canada Shipping Act* at least in part *ex parte*, many of the provisions, including providing for a stay pending a limitation declaration, would be meaningless.

I would also note in passing that the present English procedure in a limitation action does not specifically provide that it may be in part *ex parte*. However, that is the effect of the English procedure, which requires that there must be one named defendant, but leaves it open to the plaintiff whether to name others: this is similar to the present subsection 1012(1) of the *Federal Court Rules* which only requires the plaintiff, in a limitation proceeding, to serve those claimants whose identity is known.

I have concluded that the omission of the *ex parte* permission, in the current version of Rule 1012, is of no consequence.

Stay of Other Proceedings

The remaining issue is that of the stay of proceedings and restraint of claimants from bringing actions in any other court. In that Canada is not a signatory to the 1976 *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims* (the "1976 London Limitation

de procéder, des règlements relatifs aux conditions dans lesquelles des personnes ayant un intérêt en jeu peuvent être constituées parties aux procédures, ou relatifs à l'exclusion des réclamants qui ne font pas de demande dans un certain délai, ou relatifs à la garantie pouvant être exigée du propriétaire, peut être faite *ex parte*.

Il n'existe aujourd'hui aucune disposition semblable. La version actuelle de la Règle 1012 [mod. par DORS/94-41, art. 10] comporte les deux premiers paragraphes suivants:

Règle 1012. (1) Le requérant doit signifier aux réclamants dont il connaît l'identité toute demande présentée en vertu du paragraphe 576(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

(2) Le requérant peut s'adresser à la Cour *ex parte* pour obtenir une ordonnance relative à la signification aux réclamants possibles lorsque leur nombre est élevé ou que le requérant ne connaît pas leur identité, et la Cour peut rendre l'ordonnance qu'elle estime juste.

S'il n'était pas possible de connaître des requêtes touchant l'article 576 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* en partie *ex parte*, de nombreuses dispositions, notamment celle prévoyant un sursis pendant la procédure en limitation de responsabilité, n'auraient aucun sens.

Soulignons en passant que la procédure applicable actuellement à une action en limitation de la responsabilité en Angleterre ne précise pas expressément qu'elle peut se dérouler en partie *ex parte*. Toutefois, c'est l'effet produit par la procédure anglaise qui exige qu'une partie défenderesse soit désignée, mais laisse à la demanderesse le loisir d'en nommer d'autres. Il en va de même de l'actuel paragraphe 1012(1) qui exige uniquement que la partie demanderesse dans une instance en limitation de responsabilité signifie les documents aux réclamants dont elle connaît l'identité.

J'ai conclu que l'omission de la version actuelle de la Règle 1012 de permettre une procédure *ex parte* est sans conséquence.

Le sursis des autres instances

La question qu'il reste à trancher est celle du sursis des instances et de l'interdiction aux réclamants d'intenter des actions devant une autre cour. Étant donné que le Canada n'a pas signé la *Convention internationale sur la limitation de la responsabilité en matière*

Convention”), a stay of proceedings, on the constitution of a limitation fund in court, is discretionary. Further, the question of security, in addition to the limitation fund, to secure the full amount of a claim, is still open.

While a stay is a discretionary remedy, it is granted by Canadian courts so long as the limitation proceedings are not premature (for example see *Belcan, M.V. v. The Beograd*, [1985] F.C.J. No. 314 (T.D.) (QL), and reasons in a companion action, *Fednav Ltd. v. Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais*, [1985] A.C.F. no. 1106 (T.D.) (QL) and other procedural matters are properly dealt with (for example see *The Leecliffe Hall, supra*, and *Saint John Tugboat Co. Ltd. v. Flipper Dragers Ltd.*, [1969] 1 Ex. C.R. 392). A vessel owner seeking a declaration of limitation of liability and a stay of all other actions must admit liability for all purposes, thus divesting itself of the opportunity to defend the liability aspect of claims by injured persons: see for example *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1982] 1 F.C. 530 (C.A.) (hereinafter the *Japan Erica*), a limitation proceeding arising out of the 1979 collision by the *Japan Erica* with the Second Narrows Bridge in Vancouver Harbour.

The procedure leading up to a limitation of liability determination, under section 576 of the *Canada Shipping Act*, is in many ways a compromise. The alleged tortfeasor admits liability in order to avoid a large number of actions and to obtain consolidation of the claims into the limitation action. The claimants, in turn, avoid having to prove liability, although liability is not always a real issue. Sometimes, however, claimants may feel hampered by the idea of not being able to conduct their own action, at their own speed and in their own way, including obtaining security and finding out, through the discovery process, in their own proceeding, what happened and what chance they have of breaking the tortfeasor’s claim to limitation. As I say, these proceedings are often a

de créances maritimes de 1976 (la «Convention de Londres de 1976»), le sursis des instances à la suite de la constitution d’un fonds consigné au tribunal est de nature discrétionnaire. En outre, la question de la sûreté fournie, en sus du fonds consigné, pour garantir le plein montant de la réclamation, demeure irrésolue.

Bien qu’un sursis soit un redressement de nature discrétionnaire, les tribunaux canadiens l’accordent lorsque la procédure en limitation de la responsabilité n’est pas prématurée (par exemple, voir la décision *Belcan, M.V. c. Le Beograd*, [1985] A.C.F. n° 314 (1^{re} inst.) (QL), et les motifs dans une action complémentaire, soit la décision *Fednav Ltd. c. Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais*, [1985] A.C.F. n° 1106 (1^{re} inst.) (QL) et lorsque les autres questions de procédure sont traitées convenablement (par exemple, voir *The Leecliffe Hall*, décision précitée, et *Saint John Tugboat Co. Ltd. v. Flipper Dragers Ltd.*, [1969] 1 R.C.É. 392). Le propriétaire d’un navire qui veut obtenir une déclaration de limitation de sa responsabilité et le sursis des autres actions doit reconnaître sa responsabilité à toutes fins, renonçant ainsi à la possibilité de contester la question de la responsabilité soulevée dans les réclamations des personnes qui ont subi un préjudice: voir, par exemple, l’affaire *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1982] 1 C.F. 530 (C.A.) (ci-après appelé le *Japan Erica*), une instance en limitation de la responsabilité découlant d’un abordage survenu en 1979 entre le *Japan Erica* et le pont Second Narrows dans le port de Vancouver.

La procédure menant à la limitation de la responsabilité, en vertu de l’article 576 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, constitue un compromis à bien des égards. Le prétendu auteur du délit reconnaît sa responsabilité afin d’éviter un grand nombre d’actions et d’obtenir la consolidation des réclamations dans le cadre de l’action en limitation de la responsabilité. Les réclamants, pour leur part, n’ont pas à prouver la responsabilité, bien qu’elle ne soit pas toujours véritablement en litige. Il arrive toutefois que les réclamants se sentent contrariés à l’idée de ne pas pouvoir conduire leur propre action, à leur propre rythme et à leur façon et, notamment, de ne pas pouvoir obtenir une garantie ni découvrir, au moyen de l’enquête préalable, dans leur propre procédure, ce

compromise: see for example *Japan Erica*, *supra*, at page 533 in which the stay provision allowed parties to institute actions, although not to prosecute them.

Security, a concern in the present instance, was not something which the Federal Court of Appeal had to deal with in *Japan Erica* limitation proceedings, for a substantial portion of the claims, some 20 million dollars' worth, had been secured, at an early stage when the owners of the *Japan Erica* posted 20 million dollars to avoid having the *Japan Erica* immobilized by arrests.

In *The Wladyslaw Lokietek*, [1978] 2 Lloyd's Rep. 520 (Q.B.), which was decided before the 1976 London Limitation Convention was adopted by Britain and stays became mandatory for all practical purposes, the Admiralty Court of the Queen's Bench Division refused to grant a stay of an action in England in the face of a limitation action in Poland, one of the arguments against a stay being that in England the claimant could obtain security for the whole of the claim, a useful hedge in the event that the shipowner was unsuccessful in the limitation action before the Polish Court. In addition, Mr. Justice Brandon held that on a limitation application the shipowner had to show that there was no serious question to be tried in relation to the absence of fault or privity on the shipowner's part; it was not enough merely to show a *prima facie* or reasonably arguable case for limitation: *The Wladyslaw Lokietek*, *supra*, at page 531.

Dealing first with the last point, that of the onus on the shipowner, the affidavit material is weak. However, the limitation action procedure is very useful in that it can force a wrongdoing shipowner to come to grips with the situation and place all of the parties within what may be an expedited time frame. In this instance, I am also prepared to take note of what hap-

qui s'est passé et quelles sont leurs chances de faire échouer la demande de limitation de la responsabilité de l'auteur du délit. Je le répète, ce type de procédure constitue souvent un compromis: voir, par exemple, l'affaire *Japan Erica*, précitée, à la page 533, dans laquelle la disposition concernant le sursis permettait aux parties d'intenter des actions, mais non de les poursuivre.

La question de la garantie, qui se pose en l'espèce, n'a pas été soumise à la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Japan Erica*, car une partie importante des réclamations, d'une valeur d'environ 20 millions de dollars, avait été garantie plus tôt au moment où les propriétaires du *Japan Erica* avaient déposé 20 millions pour éviter que le *Japan Erica* soit immobilisé par une saisie.

Dans l'affaire *The Wladyslaw Lokietek*, [1978] 2 Lloyd's Rep. 520 (Q.B.), qui a été tranchée avant que la Grande-Bretagne adopte la Convention de Londres de 1976 et que les sursis deviennent pratiquement obligatoires, la Cour d'amirauté de la Division du Banc de la Reine a refusé de surseoir à une action en Angleterre pendant une action en limitation de la responsabilité intentée en Pologne; l'un des arguments défavorables au sursis portait qu'en Angleterre, le réclamant pouvait obtenir des garanties pour la totalité de la réclamation, ce qui le protégerait utilement dans l'éventualité où le propriétaire du navire ne réussirait pas à faire limiter sa responsabilité par le tribunal polonais. De plus, M. le juge Brandon a statué que, dans le cadre d'une demande de limitation de la responsabilité, le propriétaire du navire devait démontrer qu'il n'existait aucune question sérieuse à trancher relativement à l'absence de faute ou de complexité de sa part; il ne suffisait pas de démontrer simplement que la demande de limitation de la responsabilité était bien fondée *prima facie*, ni qu'elle pouvait raisonnablement être plaidée: voir l'affaire *The Wladyslaw Lokietek*, précitée, à la page 531.

Je traiterai d'abord de cette dernière question, soit de celle du fardeau du propriétaire du navire. J'estime que la preuve par affidavit est faible. Toutefois, la procédure d'action en limitation de la responsabilité est très utile en ce qu'elle oblige le propriétaire d'un navire auteur du délit à prendre la situation en mains et à assujettir toutes les parties à ce qu'on pourrait

pened, a collision between a barge of not more than medium size of its type, towed by a tug of substantial horse power, in a well-known channel of reasonable dimensions, past a long established shipyard facility: this may well be a case of pure error in navigation without fault or privity on the part of the shipowner and thus more than a *prima facie* or reasonably arguable case for limitation.

I turn now to the issue of security, which was of major concern to the claimants who are represented on this motion.

For the limitation action procedure to work fairly, there must be something in it for both sides: the party seeking limitation ought not to be able merely to post a limitation fund with the court, say, as in the present case, that the accident did not occur with the actual fault or privity on the part of the plaintiff shipowner and, on information and belief, assert that the accident occurred through the act or omission of someone on board the *Seacap XII*, at that point preventing the injured claimants from proceeding in any respect. Now the plaintiff may say that it has admitted liability and that admission is the *quid pro quo* for the stay. And that may sometimes be so, however, in this instance, a moving tug and tow has struck a shipyard facility, a dock, moored vessels and equipment, so there is not only a presumption in favour of the claimants, but also a presumption of fault on the part of the *Seacap XII*, which shifts the burden of proof. As Lord Esher pointed out in *The Merchant Prince*, [1892] P. 179 (C.A.), at page 187, such facts constitute negligence proved against you, which can usually only be gotten rid of by showing inevitable accident. Thus the admission of liability, in the present instance, is of little practical value to the claimants.

appeler un échancier accéléré. En l'espèce, je suis disposé à prendre acte des événements qui sont survenus, l'abordage par une barge dont les dimensions n'étaient pas supérieures à celles des barges moyennes du même type, remorquée par un remorqueur assez puissant, dans un canal bien connu de dimensions raisonnables, après un chantier naval établi de longue date: il peut très bien s'agir d'une erreur de navigation pure et simple, sans faute ni complicité de la part du propriétaire du navire et, par conséquent, d'une affaire plus certaine qu'une cause où le bien-fondé de la demande de limitation de la responsabilité a été établi *prima facie* ou peut raisonnablement être plaidé.

J'aborde maintenant la question de la garantie, principale préoccupation des réclamants qui sont représentés par un avocat dans la présente requête.

Pour que l'action en limitation de responsabilité fonctionne convenablement, chaque partie doit y trouver son compte: la partie qui demande la limitation de responsabilité ne doit pas pouvoir se contenter de déposer un fonds consigné au tribunal, d'affirmer, comme en l'espèce, que l'accident n'est pas imputable à la faute ou à la complicité réelle de la demanderesse propriétaire du navire et de déclarer, sur la foi de renseignements qu'elle tient pour véridiques, que l'accident est dû à un acte ou à une omission d'une personne à bord du *Seacap XII*, empêchant ainsi les réclamants qui ont subi un préjudice de procéder de quelque façon que ce soit. La demanderesse peut faire valoir qu'elle a reconnu sa responsabilité et que cette reconnaissance constitue une contrepartie au sursis des instances. Cela peut parfois être le cas; toutefois, en l'espèce, un remorqueur se déplaçant en remorquant un navire a heurté les installations d'un chantier naval, un dock, des navires au mouillage et de l'équipement, de sorte qu'il existe non seulement une présomption en faveur des réclamants, mais également une présomption de faute de la part du *Seacap XII*, et que le fardeau de la preuve s'en trouve déplacé. Dans l'arrêt *The Merchant Prince*, [1892] P. 179 (C.A.), à la page 187, lord Esher a souligné que ces faits constituent un acte de négligence dont la preuve a été faite contre vous et ne peut habituellement être réfutée qu'en démontrant le caractère inévitable de l'accident. En conséquence, la reconnais-

It is interesting to touch on the 1976 London Limitation Convention as it presently applies to limitation actions in England. In return for much larger limitation funds, the right to limit has become close to absolute. Thus, a stay, while seeking a limitation decree, is a right in the sense that the 1976 London Limitation Convention provides that any person having a claim against the fund is barred from exercising any rights against other assets of the party seeking to limit and further, subject to several fairly inconsequential procedural provisions, any arrested vessels and security must be released (see Article 13 and also *The Bowbelle*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 532 (Q.B.)). In contrast, under the British system before the 1976 London Limitation Convention and under the present Canadian system, a stay is discretionary and there is no requirement barring requiring security to the full value of the claim, even where a limitation fund has been established.

In the British system, prior to the adoption of the 1976 London Limitation Convention in 1979, as is the present case in Canada, the inequities of a stay, following the offer of or the constitution of a limitation fund by the wrongdoing shipowner, are allayed by the fact that a stay is discretionary and may be granted on terms (*Japan Erica, supra*). Further, under the British system, the wrongdoing shipowner, as a matter of practice, and usually voluntarily, provides discovery at an early stage so that the claimants may know whether to contest the limitation decree. This is a sensible procedure not only because it avoids waste of time during the interim period while the claimants must decide whether to file defences to contest limitation, but also because it offers a practical possibility of avoiding a full trial on limitation: notwithstanding the rejuvenation of limitation of liability by the Supreme Court of Canada in *The Rhône v. The Peter A.B. Widener*, [1993] 1 S.C.R. 497, it would be a forlorn hope, on the part of a plaintiff, in a limitation proceeding, to think that a claimant, with only a bare assertion in the plaintiff's affidavit as to entitlement

sance de responsabilité n'a, en l'espèce, que peu de valeur pratique pour les réclamants.

Il est intéressant d'examiner la Convention de Londres de 1976 telle qu'elle s'applique aujourd'hui aux actions en limitation de la responsabilité en Angleterre. En contrepartie de fonds consignés beaucoup plus imposants, le droit de limiter la responsabilité est devenu presque absolu. Ainsi, l'obtention d'un sursis jusqu'à l'issue d'une demande de limitation de la responsabilité constitue un droit, en ce sens que la Convention de Londres de 1976 prévoit que toute personne ayant une réclamation contre le fonds est empêchée d'exercer ses droits contre les autres biens de la partie qui demande la limitation de sa responsabilité et, de plus, que tous les navires saisis et les garanties fournies doivent être remis, sous réserve de plusieurs dispositions procédurales sans grandes conséquences (voir l'article 13 ainsi que l'affaire *The Bowbelle*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 532 (Q.B.)). Par contre, sous le régime britannique antérieur à la Convention de Londres de 1976 et sous le régime canadien actuel, le sursis est discrétionnaire et aucune restriction n'interdit d'exiger une garantie pour la valeur totale de la réclamation, même lorsqu'un fonds consigné a été établi.

Sous le régime britannique antérieur à l'adoption en 1979 de la Convention de Londres de 1976, et sous le régime canadien actuel, les iniquités créées par un sursis, à la suite de l'offre ou de la constitution d'un fonds consigné par le propriétaire du navire auteur du délit, sont atténuées par le fait que le sursis est de nature discrétionnaire et peut être accordé sous réserve de certaines conditions (l'arrêt *Japan Erica, précité*). En outre, sous le régime britannique, le propriétaire du navire auteur du délit se soumet, en pratique et de façon volontaire la plupart du temps, à une enquête préalable au début de l'instance, de façon que les réclamants puissent savoir s'il y a lieu de contester le jugement limitant la responsabilité. Cette procédure est sensée, non seulement parce qu'elle évite une perte de temps pendant la période intermédiaire au cours de laquelle les réclamants doivent décider s'ils devraient déposer des défenses pour contester la limitation de la responsabilité, mais encore parce qu'elle offre une possibilité pratique d'éviter la tenue d'une instruction complète sur la question de la limitation de la responsabilité: bien que la Cour

to limit liability, will let the plaintiff have limitation by default.

In summary, if a plaintiff were able to obtain a stay of proceedings claiming a very substantial amount, by the constitution of a small limitation fund, without giving some benefit to the claimants (and as I have pointed out in this instance, admission of liability is an illusory benefit) that would work an inequity. Therefore the stay and prohibition against further actions, which I have decided to grant, will be on terms.

During the hearing I suggested to counsel that his client might voluntarily give discovery during the period before September 15, 1995, so that the claimants might know either whether to contest the limitation proceedings or, if defences are filed, whether to consent to a limitation decree. To me the approach seems sensible both as a time and expense saving measure, for it might not only avoid a trial on limitation, but also be an equitable gesture from the plaintiff in return for the breathing space of a stay. The claimants were in favour, but the plaintiff was not.

If the plaintiff were allowed an unconditional stay in the present circumstances, in return for admission of liability and a relatively small limitation fund, it could well result in an injustice to the claimants who would not be able to arrest and obtain security. As Lord Denning, M.R. remarked, when an "arrest is made in good faith—for the purpose of obtaining security for a just demand—then I am of opinion that the English Courts should not restrain it": *The Lisboa*, [1980] 2 Lloyd's Rep. 546, at page 549.

suprême du Canada ait donné un nouvel élan à la limitation de la responsabilité dans l'affaire *Le Rhône c. Le Peter A.B. Widener*, [1993] 1 R.C.S. 497, il serait bien optimiste, de la part d'une partie demanderesse dans une instance en limitation de la responsabilité, de croire qu'un réclamant la laissera obtenir une limitation de sa responsabilité par défaut, simplement parce qu'elle affirme y avoir droit dans son affidavit.

Bref, il serait injuste que la partie demanderesse puisse obtenir un sursis des instances intentées pour recouvrer un montant très élevé en constituant un petit fonds consigné, sans accorder quelque avantage que ce soit aux réclamants (et comme je l'ai souligné, la reconnaissance de responsabilité constitue en l'espèce un avantage illusoire). En conséquence, le sursis et l'interdiction d'intenter d'autres actions, que j'ai décidé de prononcer, seront assujettis à certaines conditions.

Pendant l'audience, j'ai suggéré à l'avocat que son client se soumette volontairement à une enquête préalable avant le 15 septembre 1995, de sorte que les réclamants puissent savoir s'ils devraient contester l'instance en limitation de la responsabilité ou, si des défenses sont déposées, s'ils devraient consentir au jugement limitant la responsabilité. Cette mesure me semble sensée, comme moyen d'économiser à la fois temps et argent, car non seulement elle permettrait d'éviter une instruction sur la question de la limitation de la responsabilité, mais elle constituerait un geste d'équité de la part de la demanderesse en contrepartie du répit qui lui serait accordé. Les réclamants étaient favorables à cette suggestion, la demanderesse ne l'était pas.

Si la demanderesse obtenait un sursis inconditionnel en l'espèce, en contrepartie de sa reconnaissance de responsabilité et de la constitution d'un fonds consigné relativement peu élevé, la situation pourrait bien se révéler injuste pour les réclamants qui ne pourraient ni pratiquer une saisie, ni obtenir une garantie. Comme l'a souligné lord Denning, M.R. lorsqu'une [TRADUCTION] «saisie est pratiquée de bonne foi—dans le but de garantir une demande juste—je suis d'avis que les tribunaux britanniques ne doivent pas l'entraver»: *The Lisboa*, [1980] 2 Lloyd's Rep. 546, à la page 549.

The plaintiff, in response to the question of security for the full amount of the claims, says that Valley Towing Limited is a substantial company, with a number of vessels, and should the claimants be found, at the end of the day, entitled to full recovery on their claims, there ought not to be a problem. That is not good enough, particularly where the claimants are forced to challenge the limitation proceedings without presently knowing any of the reasons why the plaintiff feels entitled to limitation. Further, many things could happen to the assets of the plaintiff between now and the outcome of the trial on limitation which, even without any appeal, would probably not take place until well into 1996.

Section 5 of the order shall therefore provide that on the constitution of the limitation fund by payment into court of \$42,130 and interest, present proceedings in any court with relation to the accident of May 11, 1995, shall be stayed pursuant to paragraph 576(1)(b) of the *Canada Shipping Act* and further, the defendants, which includes all persons having claims by reason of the accident, are restrained from bringing any action in any court against Valley Towing Limited, the *Seacap XII* and any other persons who might have liability that is subject to limitation under the *Canada Shipping Act*, provided that existing actions may proceed and actions may be begun, in both instances, for the purposes of obtaining security, of taxation and of payment of costs.

La demanderesse, en réponse à la question de la fourniture d'une garantie pour le montant total des réclamations, a précisé que la société Valley Towing Limited était une société d'assez grande envergure, possédant de nombreux navires, et que, dans l'éventualité où les réclamants auraient droit, en fin de compte, au plein montant de leurs réclamations, il ne devrait pas y avoir de problème. C'est insuffisant, plus particulièrement dans une situation où les réclamants se trouvent dans l'obligation de contester l'instance en limitation de la responsabilité, alors qu'ils ignorent tout des raisons pour lesquelles la demanderesse estime y avoir droit. De plus, bien des événements touchant les éléments d'actif de la demanderesse pourraient survenir d'ici à l'issue de l'instruction sur la limitation de la responsabilité qui, même en l'absence d'appel, n'aura probablement pas lieu avant quelque temps après le début de l'année 1996.

L'article 5 de l'ordonnance doit donc porter que, dès la constitution d'un fonds consigné au tribunal de 42 130 \$, majoré des intérêts, il sera sursis aux procédures en instance devant tout tribunal relativement à l'accident survenu le 11 mai 1995, en vertu de l'alinéa 576(1)b) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, et qu'il est de plus interdit aux défendeurs, qui comprennent toutes les personnes ayant des réclamations découlant de l'accident, d'intenter une action devant quelque tribunal que ce soit contre la société Valley Towing Limited, le *Seacap XII* et toute autre personne dont la responsabilité pourrait être engagée, mais limitée en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, à condition que les actions existantes puissent procéder et que des actions puissent être intentées, dans les deux cas, aux fins de l'obtention d'une garantie, ainsi que de la liquidation et du paiement des dépens.

T-1254-92

T-1254-92

Chief John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, the elected Chief and Councillors of the Ermineskin Indian Band and Nation suing on their own behalf and on behalf of all the other members of the Ermineskin Indian Band and Nation (*Plaintiffs*)

Le chef John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, chef élu et conseillers de la Bande et de la Nation des Indiens Ermineskin, agissant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande et de la Nation des Indiens Ermineskin (*demandeurs*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Honourable Thomas R. Siddon, Minister of Indian Affairs and Northern Development, and the Honourable Donald Mazankowski, Minister of Finance (*Defendants*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, l'honorable Thomas R. Siddon, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, et l'honorable Donald Mazankowski, ministre des Finances (*défendeurs*)

INDEXED AS: ERMINESKIN INDIAN BAND v. CANADA (T.D.)

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE ERMINESKIN c. CANADA (1^{re} INST.)

Trial Division, MacKay J.—Calgary, September 18; Ottawa, September 21, 1995.

Section de première instance, juge MacKay—Calgary, 18 septembre; Ottawa, 21 septembre 1995.

Practice — Discovery — Examination for discovery — Application for order under new R. 456(4) directing defendants to produce former Crown employee as deponent on behalf of Crown to be examined for discovery — Employee said to be more experienced, better informed about oil, gas issues than other former employee — Neither qualified as "officer, servant or employee" of Crown as both having left public service — R. 456 changing implicitly Court's role in naming deponent to represent Crown at examination for discovery — Providing for two-step process — Court to intervene only where deponent nominated by Crown proves to be uninformed, incapable of being informed of facts essential to issues related to discovery — Crown must have reasonable confidence in deponent as representative with implicit authority to bind it — Argument one representative less knowledgeable than another not ground for Court intervention.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Requête sollicitant une ordonnance en vertu de la nouvelle Règle 456(4) enjoignant aux défendeurs de produire un ancien employé de la Couronne en qualité de représentant de la Couronne afin qu'il soit interrogé au préalable — On allègue que cet employé a plus d'expérience et est mieux informé des questions touchant le pétrole et le gaz qu'un autre ancien employé — Aucun n'a la qualité de «gestionnaire, fonctionnaire ou employé» de la Couronne, ces deux personnes ayant quitté leur emploi au sein de la fonction publique — La Règle 456 change implicitement le rôle de la Cour en ce qui a trait à la désignation du représentant de la Couronne aux fins de l'interrogatoire préalable — Elle établit un processus à deux volets — La Cour ne peut intervenir, sauf si la personne désignée par la Couronne n'est ni renseignée ni en mesure d'obtenir des renseignements quant aux faits essentiels aux questions visées par l'interrogatoire préalable — La Couronne doit placer une confiance raisonnable dans son représentant qui a le pouvoir implicite de la lier — L'argument portant qu'un représentant est moins bien renseigné que l'autre ne constitue pas un motif qui permet à la Cour d'intervenir.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

LOIS ET RÈGLEMENTS

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 456(1) (as am. by SOR/90-846, s. 15), (2) (as am. idem), (3) (as am. idem), (4) (as am. idem), 465.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 456(1) (mod. par DORS/90-846, art. 15), (2) (mod., idem), (3) (mod., idem), (4) (mod., idem), 465.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

R. v. CAE Industries Ltd. et al., [1977] 2 S.C.R. 566; (1977), 72 D.L.R. (3d) 159; 31 C.P.R. (2d) 236; 13 N.R. 624; *Chhabra v. Canada*, [1986] F.C.J. No. 338 (T.D.) (QL); *Can. Indemnity Co. et al. v. A.G.B.C.*, [1974] 4 W.W.R. 752; (1974), 49 D.L.R. (3d) 610 (B.C.S.C.); *de Jong v. Milwaukee Insur. Co.* (1965), 52 W.W.R. 371; 53 D.L.R. (2d) 155 (B.C.S.C.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT v. Merck & Co. et al.* (1994), 87 F.T.R. 230 (F.C.T.D.); revd [1995] 3 F.C. 330 (C.A.)

REFERRED TO:

Irish Shipping Ltd. v. The Queen, [1974] 1 F.C. 445 (T.D.); *Kodak Canada Ltd. v. Polaroid Corp.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 181 (F.C.T.D.); *Smith (S M) v. The Queen*, [1981] CTC 476; (1981), 81 DTC 5351 (F.C.T.D.)

APPLICATION for an order under subsection 456(4) of the *Federal Court Rules* requiring the production of a former Crown employee as deponent on behalf of the Crown at examination for discovery. Application dismissed.

COUNSEL:

James A. O'Reilly, Edward H. Molstad, Q.C., Marco S. Poretti, L. Douglas Rae, and Judy D. MacLachlan for plaintiff Samson Band.

L. Leighton Decore for plaintiff Enoch Band.

Marvin R. V. Storrow, Q.C. and Malcom O. MacLean for plaintiff Ermineskin Band.

Alan D. Macleod, Q.C., W. Clarke Hunter, Thomas E. Valentine and Mary E. Comeau for defendants.

SOLICITORS:

O'Reilly & Associates, Montréal, Parlee McLaws, Edmonton, and Rae & Company, Calgary, for plaintiff Samson Band.
Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, for plaintiff Ermineskin Band.
Biamonte, Cairo & Shortreed, Edmonton, for plaintiff Enoch Band.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. CAE Industries Ltd. et autre, [1977] 2 R.C.S. 566; (1977), 72 D.L.R. (3d) 159; 31 C.P.R. (2d) 236; 13 N.R. 624; *Chhabra c. Canada*, [1986] F.C.J. n° 338 (1^{re} inst.) (QL); *Can. Indemnity Co. et al. v. A.G.B.C.*, [1974] 4 W.W.R. 752; (1974), 49 D.L.R. (3d) 610 (C.S.C.-B.); *de Jong v. Milwaukee Insur. Co.* (1965), 52 W.W.R. 371; 53 D.L.R. (2d) 155 (C.S.C.-B.); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT c. Merck & Co. et al.* (1994), 87 F.T.R. 230 (C.F. 1^{re} inst.); infirmé [1995] 3 C.F. 330 (C.A.)

DÉCISIONS CITÉES:

Irish Shipping Ltd. c. La Reine, [1974] 1 C.F. 445 (1^{re} inst.); *Kodak Canada Ltd. c. Polaroid Corp.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 181 (C.F. 1^{re} inst.); *Smith (S M) c. La Reine*, [1981] CTC 476; (1981), 81 DTC 5351 (C.F. 1^{re} inst.)

REQUÊTE sollicitant une ordonnance en vertu du paragraphe 456(4) des *Règles de la Cour fédérale* afin qu'un ancien employé de la Couronne compare en qualité de représentant de la Couronne et soit interrogé au préalable. Requête rejetée.

AVOCATS:

James A. O'Reilly, Edward H. Molstad, c.r., Marco S. Poretti, L. Douglas Rae, et Judy D. MacLachlan pour la Bande Samson demanderesse.

L. Leighton Decore pour la Bande Enoch demanderesse.

Marvin R. V. Storrow, c.r., et Malcom O. MacLean pour la Bande Ermineskin demanderesse.

Alan D. Macleod, c.r., W. Clarke Hunter, Thomas E. Valentine et Mary E. Comeau pour les défendeurs.

PROCUREURS:

O'Reilly & Associates, Montréal, Parlee McLaws, Edmonton, et Rae & Company, Calgary, pour la Bande Samson demanderesse.
Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, pour la Bande Ermineskin demanderesse.
Biamonte, Cairo & Shortreed, Edmonton, pour la Bande Enoch demanderesse.

Macleod, Dixon, Calgary, for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

MACKEY J.: The plaintiffs (the Ermineskin plaintiffs) apply for an order, pursuant to subsection 456(4) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/90-846, s. 15)], that the defendants (the Crown) produce Mr. Edward E. Moore as the deponent on behalf of the Crown for purposes of examination for discovery by the plaintiffs. The order sought would direct that Mr. Moore be the deponent, in anticipation that another person will be the nominee of the Crown as its deponent, at a stage when discovery by the plaintiffs has not yet begun.

The background

The circumstances are somewhat unusual. The action by plaintiffs in which this application is made is one ordered to be tried with two others: *Chief Victor Buffalo et al. v. Her Majesty the Queen et al.* (T-2022-89) (involving the Samson plaintiffs), and *Chief Jerome Morin et al. v. Her Majesty the Queen* (T-1386-90) (involving the Enoch plaintiffs). The three actions involve similar claims and issues and are to be tried on similar evidence concerning alleged breach of trust or other fiduciary obligations by the Crown in the management of oil and gas resources in reserve lands, in the management of moneys received as royalties from sale of those resources, and in the provision of programs and services for the three Indian bands involved.

Samson plaintiffs in one of the other actions (T-2022-89) have already proceeded with examination for discovery, in relation to oil and gas issues, of a deponent named by the Crown, Mr. James Eickmeier. It is in anticipation that Mr. Eickmeier will also be named by the Crown as its deponent for examination in any discovery by the Ermineskin plaintiffs in regard to oil and gas issues, that those plaintiffs now move for an order that Mr. Moore be

Macleod, Dixon, Calgary, pour les défendeurs.

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

LE JUGE MACKEY: Les demandeurs (les demandeurs Ermineskin) sollicitent une ordonnance en vertu du paragraphe 456(4) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/90-846, art. 15)] afin que les défendeurs (la Couronne) produisent M. Edward E. Moore en qualité de représentant de la Couronne afin qu'il soit interrogé au préalable par les demandeurs. L'ordonnance enjoindrait à M. Moore de témoigner pour éviter qu'une autre personne soit désignée par la Couronne pour témoigner en son nom, alors que les demandeurs n'ont pas encore commencé leur interrogatoire préalable.

Le contexte

Les circonstances de l'affaire sont assez inhabituelles. La requête est présentée dans le cadre d'une action intentée par les demandeurs, dont l'instruction doit avoir lieu simultanément avec celle de deux autres actions: *Le chef Victor Buffalo et autres c. Sa Majesté la Reine et autres* (T-2022-89) (concernant les demandeurs Samson), et *Le chef Jerome Morin et autres c. Sa Majesté la Reine* (T-1386-90) (concernant les demandeurs Enoch). Ces trois actions soulèvent des questions semblables et comportent des demandes similaires. Elles doivent être tranchées à partir d'une preuve commune concernant des allégations d'abus de confiance et de manquement à d'autres obligations fiduciaires, par la Couronne, relativement à la gestion de ressources pétrolières et gazéifères situées sur les réserves, à la gestion de sommes reçues à titre de redevances découlant de la vente de ces ressources et à la mise en œuvre de programmes et de services pour les trois bandes indiennes en cause.

Les demandeurs Samson, dans l'une des autres actions (T-2022-89), ont déjà procédé à l'interrogatoire préalable d'un représentant désigné par la Couronne, M. James Eickmeier, relativement aux questions touchant le pétrole et le gaz. C'est parce qu'ils prévoient que la Couronne désignera à nouveau M. Eickmeier pour témoigner en son nom à l'interrogatoire préalable que mèneront les demandeurs Ermineskin relativement aux questions touchant le pétrole

named by order of the Court to represent the Crown. Their anticipation about the likelihood of the nomination of Mr. Eickmeier by the Crown was not disputed in argument. I note that in argument on this application, the plaintiffs were supported by the Samson ^a plaintiffs and by the Enoch plaintiffs engaged in the parallel actions.

The basis of the plaintiffs' application arises from the comparative lengths of service with the Crown's management of oil and gas reserves of Messrs. Moore and Eickmeier, from a general similarity in ^c terms of the ongoing relationships of both men to the Crown's operations, and from the pattern said by plaintiffs to have evolved in the discovery of Mr. Eickmeier as conducted by Samson plaintiffs. While they are plaintiffs in the concurrent action, ^d T-2022-89, the examination for discovery of Mr. Eickmeier is to serve all three bands, though both Ermineskin plaintiffs and Enoch plaintiffs expect to ask questions in discovery on oil and gas issues particular to their respective claims in their concurrent ^e actions.

Mr. Moore was a regular employee of the Crown, with senior responsibilities in the department concerned with Indian minerals in Western Canada, particularly in Alberta, from 1965 until 1981 when he retired or resigned from the public service. Since 1981 he has continued to work for the Crown from time to time on a contract basis. Now 73 years of age and apparently in good health, he is currently under contract by the Crown, engaged in preparations for trial in this matter. He is reported by Mr. Eickmeier to be working from an office in the litigation support ^h element of the Crown's operations.

Mr. Eickmeier was an employee of the Crown who worked with senior responsibilities in the Indian oil and gas unit from 1987 to 1991. Like Mr. Moore, he is now retired from the public service, but he also continues to work from time to time under contracts with the Crown. Since January 1994 he has been ^j engaged on contract in relation to this litigation,

et le gaz que ces derniers ont déposé une requête afin que la Cour désigne M. Moore pour représenter la Couronne. Leurs prévisions concernant la vraisemblance de la désignation de M. Eickmeier par la Couronne n'ont pas été contestées lors des plaidoiries. Je prends acte du fait que les demandeurs Samson et Enoch, engagés dans des actions parallèles, ont appuyé les demandeurs Ermineskin lors de l'audition de la présente requête.

Les demandeurs fondent leur requête sur le nombre d'années de service de MM. Moore et Eickmeier, respectivement, relativement à la gestion par la Couronne des réserves pétrolifères et gazéifères, sur la ^c similitude des liens qui unissent maintenant ces deux personnes à l'Administration, ainsi que sur la façon dont l'interrogatoire préalable de M. Eickmeier par les demandeurs Samson se serait déroulé. Les demandeurs Samson sont parties à l'action concurrente T-2022-89, mais l'interrogatoire préalable de M. Eickmeier sera utile aux trois bandes, bien que les demandeurs Ermineskin et Enoch aient l'intention de poser, en interrogatoire préalable, des questions touchant le pétrole et le gaz qui concernent spécifiquement les demandes qu'ils font respectivement valoir dans leurs actions concurrentes.

M. Moore était un employé permanent de la Couronne, qui a occupé un poste supérieur dans le ministère responsable des ressources minérales de l'Ouest du Canada, et plus particulièrement de l'Alberta, de 1965 à 1981, année au cours de laquelle il a pris sa retraite ou démissionné de la fonction publique. Depuis 1981, il continue de travailler à l'occasion pour la Couronne en qualité d'entrepreneur. Âgé de 73 ans et apparemment en bonne santé, il est présentement lié par contrat à la Couronne qui a retenu ses services pour préparer l'instruction dans la présente instance. Au dire de M. Eickmeier, il travaille à partir d'un bureau du groupe de soutien juridique de l'Administration.

M. Eickmeier était un employé de la Couronne qui a occupé un poste supérieur au sein de l'unité responsable des ressources pétrolifères et gazéifères des Indiens de 1987 à 1991. Tout comme M. Moore, il a maintenant pris sa retraite de la fonction publique, mais il continue de travailler à l'occasion pour la Couronne à titre d'entrepreneur. Depuis janvier 1994,

primarily in the preparation for, attendance at, and follow-up in fulfilling undertakings arising from his examination for discovery by Samson plaintiffs as the deponent of the Crown in relation to oil and gas issues. In some early sessions of that examination Mr. Moore reportedly attended with Mr. Eickmeier and the latter sought advice from Mr. Moore before responding to some questions but that practice did not long continue.

The plaintiffs herein note that the Crown's list of documents disclosed to date includes approximately 3,600 documents to or from Mr. Moore over the years from 1965 until mid-February 1990. There are only approximately 375 documents to or from Mr. Eickmeier on that list, from 1987 on. In the discovery of Mr. Eickmeier by Samson plaintiffs to date there have been in excess of 2,500 undertakings by him to inform himself. Many responses to these undertakings completed thus far are expressly based on information from Mr. Moore, and Mr. Eickmeier has acknowledged that Mr. Moore, with whom he has spent substantial time, is the person who has been of most assistance in obtaining information, and answering undertakings, in regard to the period 1965-1981. In my view, the more extensive involvement of Mr. Moore which gives rise to consultation with him is not surprising given the comparative lengths of service of the two men who at different times had responsibilities in regard to management of Indian oil and gas resources, including those of the plaintiff bands.

Based in part on that background and in part on the process that has evolved in the examination for discovery of Mr. Eickmeier, the plaintiffs urge that designation of Mr. Moore as deponent for the Crown would be more expeditious, facilitating the process of discovery. The number of undertakings by Mr. Eickmeier, the fact that he frequently consults with or relies upon Mr. Moore to complete responses to undertakings, and the fact that those responses frequently lead to other questions by plaintiffs which then become the subject of further undertakings and

il travaille en vertu d'un contrat relativement au présent litige, principalement pour préparer l'interrogatoire préalable mené par les demandeurs Samson, y assister et assurer le suivi des engagements en qualité de représentant de la Couronne relativement aux questions touchant le pétrole et le gaz. Lors de séances antérieures de l'interrogatoire préalable, M. Moore aurait été présent aux côtés de M. Eickmeier, qui lui aurait demandé conseil avant de répondre à certaines questions, mais cette pratique aurait rapidement pris fin.

Les demandeurs Ermineskin soulignent que la liste des documents de la Couronne divulgués à ce jour comprend environ 3 600 documents émanant de M. Moore ou adressés à celui-ci, entre 1965 et la mi-février 1990. Sur cette liste, on ne compte qu'environ 375 documents émanant de M. Eickmeier ou adressés à celui-ci à partir de 1987. Au cours de son interrogatoire préalable par les demandeurs Samson, M. Eickmeier s'est engagé à obtenir des renseignements à plus de 2 500 reprises jusqu'à maintenant. Bon nombre de réponses fournies à ce jour en vertu de ces engagements sont expressément fondées sur des renseignements obtenus auprès de M. Moore et M. Eickmeier a reconnu que M. Moore, avec qui il a passé beaucoup de temps, est la personne qui l'a le plus aidé à obtenir des renseignements et à répondre aux engagements en ce qui a trait à la période s'échelonnant de 1965 à 1981. Je suis d'avis que la participation plus active de M. Moore, qui a été consulté, n'est pas surprenante compte tenu du nombre respectif d'années de service de ces deux personnes qui, à des moments différents, ont exercé des fonctions relatives à la gestion des ressources gazéifères et pétrolières des Indiens, et notamment des bandes demanderesse.

En se fondant en partie sur ce contexte et en partie sur la façon dont s'est déroulé l'interrogatoire préalable de M. Eickmeier, les demandeurs soutiennent que la désignation de M. Moore en qualité de représentant de la Couronne serait plus efficace et permettrait de faciliter le processus de l'interrogatoire préalable. Les nombreux engagements pris par M. Eickmeier, le fait qu'il consulte fréquemment M. Moore ou qu'il s'en remette à lui pour répondre à ses engagements et les nouvelles questions souvent suscitées, auprès des demandeurs, par les réponses fournies, qui donnent

ultimately further responses, delays obtaining information to which the plaintiffs are entitled.

I note that the plaintiffs do not say that Mr. Eickmeier is not a competent deponent. They do urge that he is not as well informed as Mr. Moore and that examination for discovery would be greatly facilitated if Mr. Moore were named as the deponent for the Crown. Unless that is done, it is urged that discoveries will be less effective and efficient than they could be. Moreover, it is said the plaintiffs are hindered in obtaining admissions or information which will advance their case and simplify its presentation to the Court, for Mr. Moore, by his association with these issues over more than 25 years has an appreciation of fundamental issues and the continuity of events that are significant in this case, whereas Mr. Eickmeier has no similar extensive experience that would provide a comparable understanding. Finally, the plaintiffs submit they will be prejudiced if Mr. Moore is not examined with respect to events with which he has been involved over more than 25 years, while there would appear to be no prejudice to the Crown if he were directed to be its deponent.

Though the Crown did not submit evidence by affidavit in response to the Ermineskin plaintiffs' application, it is submitted in argument that Mr. Moore, at his age, is not willing to act as the Crown's deponent. Because of the scope of matters in issue between the parties, and with numerous government departments involved over the 50 years or more that are embraced in the plaintiffs' claims, whoever is the deponent for the Crown must undertake to inform himself as well as he can and to give undertakings for written responses to proper questions asked but not answered in discovery. That involvement Mr. Moore is said to be unwilling to undertake. Mr. Eickmeier, in the Crown's judgment, is competent to be its deponent and he is willing to make the commitment required, as he has done since January 1994. Moreover, in so far as Mr. Moore's direct involvement with management of Indian oil and gas resources was more

lieu à de nouveaux engagements et, en bout de ligne, à des réponses additionnelles, retardent l'obtention, par les demandeurs, de renseignements auxquels ils ont droit.

a Je constate que les demandeurs ne contestent pas que M. Eickmeier est un représentant habile à témoigner. Ils font valoir qu'il n'est pas aussi bien informé que M. Moore et que l'interrogatoire préalable serait grandement facilité si M. Moore était désigné en qualité de représentant de la Couronne. À défaut, ils soutiennent que les interrogatoires seront moins adéquats et efficaces qu'ils ne le pourraient. Les demandeurs prétendent en outre que la désignation de M. Eickmeier les empêcherait d'obtenir des aveux ou des renseignements qui seraient favorables à leur cause et qui simplifieraient sa présentation devant la Cour, car M. Moore, dont l'expérience de ces questions remonte à plus de 25 ans, a une perception des questions fondamentales et de la suite des événements qui n'est pas négligeable en l'espèce, alors que M. Eickmeier ne jouit pas d'une aussi longue expérience qui lui permettrait d'avoir une compréhension comparable des événements. Enfin, les demandeurs affirment qu'ils subiront un préjudice si M. Moore n'est pas interrogé relativement aux événements auxquels il a participé pendant plus de 25 ans, alors que la Couronne ne subirait apparemment aucun préjudice si la Cour ordonnait que M. Moore témoigne en son nom.

Bien que la Couronne n'ait introduit aucune preuve par affidavit pour contester la requête des demandeurs Ermineskin, elle a plaidé que M. Moore, compte tenu de son âge, n'est pas disposé à témoigner au nom de la Couronne. Étant donné la portée des questions en litige entre les parties et le nombre de ministères en cause pendant la période de 50 ans ou plus visée par la demande des demandeurs, la personne désignée pour témoigner au nom de la Couronne devra s'engager à faire de son mieux pour obtenir des renseignements et à fournir, le cas échéant, des réponses écrites aux questions qui lui auront été posées mais auxquelles elle n'aura pas répondu à l'interrogatoire préalable. M. Moore affirme qu'il n'est pas disposé à prendre de pareils engagements. La Couronne est d'avis que M. Eickmeier est habile à répondre en son nom et qu'il est prêt à prendre les mesures voulues pour

extended than Mr. Eickmeier, the Crown urges that discovery is to determine facts, not the perceptions or understandings of the deponent, and thus even for Mr. Moore his involvement in assisting with responses to undertakings requires that he review past records and refresh his memory about factual matters. Finally, while his direct experience does span a more substantial portion of the time in issue than does that of Mr. Eickmeier, even Mr. Moore's experience, with direct responsibilities, spans only 15 of some 50 years.

The Rules

The Court's Rules relating to examination for discovery, particularly of the Crown, were most recently revised by Amending Order No. 13, SOR/90-846, section 15, effective December 7, 1990. The relevant provisions of Rule 456 which became effective in 1990 are here set out, with their antecedents in Rule 465 as it applied previously. The former provision is of interest in considering jurisprudence referred to by counsel in argument.

Rule 456. (1) A party may, without leave of the Court, examine for discovery any adverse party only once.

(2) Where a corporation or an unincorporated group or body of persons is to be examined for discovery, it shall select an informed officer, director, member or employee to be examined on its behalf.

(3) Where the Crown is to be examined for discovery, the Attorney General of Canada or the Deputy Attorney General of Canada shall select an informed officer, servant or employee to be examined on behalf of the Crown.

(4) The Court may, on the application of a party entitled to examine the person selected under paragraph (2) or (3), order that some other person be examined.

Rule 465. (1) For the purposes of this Rule, a party may be examined for discovery, as hereinafter in this Rule provided,

collaborer comme il l'a fait depuis janvier 1994. De plus, dans la mesure où la participation directe de M. Moore à la gestion des ressources gazeuses et pétrolifères des Indiens a duré plus longtemps que celle de M. Eickmeier, la Couronne soutient que l'interrogatoire préalable vise à établir les faits et non la perception et la compréhension qu'en a le témoin; par conséquent, M. Moore doit lui aussi, pour aider à répondre aux engagements, consulter les anciens dossiers et se rafraîchir la mémoire quant aux faits. Enfin, bien que son expérience directe s'étende sur une plus grande partie de la période en cause que celle de M. Eickmeier, il n'a occupé un poste directement pertinent que pendant 15 des 50 années visées par la demande.

Les Règles

Les Règles de la Cour qui régissent l'interrogatoire préalable, plus particulièrement dans le cas de la Couronne, ont récemment fait l'objet de modifications énoncées dans l'ordonnance modificatrice n° 13, DORS/90-846, article 15, qui est entrée en vigueur le 7 décembre 1990. Les dispositions pertinentes de la Règle 456 qui s'appliquent depuis 1990 sont reproduites ci-dessous avec les dispositions de la Règle 465 qu'elles ont remplacées. Le libellé de l'ancien texte revêt une certaine importance pour l'examen de la jurisprudence mentionnée par les avocats dans leurs plaidoiries.

Règle 456. (1) Une partie n'a le droit d'interroger toute partie adverse au préalable qu'une seule fois sans l'autorisation de la Cour.

(2) Lorsqu'une personne morale, un groupe de personnes ou une entité non constitué est soumis à un interrogatoire préalable, il doit choisir un dirigeant, un directeur, un membre ou un employé bien renseigné qui sera interrogé en son nom.

(3) Lorsque la Couronne est soumise à un interrogatoire préalable, le procureur général du Canada ou le sous-procureur général du Canada désigne un gestionnaire, un fonctionnaire ou un employé bien renseigné pour répondre en son nom.

(4) Lorsqu'elle est saisie d'une demande de la part d'une partie ayant le droit d'interroger une personne désignée conformément à l'alinéa (2) ou (3), la Cour peut ordonner qu'une autre personne soit interrogée.

Règle 465. (1) Aux fins de la présente Règle, on peut procéder à l'interrogatoire préalable d'une partie, tel que ci-après prévu dans cette Règle,

(b) if the party is a corporation or any body or group of persons empowered by law to sue or to be sued, either in its own name or in the name of any officer or other person, by questioning any member or officer of such corporation, body or group,

(c) if the party is the Crown, by questioning any departmental or other officer of the Crown nominated by the Attorney General of Canada or Deputy Attorney General of Canada or by order of the Court, and

(d) in any case, by questioning a person who has been agreed upon by the examining party and the party to be examined with the consent of such person,

b) si la partie est une corporation ou un corps ou autre groupe de personnes autorisé à ester en justice, soit en son propre nom soit au nom d'un membre de sa direction ou d'une autre personne, en interrogeant un membre de la direction ou autre membre de cette corporation ou de ce groupe,

c) si la partie est la Couronne, en interrogeant un officier ministériel ou autre officier de la Couronne désigné par le procureur général du Canada ou le sous-procureur général du Canada ou par ordonnance de la Cour, et

d) dans tous les cas, en interrogeant une personne qui, avec son consentement, a été agréée par la partie qui procède à l'interrogatoire et par la partie qui en est l'objet.

Analysis

In reliance on *R. v. CAE Industries Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 566 and *Chhabra v. Canada*, [1986] F.C.J. No. 338 (T.D.) (QL) the defendants submit that as Mr. Moore has not been an officer, servant or employee of the Crown since 1981, he cannot be nominated by the Court to be examined for discovery as a representative of the defendants. Both cases concerned the application of former paragraph 465(1)(c) of the Rules which provided for examination for discovery of the Crown, as a party, "by questioning any departmental or other officer of the Crown nominated by the Attorney General of Canada . . . or by order of the Court". In *CAE Industries* the Supreme Court held that Rule did not permit the Court to name a former Minister of the Crown, who had left office, even though when he was in office he might be considered to be the best informed "officer of the Crown", since he was not at the time of discovery "a departmental or other officer of the Crown". In *Chhabra* Mr. Justice Collier simply dismissed a motion by the plaintiff who sought an order directed to persons who were not "officers of the Crown", and had no employment or other relationship to the Crown, to be examined for discovery on behalf of the Crown.

The change to the Rules in 1990 now provides, by subsection 456(3) of the Rules, where the Crown is to be examined for discovery, the Attorney General of Canada or his Deputy "shall select an informed

Analyse

Les défendeurs se fondent sur les décisions *R. c. CAE Industries Ltd. et autre*, [1977] 2 R.C.S. 566 et *Chhabra c. Canada*, [1986] F.C.J. n° 338 (1^{re} inst.) (QL), pour faire valoir que M. Moore n'est plus un gestionnaire, un fonctionnaire ou un employé de la Couronne depuis 1981 et que la Cour ne peut donc pas ordonner qu'il soit interrogé au préalable au nom des défendeurs. Les deux affaires précitées concernaient l'application de l'ancien alinéa 465(1)c) des Règles en vertu duquel on pouvait procéder à l'interrogatoire préalable de la Couronne, en qualité de partie, «en interrogeant un officier ministériel ou autre officier de la Couronne désigné par le procureur général du Canada . . . ou par ordonnance de la Cour». Dans l'affaire *CAE Industries*, la Cour suprême a statué que cette règle ne permettait pas à la Cour de désigner un ancien ministre de la Couronne qui n'était plus en poste même si, à l'époque où il était ministre, il pouvait être considéré comme «l'officier de la Couronne» le mieux informé car, au moment de l'interrogatoire préalable, il n'était plus un «officier ministériel ou autre officier de la Couronne». Dans *Chhabra*, le juge Collier a simplement rejeté une requête présentée par la partie demanderesse en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à des personnes qui n'étaient pas des «fonctionnaires de la Couronne» et qui n'avaient aucun lien, et notamment aucun lien d'emploi, avec la Couronne de répondre à l'interrogatoire préalable au nom de la Couronne.

À la suite des modifications apportées en 1990, le paragraphe 456(3) des Règles prévoit maintenant que, lorsque la Couronne est soumise à un interrogatoire préalable, le procureur général du Canada ou le

officer, servant or employee to be examined on behalf of the Crown". While the status or terms of employment of the person selected are not defined, the terms used, in my opinion, may be interpreted as intending to include all persons connected with the Crown (or the corporation) best informed of matters that may define and narrow the issues between the parties at trial. See *Can. Indemnity Co. et al. v. A.G.B.C.*, [1974] 4 W.W.R. 752 (B.C.S.C.) and *de Jong v. Milwaukee Insur. Co.* (1965), 52 W.W.R. 371 (B.C.S.C.) dealing with the scope of the term "officer or servant" of a corporation in the provision for examination for discovery under then B.C. Rules, which declined to interpret the term in a restricted sense. Rather the courts in those cases held that whether the proposed deponent was sufficiently connected with the corporate party to be considered an officer or servant for purposes of the Rule was a matter to be assessed in the circumstances of each case.

It is of passing interest in this case that neither Mr. Moore, nor Mr. Eickmeier qualify as an "officer, servant or employee" of the Crown in a strict or narrow sense, both having left full-time employment in the public service some years ago. Yet each continues to serve the Crown on a contract basis, and each has a measure of experience from his former service which would qualify him as a deponent. The one difference in current contract arrangements would appear to be that while both are retained for assistance in preparation for the trial in this litigation, only Mr. Eickmeier appears to have a contract under which he is to serve as the Crown's deponent in examination for discovery. That role, it is said in argument, Mr. Moore is unwilling to assume.

The plaintiffs urge on the authority of *Irish Shipping Ltd. v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 445 (T.D.) and *Kodak Canada Ltd. v. Polaroid Corp.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 181 (F.C.T.D.) that there is no presump-

sous-procureur général du Canada «désigne un gestionnaire, un fonctionnaire ou un employé bien renseigné pour répondre en son nom». Bien que le statut ou les conditions d'emploi de la personne désignée ne soient pas précisés, on peut selon moi conclure, à partir des termes utilisés, que le législateur avait l'intention d'inclure toutes les personnes qui ont un lien avec la Couronne (ou avec la personne morale) et qui sont les mieux renseignées quant aux faits susceptibles de préciser et de délimiter les questions à trancher entre les parties lors de l'instruction. Voir les affaires *Can. Indemnity Co. et al. v. A.G.B.C.*, [1974] 4 W.W.R. 752 (C.S.C.-B.) et *de Jong v. Milwaukee Insur. Co.* (1965), 52 W.W.R. 371 (C.S.C.-B.), qui traitent de la portée de l'expression [TRADUCTION] «dirigeant ou employé» d'une personne morale dans la disposition des Règles de la Colombie-Britannique prévoyant l'interrogatoire préalable. Les tribunaux ont refusé de donner à cette expression une interprétation restrictive. Ils ont plutôt statué que la question de savoir si le témoin proposé avait, avec la personne morale, des liens suffisants pour être considéré comme l'un de ses dirigeants ou employés aux fins de cette Règle devait être évaluée en tenant compte des circonstances particulières à chaque espèce.

Il est très intéressant de noter en l'espèce que ni M. Moore, ni M. Eickmeier, n'ont la qualité de «gestionnaire, fonctionnaire ou employé» de la Couronne au sens strict ou étroit, ces deux personnes ayant quitté leur emploi à temps plein au sein de la fonction publique il y a plusieurs années. Toutefois, chacun d'eux continue de travailler pour la Couronne en qualité d'entrepreneur et a acquis suffisamment d'expérience dans ses anciennes fonctions pour pouvoir témoigner. Leurs contrats respectifs actuels ne se distinguent apparemment que par un élément: bien que leurs services aient été retenus pour aider à la préparation de l'instruction dans la présente instance, seul M. Eickmeier semble être tenu par son contrat de répondre à l'interrogatoire préalable en qualité de représentant de la Couronne. On a précisé, lors des plaidoiries, que M. Moore n'est pas disposé à assumer ce rôle.

Les demandeurs s'appuient sur les décisions *Irish Shipping Ltd. c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 445 (1^{re} inst.) et *Kodak Canada Ltd. c. Polaroid Corp.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 181 (C.F. 1^{re} inst.), pour faire

tion the person nominated by the Crown to be examined for discovery on behalf of the Crown is necessarily the person who ought to be examined. Indeed it is presumed that counsel for the examining party knows best who should be examined. On this very basis, where the Court was satisfied that someone more suitable than the person nominated by the Crown is in a position of sufficient responsibility to provide answers binding upon the Crown, the Associate Chief Justice ordered that a designated person, as nominated by the examining plaintiff, be named as deponent for the Crown in examination for discovery: *Smith (S M) v. The Queen*, [1981] CTC 476 (F.C.T.D.).

In my opinion, those cases must be read in light of paragraph 465(1)(c) of the Rules as it then applied, which provided for “questioning any departmental or other officer of the Crown nominated by the Attorney General . . . or by order of the Court”. Subsection 456(3) of the Rules now provides for naming of the deponent by the Crown, and under subsection 456(4) of the Rules for the Court “on the application of a party entitled to examine the person selected under paragraph . . . (3) [to] order that some other person be examined”. It seems clear to me that this means a two-step process, a determination about who shall be nominated as deponent for the Crown to be made by the Attorney General or his deputy, and only thereafter possible intervention by the Court. It is unlikely that intervention would be exercised unless it were to be demonstrated that the nominee of the Crown is not informed, or capable of being informed, of the facts essential to the issues upon which discovery is pursued.

In the only analogous case to which I have found reference, dealing with the comparable provisions of current Rule 456 concerning naming of deponents for corporations under subsection (2) and the possible intervention of the Court under subsection (4), Mr. Justice Muldoon construed the process as a two-step process: *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT v.*

valoir qu’il n’existe aucune présomption selon laquelle la personne désignée par la Couronne pour répondre en son nom à l’interrogatoire préalable est nécessairement la personne qui doit être interrogée. En fait, l’avocat de la partie qui procède à l’interrogatoire serait présumé savoir mieux que quiconque qui devrait être interrogé. Ainsi, dans un cas où la Cour était convaincue qu’une personne plus appropriée que celle désignée par la Couronne occupait un poste suffisamment élevé pour fournir des réponses qui lieraient la Couronne, le juge en chef adjoint a ordonné qu’une personne, choisie par la partie demanderesse qui procédait à l’interrogatoire, soit interrogée au préalable au nom de la Couronne: *Smith (S M) c. La Reine*, [1981] CTC 476 (C.F. 1^{re} inst.).

Je suis d’avis que ces décisions doivent être interprétées en tenant compte du libellé de l’alinéa 465(1)c) des Règles en vigueur à l’époque, selon lequel on pouvait procéder à l’interrogatoire préalable «en interrogeant un officier ministériel ou autre officier de la Couronne désigné par le procureur général du Canada . . . ou par ordonnance de la Cour». Par application du paragraphe 456(3) des Règles, la Couronne désigne maintenant son représentant et la Cour peut, en vertu du paragraphe 456(4) des Règles, «[l]orsqu’elle est saisie d’une demande de la part d’une partie en droit d’interroger une personne désignée, conformément à l’alinéa . . . (3), . . . ordonner qu’une autre personne soit interrogée». Il me paraît clair que ces dispositions établissent un processus en deux étapes: le procureur général ou le sous-procureur général détermine d’abord qui doit représenter la Couronne et ce n’est qu’après que la Cour peut intervenir. Il est peu probable que la Cour exerce son pouvoir d’intervenir, à moins qu’il ne soit établi que la personne désignée par la Couronne n’est ni renseignée ni en mesure d’obtenir des renseignements quant aux faits essentiels aux questions visées par l’interrogatoire préalable.

La seule cause analogue à laquelle j’ai pu me reporter traite des dispositions comparables de la Règle 456 concernant la désignation des représentants des personnes morales en vertu du paragraphe (2) et l’intervention possible de la Cour en vertu du paragraphe (4). Le juge Muldoon y a interprété le processus à suivre comme comportant deux volets:

Merck & Co. et al. (1994), 87 F.T.R. 230 (F.C.T.D.). He dismissed an application by defendants for an order naming certain persons to be deponents of the plaintiff corporation essentially on the ground the motion was premature, where plaintiffs offered to name two representatives as deponents and there was no evidence that those nominees would be ineffective or unsuitable. In his view [at pages 232-233], the defendants in that case

... must be content with the plaintiff's first selection, or in this case the generous two selections, unless they can persuade the plaintiff, without compulsion, to reconsider. The plaintiff is not obliged to do so. If the persons whom the plaintiff initially selected turn out to be uninformed or only poorly informed, then the defendants would be entitled to invoke rule 456(4). The defendants' motion here is premature. It will accordingly, be dismissed. Another time, the defendants will require cogent evidence that some person, other than one selected by the plaintiff is really needed.

On appeal, in dealing with this issue, Chief Justice Isaac, speaking for the Court of Appeal ([1995] 3 F.C. 330) said (at page 335):

The Motions Judge pointed out, correctly in my respectful view, that by virtue of subsection 456(2) [as am. *idem*] of the Rules, the right to designate the person or persons to be examined for discovery on behalf of the respondent corporation is given to the respondent in the first instance and not to the appellants or to the Court. Until the respondent's designates had demonstrated during the examination for discovery that they were not informed persons within the meaning of subsection 456(2) of the Rules, the appellants could not invoke to their benefit the provisions of subsection 456(4) of the Rules.

The provisions of Rule 456 relating to naming a deponent of the Crown for purposes of discovery parallel those for naming a deponent for a corporate party to be examined in discovery, i.e., subsections (3) and (2) respectively. The authority of the Court to intervene and name a deponent under subsection (4) would appear to be similar in both cases.

It seems to me that the change in the Rules in 1990 does change implicitly the role of the Court in naming a deponent to represent the Crown in examination for discovery. That change puts the Court in a second

Richter Gedeon Vegyészeti Gyar RT c. Merck & Co. et autre (1994), 87 F.T.R. 230 (C.F. 1^{re} inst.). Il a rejeté la requête par laquelle les défenderesses réclamaient une ordonnance désignant certaines personnes pour témoigner au nom de la personne morale demanderesse. Ses motifs s'appuient essentiellement sur le fait que la requête était prématurée, la demanderesse ayant proposé de nommer deux représentants pour répondre à l'interrogatoire et aucune preuve n'ayant établi que leur témoignage aurait été inefficace ou inapproprié. De l'avis du juge Muldoon [aux pages 232 et 233], les défenderesses devaient en l'espèce

... se satisfaire du premier choix de la demanderesse, ou, dans ce cas-ci, des deux personnes que cette dernière a généreusement choisies, à moins qu'elles ne puissent persuader la demanderesse, sans la contraindre, de se raviser. La demanderesse n'est pas tenue de le faire. Si les personnes que la demanderesse a initialement désignées ne sont pas renseignées, ou si elles sont mal renseignées, les défenderesses auraient le droit d'invoquer la Règle 456(4). La requête qu'elles ont présentée en l'espèce est prématurée. Par conséquent, elle sera rejetée. Une autre fois, les défenderesses auront besoin d'une preuve forte qu'une personne autre que celle que la demanderesse a désignée est réellement nécessaire.

En appel, le juge en chef Isaac a déclaré à la page 335 au nom de la Cour d'appel ([1995] 3 C.F. 330):

Le juge des requêtes a signalé, avec raison à mon humble avis, qu'en vertu du paragraphe 456(2) [mod., *idem*] des Règles, le droit de désigner la ou les personnes qui seront soumises à un interrogatoire préalable pour la société intimée est accordé à l'intimée dans le premier cas mais non aux appelantes ou à la Cour. Tant que les personnes désignées par l'intimée n'avaient pas montré durant l'interrogatoire préalable qu'elles n'étaient pas des personnes bien renseignées au sens du paragraphe 456(2), les appelantes ne pouvaient pas invoquer à leur avantage les dispositions du paragraphe 456(4).

Les paragraphes (3) et (2) de la Règle 456 qui traitent respectivement de la désignation du représentant de la Couronne et de celle du représentant d'une personne morale aux fins de l'interrogatoire préalable sont similaires. Le pouvoir de la Cour d'intervenir et de désigner la personne qui sera interrogée en vertu du paragraphe (4) semble identique dans les deux cas.

J'estime que les modifications apportées aux Règles en 1990 changent implicitement le rôle de la Cour en ce qui a trait à la désignation du représentant de la Couronne aux fins de l'interrogatoire préalable.

dary role, to be invoked when a deponent nominated by the Crown proves to be uninformed and incapable of being informed. This implies a greater recognition, than may have been the case under the former Rule, of the role of the deponent in an examination for discovery of the Crown, or a corporation, in binding the Crown or the corporation, as the party the deponent represents, by his or her admissions of fact. That aspect of the deponent's role necessarily implies that he or she be a person in whom the Crown has reasonable confidence as its representative with implicit authority to bind the Crown.

Conclusion

I am persuaded in the circumstances of this case that Mr. Moore, from his direct experience from 1965 to 1981 may be expected to be the better informed, of the two persons here considered as possible deponents, about oil and gas issues arising in those years. Undoubtedly even he must have to review documents to refresh his memory of facts and events as long as 30 years ago. I would urge that the Crown here give serious consideration to seeking arrangements with Mr. Moore for him to be deponent of the Crown in relation to those issues in the years 1965 to 1981. They are not the only issues or the only years of significance in these actions and another deponent or deponents would obviously be required. If this could facilitate the process of examination for discovery to any significant degree, that would assist all parties in this case.

Nevertheless, I am not prepared to grant the order sought by the Ermineskin plaintiffs. It is said that Mr. Moore is not willing to be the Crown's deponent and that, as he is no longer employed by the Crown except on a contract basis, the Crown cannot require him to be its deponent. This Court would have to be persuaded there were exceptional circumstances that warranted making an order that would direct Mr. Moore to undertake the role of deponent unless it had some assurance that he was willing to do so, and further that the Crown had reasonable confidence in him as its representative with authority to bind the Crown

Elles attribuent à la Cour un rôle de second plan, qu'elle peut jouer lorsque le représentant désigné par la Couronne s'avère mal renseigné et incapable d'obtenir des renseignements. Cette nouvelle disposition traduit une plus grande reconnaissance implicite qu'auparavant du fait que la personne interrogée au préalable au nom de la Couronne ou d'une personne morale lie la partie qu'elle représente, savoir la Couronne ou la personne morale, par ses aveux sur des questions de fait. Cet aspect du rôle de la personne interrogée implique nécessairement qu'elle jouit d'une confiance raisonnable de la part de la Couronne pour agir comme son représentant ayant le pouvoir implicite de la lier.

Conclusion

Je suis convaincu qu'on peut s'attendre en l'espèce que M. Moore soit la mieux renseignée des deux personnes envisagées comme témoins éventuels sur les questions touchant le pétrole et le gaz pour les années 1965 à 1981, en raison de l'expérience directe qu'il a acquise à cette époque. Il ne fait aucun doute que même M. Moore devra consulter des documents pour se rafraîchir la mémoire relativement à des faits et à des événements survenus il y a 30 ans. J'insisterais pour que la Couronne envisage sérieusement de prendre des arrangements avec M. Moore afin qu'il réponde à l'interrogatoire au nom de la Couronne relativement à ces questions pour la période s'échelonnant de 1965 à 1981. Il ne s'agit pas là des seules questions et des seules années pertinentes en l'espèce et d'autres témoins devront manifestement être entendus. Si le processus de l'interrogatoire préalable pouvait être ainsi facilité de façon significative, toutes les parties en bénéficieraient.

Toutefois, je ne suis pas disposé à prononcer l'ordonnance sollicitée par les demandeurs Ermineskin. On a affirmé que M. Moore n'était pas disposé à témoigner au nom de la Couronne et que celle-ci ne peut exiger qu'il témoigne en son nom car il n'est plus au service de la Couronne, si ce n'est à titre d'entrepreneur. La Cour ne pourrait enjoindre à M. Moore de témoigner que si elle était convaincue que les circonstances le justifient, à moins qu'il soit raisonnablement certain qu'il est disposé à le faire et qu'il jouit d'une confiance raisonnable de la part de la Couronne pour agir comme son représentant ayant

by his admission of facts. At this stage there is no assurance of either.

While I dismiss the application of the Ermineskin plaintiffs at this stage, I do not do so on the ground that it is premature. That issue was not argued before me and in argument it was assumed the Crown will name Mr. Eickmeier as its deponent to be examined in any discovery carried on by Ermineskin plaintiffs. Mr. Eickmeier's role in a similar capacity in the examination for discovery as the deponent of the Crown for questions asked by Samson plaintiffs in a related action has already provided a basis for Ermineskin plaintiffs to judge whether he is an informed person, a requirement of any nominee of the Crown under subsection (3) of Rule 456. The essence of the plaintiffs' case in this motion is that Mr. Eickmeier is not as well informed as Mr. Moore. I do not believe that provides a ground for this Court's intervention under subsection 465(4) of the Rules. If at a later stage the plaintiffs' experience with Mr. Eickmeier leads to a more negative assessment and that he is indeed uninformed, the plaintiffs would not be barred from advancing another motion inviting the Court to order that someone other than the person nominated by the Crown, who is prepared to serve and whose experience or responsibility qualify service to be the deponent of the Crown in examination for discovery.

For the reasons set out, an order goes dismissing this application of the plaintiffs.

le pouvoir de la lier par ses aveux sur des questions de fait. Pour l'instant, aucun de ces faits n'est établi.

Bien que je rejette la requête des demandeurs Ermineskin à cette étape de la procédure, je ne me fonde pas sur le caractère prématuré de la requête. Cette question n'a pas été plaidée devant moi et, au cours des plaidoiries, les parties ont présupposé que la Couronne désignerait M. Eickmeier pour répondre à l'interrogatoire préalable auquel les demandeurs Ermineskin entendent procéder. Le rôle semblable joué par M. Eickmeier, lorsqu'il a été interrogé au préalable au nom de la Couronne par les demandeurs Samson dans une action connexe, a déjà fourni aux demandeurs Ermineskin un fondement qui leur permet de juger s'il s'agit d'une personne bien renseignée, caractéristique requise des représentants de la Couronne en vertu du paragraphe (3) de la Règle 456. L'argument essentiel invoqué par les demandeurs à l'appui de la présente requête porte que M. Eickmeier n'est pas aussi bien renseigné que M. Moore. Je ne crois pas que ce soit là un motif qui permette à la Cour d'intervenir en vertu du paragraphe 456(4) des Règles. Si, à une étape ultérieure, lorsqu'ils auront traité avec M. Eickmeier, les demandeurs en arrivent à une conclusion plus négative et constatent qu'il n'est effectivement pas bien renseigné, ils pourront présenter une nouvelle requête pour demander à la Cour d'ordonner à une personne autre que celle désignée par la Couronne de répondre à l'interrogatoire préalable au nom de la Couronne, cette personne étant disposée à témoigner et qualifiée pour le faire en raison de son expérience et de ses fonctions.

Pour les motifs énoncés, je prononce une ordonnance rejetant la requête des demandeurs.

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 Canadian Human Rights Commission's decision not to deal with applicant's complaint—Applicant filed formal complaint of discrimination with Commission against employer—Employer recommended applicant be released—Appeal board dismissed applicant's appeal following his release—Commission decided to consider applicant's case even though time to file complaint expired (first decision)—Commission decided not to deal with complaint as no further proceedings warranted following appeal board's decision—Applicant argued Commission simply adopted appeal board's decision rather than exercising own discretion—Where applicant has taken advantage of available internal remedies, Commission may not refuse to exercise its jurisdiction on ground matter has already been decided—Commission did not exercise its discretion reasonably, as based its decision not on its assessment of case but on fact appeal board had already dealt with matter—Commission committed error of law by refusing to exercise its jurisdiction—Although complaint filed after time expired, Commission's decision to reconsider case implicitly set aside its first decision—Application allowed.

BOUDREAU V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1514-94, Tremblay-Lamer J., order dated 11/7/95, 5 p.)

BANKRUPTCY

Application for judicial review of decision ordering three-month suspension of applicant's licence to practice as trustee in bankruptcy—Auditor's report commissioned by office of Superintendent of Bankruptcy revealing deficiencies in applicant's bankruptcy trustee business and recommending suspension of applicant's licence for period of six months—Act, s. 14(2) hearing held allowing applicant opportunity to "demonstrate faults reproached . . . not sustained by facts" (applicant's burden)—Applicant required to meet burden after report tabled but prior to testimony and cross-examination of auditor, i.e. respondent's case "split"—Applicant raising issues with respect to conduct of hearing—Rules of natural justice applying to s. 14(2) hearing; as applicant's professional licence

BANKRUPTCY—Concluded

at stake, applicant entitled to know case required to meet before testifying at disciplinary hearing—Split case resulting in greater risk of breach of *audi alteram partem* principle, however, adoption of split case not in itself constituting breach—As auditor's testimony not raising new matters not contained in comprehensive report and as applicant not identifying any prejudice at hearing, split case not constituting breach—Burden of showing report allegations not substantiated by facts fair statement of applicant's role at s. 14(2) hearing—Late production of handwritten working papers referred to by auditor not constituting breach of natural justice as documents not containing new information and as applicant's counsel given time to review documents and permitted to continue cross-examination on content after lengthy adjournment—Imposition of suspension within adjudicator's discretion and supported by facts; decision not so capricious or unreasonable as to constitute reviewable error—Application dismissed—Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 14(2) (as enacted by S.C. 1992, c. 27, s. 9).

PERRIER V. CANADA (SUPERINTENDENT OF BANKRUPTCY) (T-2093-94, Simpson J., order dated 5/5/95, 11 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Appeal pursuant to question certified by Trial Judge in *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.): may adjudicator lawfully detain Convention refugee or Convention refugee claimant pursuant to Act, s. 103, as unlikely to report for removal solely upon person's expressed unwillingness to return to country where he or she fears persecution—Certified question moot as appellant now either Convention refugee or Convention refugee claimant—Court refusing to consider question as question not appropriately posed, i.e. question not catching flavour of appellant's insistence not reporting for removal where resulting in forcible return to sole country to which having right to return—Appeal dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 103 (as

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28; s. 27; S.C. 1992, c. 49, s. 94).

SAHIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-575-94, MacGuigan J.A., judgment dated 8/6/95, 2 pp.)

Inadmissible persons

Whether security certificate filed by Solicitor General of Canada, Minister of Citizenship and Immigration under Immigration Act, s. 40.1 reasonable on basis of evidence and information available to Court—Respondent member of Fatah, organization within Palestinian Liberation Organization (PLO)—Claiming status as Convention refugee—Security certificate stating respondent did not qualify for admission to Canada as person described in Act, s. 19(1)(f)(ii), (iii)(B)—Court must decide whether reasonable for Ministers to issue security certificate identifying respondent as member of inadmissible class of persons described in s. 19(1)(f)(ii) or s. 19(1)(f)(iii)(B)—Standard of proof requiring evidence of reasonable grounds to believe person has engaged in terrorism or reasonable grounds to believe person is or was member of organization engaged in terrorism—Sufficient to show reasonable grounds to believe person engaged in terrorism—Issuance of security certificate under Act, s. 40.1 applying to persons other than Canadian citizens or permanent residents, referring to inadmissible classes of persons engaged in violence, espionage, subversion—Scheme set out in s. 40.1 affording respondent limited protection with exception of opportunity to be heard—No reasonable grounds to believe respondent himself actually engaged in terrorism as stated in s. 19(1)(f)(ii)—Reasonable grounds to believe respondent member of both Fatah and Force 17—Purpose of s. 19(1)(f)(ii), (iii) to prevent arrival of persons considered to be danger to society—In light of evidence and information presented to Court, reasonable grounds to believe Fatah and Force 17 engaged in terrorism—Security certificate issued by Minister of Citizenship and Immigration, Solicitor General of Canada under s. 40.1 reasonable on basis of evidence and information available to Court—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(f)(ii), (iii), 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 31).

BAROUD (RE) (DES-3-94, Denault J., order dated 31/5/95, 14 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division (Board) decision applicant not Convention refugee—Board decision issued by single member, pursuant to Immigration Act, s. 63(2), on ground colleague ceasing to hold office—Decision by single member not valid in absence of documented reasons justifying recourse to Act, s. 63(2) (*Weerasinge v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 330 (C.A.))—Issue whether statement by remaining member of panel sufficient to meet “complete statement of material circumstances” requirement established in *Weerasinge*—Although reasons indicating member ceasing to hold office, reasons not indicating: (1) specific point cessation occurring; (2) whether Board decision

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

issued within following eight weeks as required; or (3) whether decision made or ready for delivery within eight-week period following member's cessation—Assumption to effect member unable to take part in disposition of present matter on ground member ceasing to hold office more than eight weeks prior to issuance of decision not meeting requirements imposed by Court of Appeal—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 63(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

SINISIH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4739-94, Richard J., order dated 12/5/95, 4 pp.)

Judicial review of Board's decision applicants not Convention refugees—At time Board's decision rendered, nine months after hearing, one member having ceased to hold office—Applicants submitting further evidence in support of claim one month after former member ceasing to hold office—Issue proper application of Act, ss. 63(2) and 69.1(8)—Requirement to explain member's inability to take part in final decision (*Weerasinge v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 330 (C.A.)) not intending to render operation of s. 63(2) dependent on particular form evidence of inability expressed—S. 63(2) term “unable” not including situation where member knowing when term ending, participating in hearing, but simply not getting around to making decision before expiration of term—S. 63(2) term “unable” to be read in association with companion circumstance “or has died”: unable to take part in decision referring to something unexpected and beyond control of member rendering person “unable”—Additional factor in present appeal: totality of evidence not presented until after member ceasing to hold office; thus absent member not participating in reception of part of evidence—S. 63(2) not applying to situation where all evidence not adduced, even if oral evidence complete, as hearing of matter not completed until all evidence filed and submissions made—S. 69.1(8) provision allowing one member to hear and determine claim only applying on consent of applicants—As no consent given, Board lacking jurisdiction—Fact additional evidence filed within s. 63(1) eight-week period not relevant as reasons indicating former member not available during same—Application allowed—Questions certified: (1) whether member, making disposition pursuant to s. 63(2), lacking jurisdiction when further documentary evidence submitted after member's term expired but within s. 63(1) eight-week period; and (2) whether absence of detailed reasons regarding member's inability to participate in disposition of matters during s. 63(1) eight-week period relevant—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 63(1), (2) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 52), 69.1(8) (as enacted *idem*).

BRILKO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5164-94, Reed J., order dated 30/6/95, 7 pp.)

Motion to stay operation of notice of liability to convey and/or pay removal costs issued by respondent pending outcome of leave application for judicial review—Notice of liability concerning John Salilar, one of five stowaways boarding

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

MV Höegh Duke in Bombay, India—When vessel arrived in Halifax in January 1992, five stowaways taken off vessel by Canadian Immigration authorities—Salilar applying unsuccessfully for refugee status, ordered deported—Intention of respondent to compel applicant to take Salilar on board vessel in port of Halifax—Test to be met for stay—Respondent conceding serious issue to be tried—Presence of unwanted, dangerous passenger on board creating serious problem to crew and owners—No evidence Bombay authorities will accept him—Canadian authorities not suggesting any other port of entry—Irreparable harm for applicant of motion—No irreparable harm to respondent should Salilar remain in Canada for time required to complete leave application for judicial review—Balance of convenience strongly favouring stay—No real urgency to instant notice of liability issued by Minister—Stay application granted.

LEIF HÖEGH & Co. A/S v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1203-95, Dubé J., order dated 18/5/95, 6 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of Refugee Division (Board) decision applicant not Convention refugee—Applicant appearing without legal counsel—During hearing applicant given copy of package of documents relied upon by Board in rendering decision applicant not having objectively valid fear of persecution—Applicant claiming denial of timely disclosure of documentary evidence preventing him from knowing case required to meet—Board holding applicant's fear neither subjectively nor objectively well-founded—Failure to disclose documentary evidence in advance of hearing amounting to denial of natural justice—Although hearing adjourned for fifteen minutes to permit refugee hearing officer to speak with applicant, unreasonable to expect applicant to comprehend volume of material presented to him in such short time—Applicant not having opportunity to tailor submissions to meet concerns raised by documentary evidence—Positive finding of breach of principle of natural justice—Application allowed.

OUSMAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3504-94, Cullen J., order dated 10/5/95, 6 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division decision—Applicant and two children claimed refugee status on account of valid fear of persecution for reasons of religion, nationality and membership in particular social group—They said Christian religious beliefs basis of persecution in Ukraine and Israel—Refugee Division found applicants had two countries of habitual residence, Ukraine and Israel, as use of singular also included plural in definition of "Convention refugee" in Immigration Act, s. 2(1)—Considered possibility of persecution in both countries and concluded applicants would not risk any reasonable possibility of persecution in either country—Under Act, s. 2 stateless person must show feared persecution in country of habitual residence—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Convention Refugee Determination Division Rules, s. 14(3) specifies last country of habitual residence—Division erred by ignoring Rules, s. 14(3) which refers to last country of habitual residence—Error not conclusive—Division found applicants did not establish valid fear of persecution—Could conclude as it did—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1)—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, s. 14(3).

PIDASHEVA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4065-93, Dubé J., order dated 17/5/95, 7 pp.)

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division (CRDD) decision applicant not Convention refugee—In reaching decision, CRDD relying upon and referring to Standard Country File (SCF) with respect to applicant's country of origin, but applicant not provided copy of SCF prior to hearing—CRDD practice evolving from one where copy of SCF provided to applicant to arrangement whereby SCF regarding particular country maintained and available through documentation centres but only SCF index, incorporating SCF reference, entered as evidence at hearing (new arrangement)—Applicant submitting failure to provide copy of SCF and SCF index breaching rules of natural justice or duty of fairness—Timely disclosure of documentary evidence in advance of hearing well-established (general principle), however, circumstances of each case still relevant—*Noormohamed et al v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 67 F.T.R. 66 (F.C.T.D.); *Nrecaj v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 630 (C.A.) decisions supporting general principle distinguished on basis applicant not requesting disclosure of SCF in advance of hearing—During hearing, applicant informed of how he could have access to SCF—New arrangement consistent with principles of natural justice and fairness in process so long as panel not refusing to disclose documents included in SCF—CRDD's responsibilities regarding disclosure of documentary evidence not greater where applicant not represented by legal counsel—Application dismissed.

NAKHUDA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2086-94, MacKay J., order dated 10/5/95, 8 pp.)

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division (CRDD) decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Sri-Lanka of Tamil ethnicity, having fled to Colombo, detained, beaten and abused by state agents (Colombo incident) in response to acts of terrorism committed by political faction (LTTE)—CRDD finding well-founded fear of persecution restricted to parts of Sri-Lanka not under absolute control of government, thus rendering Colombo IFA—CRDD holding terrorist acts committed by LTTE demanding response from Sri Lankan security forces and may justify mass arrest and detention of Tamils: Colombo incident constituting government response matching enormity of LTTE terrorism—Neither documentary evidence nor LTTE terrorism can justify violence and beatings of those persons rounded up in name of protection of general population—Persecutory actions of state officials cannot be changed by nature

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

of public purpose for actions carried out—Documentary evidence cited by CRDD providing: (1) no evidence for conclusion persons in like position to applicant having success in invoking support of human rights agencies or political parties for protection against Colombo incident-like treatment; and (2) little support for conclusion Colombo constituting viable IFA for applicant—CRDD erring in application of IFA test—Application allowed.

RAJATHURAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2548-94, Gibson J., order dated 30/6/95, 7 pp.)

Application for judicial review of Board decision applicant not Convention refugee—Although Board holding applicant having well-founded fear of persecution in particular city, Board not convinced fear objectively well-founded with respect to rest of Sri-Lanka, particularly in city of Colombo—Board relying on documentary evidence cited in *Rasaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 706 (C.A.) for internal flight alternative (IFA) finding—In determining IFA viable and reasonable for particular refugee claimant, Board cannot simply rely on findings of fact made in another case—Board's analysis constituting serious error, i.e. IFA reasonable herein as reasonable in *Rasaratnam* case—Board must consider all of applicant's circumstances in IFA determination; finding of fact based on findings of another case not sufficient (*Pathmakanthan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 71 F.T.R. 154 (F.C.T.D.))—Boiler plate statement to effect "Board received and considered documentary evidence from applicant" when in fact applicant not submitting any material constituting further evidence Board not adequately turning mind to documentary evidence—Boiler plate statement generally immaterial, however, coupled with incorrect reliance on *Rasaratnam* case, Court's intervention justified—Application allowed.

RAMACHANDRAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3741-94, Cullen J., order dated 25/5/95, 5 pp.)

Application to set aside decision of Immigration and Refugee Board—Applicant's refugee claim based on conversion from Islam to Christianity, while outside Egypt—One of Board members member of Ismaili sect of Islam—Exhibiting highly defensive attitude—Presiding member refusing to adequately listen to evidence presented—Motion asking Board members to excuse themselves and have applicant's case heard by different panel refused—Board member's conduct, in course of hearing, such as to raise reasonable apprehension of bias—Presiding member's conduct bound to create apprehension of bias subjectively and objectively determined—Demonstrating actual bias—Board member's conduct, looked at in overall context, supporting conclusion apprehension of bias, if not actual bias, existed—Applicant's claim not fear of being persecuted for proselytising Muslims in overt and public manner—Applicant fearing persecution, if returned to Egypt, as convert from Islam to Christianity—Test for determining when reasonable apprehension of bias exists met—Application allowed.

SALEH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4272-94, Reed J., order dated 11/5/95, 5 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Application for judicial review of Board decision applicant not Convention refugee—Board concluding applicant not facing sterilization upon return to China as returning to urban area rather than rural area—Evidence clear policy of required sterilization for one member of couple having one or two children not confined to rural areas; one-child policy nationwide program equally applicable in urban areas—Physical compulsion not only mechanism for forcing person to do something against free will; "forced sterilization" not restricted to circumstances where individuals taken by physical force to be sterilized—Board making erroneous finding with regard to absence of forced sterilization, however error not determinative of application as case lacking evidence of applicant's subjective fear of persecution resulting from threat of sterilization—Having had second son, born abroad, no evidence applicant or husband now objecting to family planning policy or methods of government of China—Not appropriate to quash Board's decision in light of lack of subjective fear—Application dismissed.

LIU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4316-94, Reed J., order dated 16/5/95, 4 pp.)

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division (CRDD) decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Israel, having emigrated there from former Soviet Union, making Convention refugee claim based on fear of persecution due to mixed Christian/Jewish marriage—CRDD concluding incidents not constituting persecution but rather harassment and discrimination—Affidavit by legal director of society dealing with immigration and problems facing non-Jews from former Soviet Union stating discrimination against non-Jewish persons in Israel systemic—CRDD dismissing affidavit as running counter to bulk of evidence—Evidence before CRDD and corroborating affidavit evidence raising reasonable doubt as to accuracy of CRDD's ruling—Absence of reference to property rights in Charter not relevant to consideration whether damage to private property and discriminatory housing practices could ever be considered persecutory—No judicial authority to support CRDD's implication "extreme level" of economic proscription required for positive finding of persecution—Onus of "clear and convincing proof" regarding state's inability to protect its citizens (*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689) not requiring applicant to establish all, or even a majority, of police officers in Israel xenophobic—Reasons indicating CRDD not having regard to totality of material in weighing evidence—CRDD's reasons not adequately supporting conclusion—Application allowed—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].

BOUGAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4966-94, Gibson J., order dated 15/6/95, 8 pp.)

Application for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board applicant not Convention refugee as excluded from definition of Convention refugee for being

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

accomplice in crimes against humanity—Applicant citizen of El Salvador—Forcibly recruited into army at age of fifteen, appointed to be interrogator for army unit—Participating in capture of guerrilla suspects, then interrogating them—After initial interrogation, passed guerrilla suspects on to specialized army unit called S2 for further investigation—S2 torturing, often killing victims—Applicant deserting army as fearing further investigation by S2—Board concluding applicant accomplice, personally and knowingly participating in repeated acts of persecution—Applicant's counsel's characterization of separate common purpose for applicant and S2 arbitrary, ignoring reality—Army set on capturing and eliminating guerrilla opponents—Common purpose established—Applicant personally involved when handed suspects on to S2 knowing death was likely—Open to Board to exclude applicant from consideration as Convention refugee on basis accomplice in crimes against humanity—No reviewable error in decision—Application dismissed.

GRACIAS-LUNA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-1139-92, Simpson J., order dated 25/5/95, 5 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

CHARTER OF RIGHTS

Fundamental Freedoms

Appeal from Trial Division decision ([1995] 1 F.C. 158) finding no violation of Charter where RCMP members adhering to Khalsa Sikh religion allowed to wear turbans and other religious articles as part of uniforms—No violation of freedom of religion under Charter, s. 2(a)—Program not restricting religious freedom but aimed at enlarging it—Incorporation of turban not creating reasonable apprehension of bias—Purpose of s. 7 not to be overshot by applying it to cases where no deprivation or risk of it proven—No discrimination contrary to s. 15—Other religious groups not prejudiced by policy allowing Sikhs exemption—Expressed purpose of change to facilitate recruitment of minorities, to enable Sikh community to exercise religious freedom and to reflect newer multicultural nature of Canada—Charter, jurisprudence not rendering program unconstitutional—Appeal dismissed—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2, 7, 15.

GRANT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-368-94, Linden J.A., judgment dated 31/5/95, 4 pp.)

CROWN

TORTS

Plaintiff owned and operated aircraft crashing in thunderstorm killing passengers, crew on board—Plaintiff alleging: (1) air traffic controllers knowing flight to pass through severe

CROWN—Concluded

weather conditions; and (2) air traffic controllers breaching duties by failing to provide flight crew with information regarding conditions and by failing to provide assistance to flight crew with respect to alternative routes to avoid severe weather—Air traffic controllers owing duty of care to aircraft, aircraft owners and operators, flight crew and aircraft passengers—Plaintiff must establish, on balance of probabilities, failure to provide crew with weather information required for safe operation of craft or failure to provide adequate assistance in getting out of severe weather—On basis of available weather information, aircraft likely to encounter severe weather in form of thunderstorm cells—Thunderstorm cells one of causes of accident—Evidence before air traffic controllers with respect to information regarding potentially severe weather not sufficient to render eventuality of aircraft encountering severe weather conditions and crashing reasonably foreseeable—Upon aircraft's request for assistance, en-route controller providing pilot with heading controller believed would take aircraft out of cell—Accident not caused by any act or omission of air traffic controllers—Action dismissed.

ATHABASKA AIRWAYS LTD. V. CANADA (T-3631-78, Richard J., judgment dated 6/6/95, 23 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

EXCISE TAX ACT

Appeal from Canadian International Trade Tribunal (Tribunal) decision plaintiff's sales tax exemption claim correctly reassessed by Revenue Canada—Plaintiff importing, manufacturing truck parts and truck bodies—Tax assessment policy with respect to Act, s. 29(1) exempting certain service bodies designed for heavy chassis from sales tax not always clear—Plaintiff not collecting excise tax on service bodies due to belief based on indication from government exemption applicable as truck bodies meeting weight carrying capacity requirement—Issue estoppel: estoppel can only lie against the Crown when an exercise of non-statutory discretion is involved; Court to determine correct interpretation regardless of Crown's past interpretation—Doctrine of legitimate expectations: doctrine cannot be used to supersede statutory requirements, doctrine only creating procedural rights—Case turning on interpretation of expression "designed for" permanent installation: words relating to concept in mind of manufacturer as to nature of article and intended use—Where evidence showing article used in different manner than claimed by manufacturer, rebuttable presumption existing to effect article not designed for use claimed—In case at bar, manufacturer claiming service bodies designed for heavy chassis, but as majority of bodies installed on light chassis, bodies presumed to be designed for light chassis and burden resting on manufacturer to demonstrate otherwise—S. 29(1) ambiguity rendering interpretation favouring taxpayer acceptable if reasonably supported by evidence—Such not case as basic design of service body not wide enough for heavy trucks and would not fit dual wheels found on heavy trucks—Action dismissed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 29(1).

STURDY TRUCK BODY (1972) LTD. V. CANADA (T-2218-89, Tremblay-Lamer J., order dated 12/5/95, 12 pp.)

FISHERIES

Application for *mandamus* requiring respondent hear and determine according to law applications by applicants Golden Alaska Seafoods Inc. and Supreme Alaska Seafoods Inc. for processing-at-sea licences under Coastal Fisheries Protection Regulations—Applicants also filing motion for injunction restraining respondent from issuing processing-at-sea licences until 30 days after respondent determined applications for licences to applicants—Allocation of fish to foreign fleets now based primarily on cooperation provided to Canada in management and conservation of fisheries resources—Applicants submitting Minister of Fisheries and Oceans under duty to hear and determine application for licence under Coastal Fisheries Protection Act—Reed J. holding Minister's refusal to grant processing-at-sea licences to U.S. flag ships for hake fishing season in 1994 unlawful—Applicants fearing delay will prevent them from being able to challenge again adverse decision by Minister prior to 1995 hake fishing season—As of April 28, 1995, Department yet to consider whether to issue at-sea processing licences to any of vessels—*Mandamus* and injunctive relief premature—Request for 30-day suspension to granting of licences after Minister had ruled on applicants' licences application also beyond purview of Court—Matter of pure speculation—Application dismissed—Coastal Fisheries Protection Act, R.S.C., 1985, c. C-33—Coastal Fisheries Protection Regulations, C.R.C., c. 413.

ANTONSEN V. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T-840-95, Joyal J., order dated 24/5/95, 6 pp.)

HUMAN RIGHTS

Application for judicial review to set aside portion of Canadian Human Rights Tribunal decision declining to grant compensation for lost wages on basis lacking jurisdiction—Upon obtaining voluntary release from Armed Forces, complainant filing human rights complaint alleging discrimination on basis of Act, ss. 7, 10 and 14 against former employer—Allegations pursuant to ss. 7 and 10 abandoned prior to hearing—Tribunal concluding Armed Forces liable for discrimination by failing to respond in appropriate fashion to complaints of harassment and by not exercising due diligence to ensure workplace free of harassment—Tribunal declining to grant compensation for lost wages as Act, s. 14, in tribunal's opinion, not conferring required jurisdiction—Issue whether tribunal correct in holding no jurisdiction to make award for lost wages—Act, s. 4 clearly stating discriminatory practices pursuant to Act, ss. 5 to 14 may be made subject to ss. 53 and 54 order, including order for compensation for lost wages pursuant to Act, s. 53(2)(c)—Victim of discrimination described in Act, s. 14 may be compensated for any or all lost wages incurred as result of discriminatory practice—Letter from commission's former counsel to effect lost wages not issue not removing tribunal's jurisdiction in matter; jurisdiction cannot be conferred by consent of parties as it cannot be removed by a party—Application allowed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, H-6, ss. 7, 10, 14, 53(2)(c).

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. CANADA (ARMED FORCES) (T-2683-94, Denault J., order dated 16/6/95, 5 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Capital Gains*

Application for judicial review of decision of Tax Court of Canada re: construction of Income Tax Act, s. 39(4)—Applicant purchasing for \$138,792 non-interest bearing promissory note with face value of \$150,000—Selling note on May 2, 1989 for \$141,381, realizing gain of \$2,589—On same day, applicant purchasing for \$152,078 non-interest bearing Government of Canada Treasury Bill (T-Bill) with face value of \$170,000—T-bill redeemed for full face value at date of maturity, resulting in gain to applicant of \$17,291.23—Minister disallowing capital gain for both 1989 and 1990 taxation years—Applicant appealing reassessments to Tax Court of Canada—Tax Court allowing appeal for 1989 taxation year but dismissing appeal for 1990 taxation year—Only dismissal of appeal for 1990 taxation year before Court for review—T-bill in question "Canadian security" under Act, s. 54(c)(ii)(A)—"Disposition" of security upon redemption—Purpose of s. 39(4) to allow favourable tax treatment by deeming to be capital property Canadian security owned by taxpayer and disposition thereof to be disposition of capital property—Compensation for use of money representing interest—Bill purchased at discount—Whether discount amount to which s. 39(4) applies—Holder of T-bill paid blend of principal and interest upon redemption—Respondent correctly treating discount on T-bill as interest to which Act, s. 12(1)(c) applies rather than as principal to which s. 39(4) applies—Application dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 12(1)(c) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4(1)), 39(4) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16(2)), 54(c)(ii)(A).

SATINDER V. CANADA (A-574-93, Stone J.A., judgment dated 17/5/95, 7 pp.)

PRACTICE

Application for judicial review of Tax Court of Canada order—MNR having mailed applicant notice of assessment for 1986 tax year on February 21, 1992, another notice of assessment for 1987 tax year in December 1991—Applicant claiming not having received either notice—No evidence to rebut s. 244(15) presumption notice of assessment made on date mailed—Prescribed time period in which to serve Minister with notices of objection expired—By letter dated November 2, 1992, Minister denied application for extension of time in which to serve notice of objection—Applicant not submitting application for extension of time to Tax Court of Canada within 90 days of Minister's decision, as required by Income Tax Act, s. 166.2(1)—Missing vital prescription period—Applicant not presenting evidence or offering explanation to Tax Court of Canada as to why 90-day time limit could not be honoured—Trial Judge properly rejecting application in accordance with s. 166.2(1)—"Triggering date" for 90-day prescription period, November 2, 1992, not in dispute—Applicant not submitting application within 90 days of that date—Application dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 166.2(1) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 139), 244(15).

McGOWAN V. CANADA (A-663-93, Stone, McDonald J.J.A., judgment dated 19/5/95, 5 pp.)

INSURANCE

Motions arising from decision relating to insurance coverage (*Kishinchand & Sons (Hong Kong) Ltd. v. Wellcorp Container Lines Ltd.*, [1995] 2 F.C. 37 (T.D.)): (1) motion to show cause; (2) motion for payment out of Court; and (3) motion to stay execution of judgment pending appeal—Plaintiff seeking to recover amount of summary judgment against defendant by way of garnishee order against defendant's insurer, Kingsway General Insurance Co.—Kingsway, relying on allegedly exclusionary language contained in insurance policy, denying insurance coverage to defendant *ex post facto* and refusing to pay amount awarded to plaintiff—Kingsway opposing garnishment order on grounds existence of debt between Kingsway and judgment debtor (defendant) disputed and proper forum for determination of same through arbitration pursuant to insurance policy arbitration clause—Plaintiff not bound by insurance contract between defendant and Kingsway as not party to contract; arbitration clause of insurance policy not binding on plaintiff in absence of all parties' consent—Court having inherent jurisdiction to determine issue of insurance coverage and whether Kingsway liable, in fact and in law, to pay debt incurred by defendant—Kingsway not raising, in timely fashion, concerns regarding lack of coverage due to violation of insurance policy; positive finding of reliance on part of defendant—Intention to deny coverage must be clearly stated and insured should be informed at once; not enough for Kingsway to have inadequately reserved its right to deny coverage—Kingsway estopped from denying coverage; Kingsway having contractual obligation to pay defendant's debt—Garnishment against Kingsway ordered; order for payment out of Court allowed; order staying execution of judgment denied.

KISHINCHAND & SONS (HONG KONG) LTD. v. WELLCORP CONTAINER LINES LTD. CO. (T-271-93, Denault J., orders dated 19/6/95, 4 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application to set aside decision of adjudicator appointed by Public Service Staff Relations Board (PSSRB)—Applicants dismissed from positions as correctional officers following incident in bar involving status Indian colleague—Applicants dismissed on grounds: (1) assault of colleague; (2) participating in degrading act on colleague, in nature of sexual assault; (3) attending fight without attempting to prevent occurrence; (4) bringing Correctional Services into disrespect—Applicants grieving suspension—Adjudicator determining applicants involved in altercation in washroom which, while traumatizing to colleague, neither constituting sexual assault nor motivated by racism—Adjudicator reinstating applicants after allowing 11½-month suspension without pay—Applicants submitting adjudicator erred in finding 11½-month suspension warranted—Adjudicator's mandate to decide whether warden's decision to discharge applicants justified—Faced with two versions of alleged incident, adjudicator determining what actually taking place to be something between facts as alleged by opposing parties—Such approach problematic; while open for adjudicator to decide evidence to rely upon and appropriate weight of evidence, not open to adjudicator to choose middle road or engage in speculation—Adjudicator should have found, on balance of probabilities, whether employer proving employees

LABOUR RELATIONS—Concluded

engaged in alleged conduct—While making adverse finding with respect to occurrence of sexual assault, adjudicator failing to apply burden of proof to finding, i.e. employer failed to discharge burden of proof to establish applicants conducting themselves in manner warranting discipline—As adjudicator making adverse finding with respect to sexual assault, malice and racism, decision to impose 11½-month suspension cannot be maintained—Adjudicator making fundamental error of principle in failing to apply appropriate burden of proof in context of decision—Decision set aside and referred back for reconsideration—Application allowed.

DELL V. CANADA (T-956-94, Weiston J., order dated 13/6/95, 12 pp.)

MARITIME LAW

CARRIAGE OF GOODS

Claim in amount of \$9,741.60 in respect of loss of 294 ladies' blazers imported by plaintiff from Bulgaria—Plaintiff importer of men's, ladies' and children's clothing for purpose of resale to various Montréal department stores—Defendant international freight forwarder specialized in transport of goods to and from Eastern Europe—Plaintiff purchasing 2,759 ladies' blazers on FOB factory terms for total price of \$39,867.55—Goods packed for shipment by manufacturer in 116 cartons—Bill of lading acknowledging receipt by defendant of 116 cartons in good order and condition—Plaintiff paying defendant approximately \$4,500 U.S. in respect of carriage of goods from Bulgaria to Ville St. Laurent—Upon delivery to plaintiff, cartons almost totally destroyed with number of blazers loose throughout container—Only 2,465 blazers reached plaintiff's premises—Whether defendant carrier of plaintiff's goods or simply agent—Whether liable for plaintiff's loss—Defendant undertaking to carry goods from point of shipment to point of delivery—Nothing in bill of lading indicating defendant not assuming role of carrier—Plaintiff unaware of identity of subcarriers chosen by defendant—Plaintiff not provided with document explaining nature of services offered by defendant—Defendant acting in capacity of carrier—Loss of 294 blazers occurring after defendant took over cartons in Bulgaria—Packing list admissible under Canada Evidence Act, s. 30(1)—Defendant delivering cartons in damaged condition, *prima facie* liable for loss of 294 blazers—Condemned to pay to plaintiff amount of \$5,649.42 plus interest, including \$4,248.30 representing purchase price from Bulgaria, \$479.52 for freight, \$372.60 for duties and \$549 for labour cost and cost of new boxes—Action allowed in part—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 30(1).

BERTEX FASHIONS INC. v. CARGONAUT CANADA INC. (T-651-93, Nadon J., judgment dated 29/5/95, 15 pp.)

PRACTICE

Motion by defendants to obtain release of vessel *Edmonton Queen* from arrest by setting aside arrest or to release vessel without or with bail—Two Alberta numbered limited companies, defendants herein, purchasing *Edmonton Queen* on court-ordered sale at price of \$800,000—Plaintiffs claiming one-

MARITIME LAW—Concluded

third ownership interest in vessel and in defendants' total operation—Also claiming \$1 million in damages for breach of agreement and breach of duty of good faith—Vessel not purchased free and clear of claims arising out of actions of defendants as owners—Plaintiffs' action not frivolous—Plaintiff commencing *in rem* claim in Federal Court by issuing statement of claim also has right to invoke arrest procedure in order to obtain security—While plaintiffs entitled to reasonable security, security should not be so onerous as to deprive owners of use and earnings—Each case to be looked at in own particular context in order to decide on appropriate form of security—*Edmonton Queen* to be released on certain terms and conditions—Defendants not to sell or charter vessel or to move vessel out of jurisdiction—Security shall be in form of insurance at full insurable value from time to time of vessel.

NORTH SASKATCHEWAN RIVERBOAT CO. LTD. v. EDMONTON QUEEN (THE) (T-992-95, Hargrave P., order dated 25/5/95, 8 pp.)

TORTS

Action for damages following capsizing of plaintiffs' tug while assisting defendants' ship out of fit-out berth at Port Weller Dry Docks—Plaintiffs alleging tug capsized by reason of negligence, breach of duty by those on board ship—Incompetence, inexperience of officers and crew of ship said to have contributed directly to capsizing of tug—Defendants alleging capsizing of tug resulted from incompetence, inexperience of those in charge of tug—Capt. Raymond Robert master of tug on date of capsizing—Two captains aboard ship on day of capsizing, Capt. Knoester and Robinson—Capt. Robinson responsible for ship's conduct on day of capsizing, acting as pilot and having command over movements of ship—Although no evidence of written contract between parties, contract of towage formed—Weather good, not materially affecting behaviour of vessels on day of capsizing—Case turning on legal relationship between tugboat and vessel towed—Case law on tug and tow reviewed—General presumption tow in control of tug—Tug must ensure tow more or less ready to be towed—Tow having clear duty to carefully evaluate actions and to ensure not to cause damage to tug or to any other vessels in area around it—Proper skill and diligence, appropriate seamanship must be exercised in performance of contract—Capt. Robinson and those on board ship not acting negligently in not allowing tug sufficient time to proceed to starboard position before commencing final manoeuvre—Ship could not foresee tug would be leaving stern position—Master of tug at fault—Capt. Robert and crew members acting in total disregard of ship's wash and danger posed for vessel—When tug capsized, no lookout standing watch, as there should have been—Those on board tug negligent in not looking out for wash of ship's propeller, which Capt. Robert had fully anticipated—Tug capsized because girded itself—Ship's propeller race not strong enough to overturn tug—Lateral forces required to turn tug to starboard and to capsize it—Ship's propeller wash not excessive—In order to succeed against tow, owner of tug must establish negligence or fault on part of tow—Capsizing of plaintiffs' tug not occurring by reason of fault or negligence on part of those on board ship—Action dismissed.

HAMILTON MARINE & ENGINEERING LTD. v. HON. PAUL MARTIN (THE) (T-162-89, Nadon J., judgment dated 3/5/95, 36 pp.)

NATIVE PEOPLES

Application for judicial review of decision of Ermineskin Indian Band Council to delete applicant's name from Ermineskin Band List—Applicant member of Ermineskin Indian Band by virtue of marriage to treaty Indian registered as member of that Band—Spouse now deceased—Band authorized by Minister of Indian Affairs and Northern Development to regulate own membership through established Ermineskin Membership Rules—Band Council issuing notice to applicant asking to make representations to Council with respect to membership in Band—Applicant not responding to notice—Band Council determined to delete her from Band list on August 4, 1987—Applicant seeking to have Band Council decision vacated on grounds Council failed to follow own procedures by failing to accord her adequate notice and by failing to provide her with reasons—Band Council cannot operate in vacuum—Must exercise discretionary powers fairly—Failure to do so will, in appropriate circumstances, warrant judicial intervention—For judicial review application to be properly before Court under Federal Court Act, s. 18.1, decision being reviewed must emanate from "federal board, commission or other tribunal" as defined in Act, s. 2—Rules applied by Ermineskin Band Council in exercising authority over Band membership "manifestation" of powers conferred by Government of Canada under Indian Act, s. 10—Authority exercised by Band Council derived from Indian Act—Decision of federal board proper subject of judicial review application in Court—Applicant advised of right to appeal decision of Band Council but chose not to avail herself of potentially curative appeal procedure to Band Council electors—Court declining to interfere in business of Band Council as matter of discretion—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5)—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 10.

ERMINESKIN v. ERMINESKIN BAND COUNCIL (T-688-94, Jerome A.C.J., order dated 26/5/95, 7 pp.)

OFFICIAL LANGUAGES

Application by Commissioner of Official Languages for Court's leave to appear as party in action brought by applicant pursuant to Act, s. 78(1)(c)—Commissioner sought leave to appear as party as action brought by applicant raised important matters which might create precedent—Act gives Commissioner special status on account of function and responsibilities when action brought under Part X of Act—Purpose of Act to ensure respect for English and French as official languages of Canada and ensure equality of status and equal rights and privileges as to use in federal institutions—In particular, Act gives Commissioner function of ensuring compliance with spirit of Act and intent of Parliament in administration of affairs of federal institutions—Commissioner wished to present arguments on interpretation of Act regarding language of work, employment opportunities, extent of right of remedy and proof of similar complaints—Grounds reasonable basis in circumstances for granting Commissioner leave to appear as party in proceed-

OFFICIAL LANGUAGES—Continued

ing—Application allowed—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 78(1)(c).

CHOUINARD v. CANADA (DEPARTMENT OF NATIONAL DEFENCE) (T-768-92, Richard J., order dated 29/6/95, 4 pp.)

Motion for directions regarding appropriate language for affidavits filed on behalf of respondents in light of Act, s. 18—Originating notice of motion and supporting affidavit with respect to dispute arising from employment filed by applicant in English—In response, respondents filing four reply affidavits in French—Respondents providing applicant with loose translation, but submitting translations not required by law; not having authentic value; and thus cannot be relied upon by parties or Court for conduct of motion—Act requiring respondent to use official language used by other party in “oral or written pleadings” in proceedings—Affidavit testimony not forming part of “pleadings” or “*les plaidoiries*” or “*les actes de procédures*” within meaning of Act, s. 18, and thus no linguistic obligations attaching thereto—Conclusion with respect to Act, s. 18 entirely consistent with Constitution Act, 1867 s. 133 and Charter, s. 19(1) (linguistic guarantees) regarding use of either official language in judicial proceedings—Linguistic guarantees enhanced by Act, s. 18 requirement casting further obligation on federal institutions to use official language of other party in oral or written pleadings—Construction of Act so as to compel Crown to adduce evidence in official language chosen by other party inconsistent with rights of witnesses to testify in official language of their choice pursuant to Constitution Act, 1867, s. 133 and Charter, s. 19—Neither Crown nor federal institution having obligation to provide party with affidavit translation sworn by its witnesses—No suggestion affidants chosen by reference to language with view to impeding advancement of application—Natural justice generally alleged as accomplished event, respondent alleging natural justice as preemptive measure to avoid breach which has yet to occur: onus of establishing prospective breach heavy—Applicant’s right to fair hearing in no way jeopardized by reason of language—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 18—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 133—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. 19.

LAVIGNE v. CANADA (HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) (T-1977-94, Noël J., order dated 15/5/95, 9 pp.)

Applicant directing Court administrator to ensure availability of simultaneous translation services with respect to three files involving two government institutions—Only one of three files proceeding to argument; hearing lasting one hour—No justification for directive—Complainants in each case English speaking; correspondence between departments entirely in English; applicant’s pleadings entirely in English—Similar request by applicant’s counsel for simultaneous translation arising in previous matter rejected as unfounded—Applicant’s counsel relying on Constitution Act, 1867 s. 133—Although French and English clearly constituting official languages, provisions of Official Languages Act to prevail under present circumstances: s. 18(b) requiring government institutions to use that official language as reasonable under circumstances—

OFFICIAL LANGUAGES—Concluded

Applicant should be represented by counsel competent in language chosen by other party; English language reasonable having regard to circumstances—Absolutely no need for counsel to use headphones providing translation into French language—Direction nothing more than capriciousness on part of applicant’s counsel resulting in unneeded expenses during time of restraint—Particularly offensive having regard to fact counsel previously warned about like abuse—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 133—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 18.

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T-426-95, Rouleau J., order dated 23/6/95, 4 pp.)

PAROLE

Applicant seeking declaration Act, Schedule I not applying to his conviction in spite of Deputy Commissioner of Correctional Services decision to contrary—Applicant alleging legislation applied to him not in force on date of commission of offence and thus infringing Charter rights—Applicant indicted, convicted for incest—Deputy Commissioner’s decision not discretionary: Act, s. 125(1) providing accelerated parole reviews not available in case of convictions for offences listed in Schedule I if prosecuted by indictment—Modifications to Act resulting in Schedule I operating: (1) to prevent automatic release of inmate upon serving two-thirds of sentence; and (2) to identify offences for which accelerated parole not available—Charter, s. 11 not applicable as modifications not imposing higher sentence on applicant than existed at time of commission of offence—Charter, s. 15 not applicable as no analogous grounds raised by reference to which s. 15 could operate—Violence not required factor for offence to be listed in Schedule I and thus argument incest involving two consenting adults not relevant to legislative provision—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 125(1), Schedule I—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. 11, 15.

SCHEMMANN v. CANADA (DEPUTY COMMISSIONER OF CORRECTIONAL SERVICE) (T-1693-94, Reed J., order dated 19/5/95, 5 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Appeal from Trial Division decision regarding accounting of profits resulting from patent infringement with respect to “press section” of paper-making machines—Defendant selling four paper-making machines embodying infringing press section—Trial Judge denying plaintiffs profits realized on sales of non-infringing portions of paper machines—Plaintiffs’ argument press section “driving force” of sale of entire paper machines constituting question of fact: Trial Judge not erring

PATENTS—Continued

in rejecting argument—Absence of direct comment regarding profits on spare parts and auxiliary equipment not amounting to oversight as refusal implicit in finding plaintiffs entitled only to profits realized from sale of patent infringing press sections—Whether or not profits arising from after-sale provision of parts and services resulting from infringement constituting question of fact: Trial Judge not erring in making adverse finding—Trial Judge erring in refusing to award profits resulting from Finnish government export financing programs regarding sale of press section as program constituting indirect profit flowing from sale of infringing press section—No merit to defendant's argument program benefits should be excluded on basis benefits flowing to it from third parties rather than from customers—Application of different rates and dates in calculation of interest with respect to positive working capital and other pre-judgment interest unsupported and constituting error—Award of interest on account of profits matter of right rather than discretion: deemed profits made by infringer should bear some reasonable relationship to actual commercial value of money to him—Trial Judge's choice of statutory rate of 5% interest clearly improper as not realistic to think defendant would have used illegally realized profits over 14 years in question at such low rate—Where repatriation of funds received by foreign defendant and for which it must account, deemed profit will be earned in foreign country and not in Canada, thus award of interest should be at rate somewhat above foreign prime rate—Compound interest award not punitive but rather simply commercial reality and to be regarded as "the rule": only award of simple interest requiring explanation.

BELOIT CANADA LTD. v. VALMET OY (A-246-94, Hugessen J.A., judgment dated 12/5/95, 21 pp.)

PRACTICE

Application for order prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing notice of compliance to Apotex Inc. in respect of medicine lisinopril, until expiration of Canadian Letters Patent 1,275,350 ('350 patent) and 1,288,351 ('351 patent)—Applicant Zeneca licensee of patentee Merck—Respondent, Apotex, generic manufacturer—Merck owner of '350 patent issued on October 16, 1990 and '351 patent issued on September 3, 1991—Both patents relating to lisinopril, chemical compound useful in treatment of medical conditions and disorders—Notice of allegation forwarded by Apotex to Zeneca by letter dated April 29, 1993—Proceeding commenced in file T-1454-93 by filing of originating notice of motion by Zeneca dated June 15, 1993 in respect of letter of April 29, 1993—Applications raising two principal issues: 1) with respect to both '350 and '351 patents, whether Patent Act, s. 56 supports respondent's allegations of non-infringement; 2) with respect to '351 patent only, whether respondent's claim in first notice of allegation that it will not sell composition for use for congestive heart failure supports allegation of non-infringement—S. 56(1) must be given liberal interpretation—Protection offered by s. 56 limited to quantity acquired before issuance of patent and to scope of invention disclosed in patent—With respect to both patents, evidential burden required under s. 56 met by Apotex—Evidence establishing composition of matter acquired before issuance of patent—Respondent acquiring scope of invention disclosed in '350 patent in limited quantity before issuance of patent—Not

PATENTS—Concluded

acquiring scope of invention described in '351 patent prior to grant of said patent—Only if Apotex used lisinopril for purpose of prolonging survival of mammals with congestive heart failure could be said to have acquired invention or novel subject matter of '351 patent—Only intended use of lisinopril in '350 patent for treating hypertension—No evidence Apotex used lisinopril for purpose of prolonging survival of mammals with congestive heart failure prior to grant of '351 patent—S. 56 providing immunity from liability for what would otherwise be infringing activity—Designed to be invoked as defence in action for declaration of infringement where damages claimed by patentee—Purpose of both prior common law remedy and statutory provision protection of prior purchaser—S. 56 not providing support for allegation of non-infringement—Protection provided immunity from suit or liability for infringement—Limited quantity protected by s. 56 cannot provide justification for allegation of non-infringement for entire life of patent—Only utility of invention in '350 patent stated to be use in treating hypertension—Lisinopril tablets intended by Apotex and capable of being used for treatment of congestive heart failure—Application allowed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 56 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 194).

ZENECA PHARMA INC. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1454-93, T-1968-93, Richard J., order dated 26/5/95, 15 pp.)

PRACTICE**COSTS**

Application for review of taxing officer's decision to disallow part of bill of costs regarding security filed pending appeal on ground expense not considered step in appeal proceeding—Court of Appeal reducing quantum of damages awarded at trial and awarding to defendant-appellant one-third of its taxable costs—Issue whether cost of security filed pending appeal included in Court of Appeal's cost award—Defendant submitting cost of security necessary to having appeal heard—Plaintiff submitting posting of bond serving only to exempt defendant from obligation to pay judgment rendered at Trial Division—Cost of security distinguished from costs incurred to cover expenses of having ship released, such bail forming part of taxable costs pursuant to R. 446 (*Antares Shipping Corp. v. "Capricorn"*, [1977] 2 F.C. 274 (C.A.)), on ground security posted herein: (1) optional, i.e. security could have been paid in Court; and (2) not constituting step in proceedings as occurring after judgment rendered—Cost of security not taxable as cost in Federal Court of Appeal—Defendant's choice to go bond route instead of another option due to financial considerations irrelevant (*Owners of "Chinook" v. Dagnar Salem*, [1955] Ex. C.R. 210)—Cost of security unrelated to appeal as: (1) posting of bond unnecessary but for executory judgment at trial level; and (2) Trial judgment final—Taxing officer not erring in disallowing costs associated with security—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 446.

ENGINE & LEASING CO. v. ATLANTIC TOWING LTD. (T-6197-81, Joyal J., order dated 15/2/95, 9 pp.)

PRACTICE—Continued

Taxation of bill of costs pertaining to trade marks infringement and passing-off proceedings; and application for Anton Pillar order restraining defendants from continuing activities relating to marks and directing delivery up of offending wares—Action not defended—Court granting default judgment; damages or accounting of profit; and costs on solicitor-and-client scale—As defaulting defendant not party to proceedings, Court directing costs be assessed within context of judgment without notice pursuant to R. 312—R. 312 also applying to assessment as rules for taxation not requiring personal service: costs assessed *ex parte*—Reference to: (1) substantial interests in marks and reputable goodwill attached to wares; (2) manufacture by defendants of facsimile of wares; (3) real possibility of serious damage to well-established reputation of mark; (4) odious act of directing product complaints to plaintiff company; (5) surreptitious marketing of false product to large and well-known retailer; (6) misleading information presented by defendants regarding operations—Urgent action and high degree of professionalism required in such proceedings justifying fees of firm's managing partner at \$325 per hour, and senior counsel at \$275 per hour, in addition to fees for junior counsel set at \$145 and \$165 per hour—Taxing officer having authority to assess costs relating to Anton Pillar order: Court directing costs "of execution" be reserved for Trial Judge who in turn awarded them to plaintiff—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 312.

U L CANADA INC. v. CANTRADE ENTERTAINMENT INC.
(T-22-95, Smith T.O., taxation dated 9/5/95, 7 pp.)

PARTIES*Standing*

Motion to strike out respondent status for members of environmental assessment panel in judicial review proceedings of Minister's decision to appoint panel to review applicant's Long-Range Development Plan—Applicant submitting panel members not "interested parties" pursuant to R. 1602(3)—While R. 1602(3) requiring naming of persons adverse to applicant's interest, R. 1602(3) not precluding naming of others, including panel members when appropriate—"Interested party" as defined in R. 1600 limited to those persons heard by tribunal; thus only interested persons who were "heard" by tribunal required to be named as parties—Other persons however not precluded from being named respondents in appropriate circumstances—Applicant submitting respondents cannot be parties to application on basis of *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447 (C.A.) decision refusing Commission respondent status in judicial review application and requiring it to seek intervenor status—Later decision applying only where: (1) relevant tribunal seeking to make itself party on own motion; and (2) impugned decision one rendered by relevant tribunal—Case at bar satisfying neither requirement—Respondent status necessary due to nature of remedy sought, i.e. injunctive remedy against individuals preventing them from attempting to act as members—Applicant's submission proceeding against individuals prohibited by Act, s. 35(6) rejected: s. 35(6) shielding members from legal action resulting from their decision, s. 35(6) not intending to prevent challenge of validity of panel members' appointment—Motion

PRACTICE—Continued

dismissed—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, s. 35(6)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1600 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1602(3) (as enacted *idem*).

SUNSHINE VILLAGE CORP. v. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (T-808-95, Reed J., order dated 17/5/95, 7 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Application pursuant to R. 419(1)(a) to strike originating notice of motion as disclosing no cause of action resolvable under Privacy Act, s. 41—Originating motion seeking review of Minister's decision to release certain documents on grounds information already made public—Privacy Act, s. 41 similar to Access to Information Act, s. 41 granting power to Court to entertain only those applications by person having been refused access to record—Powers of review pursuant to Act, s. 41 limited; relief granted only for refusal of access, not for improper disclosure—Applicants having no chance of success as originating motion not alleging refusal to disclose documents—R. 419(1)(a) applying to strike out pleadings as opposed to originating notice of motion—However Court having inherent jurisdiction to strike out originating motion seeking judicial review where clearly no basis for proceeding by originating motion (*Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102 (T.D.))—Originating notice of motion in present instance struck out as no chance of success—Applicant having thirty days to amend proceeding so as to bring it within jurisdiction of Federal Court of Canada as set out in Act—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a)—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 41—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 41.

CHANDRAN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2506-94, Hargrave P., order dated 30/1/95, 5 pp.)

Motion to strike out application for judicial review of Environment Minister's decision to appoint environmental assessment panel with terms of reference to review 1992 plan proposal regarding development of ski resort—Applicant ski resort (SVC) located on national park property leased from Crown—Government approval of initial 1978 plan proposal for development of resort leading to commencement of construction—New set of environmental guidelines (EARP) introduced by government—SVC preparing second long-range development plan (1992 plan) including: (1) facilities under construction pursuant to 1978 plan; (2) facilities approved pursuant to 1978 plan but yet unbuilt, particularly Goat's Eye area project; and (3) additional expansions—1992 plan receiving written approval by Environment Minister and SVC beginning phase I of Goat's Eye project—Parks Canada Minister making first request for EARP review of Goat's Eye project and proposed additions—Permit for phase II of project refused; SVC seeking order compelling issuance of permit; Joyal J. allowing SVC's application—Joyal J.'s decision holding: (1) EARP guidelines not applying to Goat's Eye project as no longer proposal; (2) EARP guidelines not applying to items approved in 1978 plan and unchanged in 1992 plan as EARP having no

PRACTICE—Continued

retroactive effect—Parks Canada making second request for EARP review, having deleted Goat's Eye project from terms of reference following Joyal J.'s decision—EARP guidelines replaced by Act—Environment Minister appointing impugned review panel with terms of reference including unbuilt components of 1978 Plan and additional expansions but excluding Goat's Eye project—Crown's *res judicata* claim: (1) Joyal J.'s decision determining issue either expressly or implicitly; and (2) SVC having obligation to raise Panel's validity during proceedings before Joyal J.—Joyal J.'s decision not based on either terms of reference of review panel or on new Act—Joyal J. not deciding with regard to Act or to written approval whether panel constituted pursuant to Act could consider items listed in terms of reference—Issues raised by SVC not *res judicata*—Panel's jurisdiction to review 1992 plan not decided by necessary implication pursuant to Joyal J.'s declaration motion for interlocutory injunction to stop phase I of Goat's Eye project moot—Questions regarding validity of written approval and validity of panel to review entire 1992 plan in light of written approval not addressed by Joyal J.—Joyal J.'s decision regarding mootness of issues pertaining to Goat's Eye project not implicitly deciding issue of additional expansions—Joyal J.'s finding regarding mootness not meaning, by necessary implication, panel appointed pursuant to first request would be validly appointed—Validity of panel not *res judicata* on ground part of *ratio decidendi* in Joyal J.'s decision either by express or necessary implication—Although appointment of panel likely, not absolute certainty; thus SVC's failure to attack second request in favour of waiting for actual appointment of panel and final terms of reference not amounting to abuse of process—SVC acting prudently in waiting to challenge substantive decision—Motion dismissed—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.

SUNSHINE VILLAGE CORP. v. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (T-808-95, Simpson J., order dated 26/6/95, 17 pp.)

PRIVILEGE

Application for judicial review of refusal of Minister of Transport to release certain documents to applicant on grounds of solicitor-client privilege exemption—Respondent granting request seeking access to certain records in its possession, then changing mind—Minister determining certain documents contained in files protected—Applicant filing complaint with Information Commissioner—Commissioner concluding impugned documents excludable, severable in part, based on solicitor-client exemptions of Access to Information Act, s. 23—Decision to release documents to party made under Act but prior to actual release can be revised—Decision to release documents not irreversible—Minister not bound at every step of access request once decision in affirmative made by lower level government employee—Onus on government department to establish information communicated to or by government lawyer in order to provide senior department officials with advice on legal ramifications of proposed departmental actions—Information must be confidential—Documents at issue fully protected from disclosure under scope of solicitor-client privilege exemption—Minister's decision to refuse to make them

PRACTICE—Concluded

available to applicant upheld—Application dismissed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 23.

WELLS v. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT) (T-1315-91, Jerome A.C.J., order dated 26/5/95, 4 pp.)

PUBLIC SERVICE**SELECTION PROCESS***Merit Principle*

Application for judicial review of Act, s. 21 Appeal Board decision dismissing appeals against appointment without competition—Issue whether Appeal Board erring in concluding merit principle adhered to in staffing action—Incumbent of ENG-04 position first assigned on temporary basis to position formerly classified as ENG-03—Department developing Statement of Qualifications with respect to ENG-04 position, incumbent found to be qualified and appointed without competition—Appeal Board identifying irregularities in appellant's assessment, but nevertheless finding incumbent best qualified candidate based on assessment of abilities and personal suitability qualifications—Positive findings of flaws with respect to appellant's assessment in (1) knowledge qualification; and (2) abilities and personal suitability qualification—While irregularities solely in knowledge assessment may not change results of assessment and contravene merit principle, irregularities concerning appellant's abilities stripping Appeal Board finding of factual foundation with respect to relative strengths of candidates—Lack of evidence upon which Selection Board could adequately assess appellant rendering Appeal Board validation of selection process impossible—Fact incumbent performing "very well" in assignment and fact counsel concentrating majority of energies and arguments to attacking process and Board's credibility rather than incumbent's qualifications totally irrelevant to issue of candidate's relative merit—Application allowed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 2 (as am. by S.C. 1992, c. 54, ss. 2, 31).

BUTTAU v. CANADA (TREASURY BOARD) (T-1611-94, Tremblay-Lamer J., order dated 11/5/95, 6 pp.)

TRADE MARKS**PRACTICE**

Respondent's motion to dismiss appellant's notice of appeal against Registrar's decision due to appellant's status of undischarged bankrupt; appellant's motion to substitute numbered company as appellant in proceedings—Registrar rejecting appellant's opposition to respondent's registration of "Primax" trade mark for failure to meet evidentiary burden of adducing at least some evidence in support of allegations of fact—Appellant becoming bankrupt before filing notice of appeal against Registrar's decision; receiver selling assets including name "Primax" and all trade mark registrations of name to third party which in turn sold assets to numbered company—Upon becoming bankrupt, appellant losing capacity to proceed

TRADE MARKS—Continued

with opposition procedure or to retain firm to act on its behalf with respect thereto; only trustee in bankruptcy can file notice of appeal on behalf of bankrupt company—As undischarged bankrupt, appellant lacking status to appeal Registrar's decision—Appellant's motion requiring exercise of Court's discretion: Court having discretionary power to (1) amend procedure following error (R. 425); (2) change capacity of party (RR. 1724, 1725); or (3) repeal limitation periods in case of appeal against Registrar's decision (Act, s. 56)—Appellant aware of status as undischarged bankrupt before filing notice of appeal; appellant not making genuine mistake qualifying as not misleading—No express assignment of right to continue opposition proceedings included in sale of company's assets—Act, s.

TRADE MARKS—Concluded

56 intended to confer upon Registrar task of evaluating evidence put forth by party opposing registration of trade mark whereas Court, as appeal court, authorized to accept evidence in addition to that adduced before Registrar; as appellant not filing evidence in original proceeding before Registrar, not having right to file evidence on appeal—Circumstances of case not justifying extension of time to file notice of appeal—Respondent's motion granted; appellant's motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 425, 1724, 1725—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 56.

PRIMAX COMPUTER CORP. v. PRIMAX ELECTRONIC (U.S.A.)
INC. (T-665-95, Denault J., order dated 27/6/95, 6 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résumant 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

Requêtes découlant de la décision rendue relativement à une assurance (*Kishinchand & Sons (Hong Kong) Ltd. c. Wellcorp Container Lines Ltd.*, [1995] 2 C.F. 37 (1^{re} inst.)): (1) requête en vue d'obtenir les raisons justifiant le non-paiement; (2) requête en vue du versement de la somme consignée; (3) requête visant à faire surseoir à l'exécution du jugement pendant qu'un appel est en instance—La demanderesse cherche à recouvrer le montant d'un jugement sommaire contre la défenderesse au moyen d'une ordonnance de saisie-arrêt contre Kingsway General Insurance Co., assureur de la défenderesse—S'appuyant sur la clause d'exclusion de la police d'assurance, Kingsway a refusé rétroactivement de garantir la défenderesse et refusé de verser la somme accordée à la demanderesse—Kingsway s'oppose à la délivrance d'une ordonnance définitive de saisie-arrêt parce que l'existence d'une dette entre elle et le débiteur saisi (Wellcorp) est contestée et que la question de l'existence de la dette doit être tranchée par un arbitre aux termes de la clause d'arbitrage contenue dans la police d'assurance entre la compagnie d'assurances et la défenderesse—La demanderesse n'est pas liée par le contrat d'assurance entre la défenderesse et Kingsway puisqu'elle n'est pas partie au contrat; sans le consentement de toutes les parties, la clause d'arbitrage contenue dans ledit contrat ne lie pas la demanderesse—La Cour a la compétence inhérente pour statuer sur la question de la garantie et sur celle de savoir si Kingsway est en fait et en droit tenue de payer la somme due par la défenderesse—Kingsway n'a pas fait valoir en temps utile qu'elle doutait que la garantie soit applicable à cause d'une violation d'une condition de la police d'assurance; or, la défenderesse s'est appuyée sur ces déclarations—L'intention de refuser la garantie doit être clairement énoncée et l'assuré doit en être informé immédiatement; il ne suffit pas en l'espèce que Kingsway ait réservé d'une manière inadéquate son droit de refuser la garantie—Kingsway n'est pas recevable dans son refus d'accorder la garantie; elle a une obligation contractuelle quant au paiement de la dette de la défenderesse—L'ordonnance de saisie-arrêt est rendue contre Kingsway; l'ordonnance visant le versement de la somme consignée est accordée; l'ordonnance visant à faire surseoir à l'exécution du jugement est refusée.

KISHINCHAND & SONS (HONG KONG) LTD. C. WELLCORP CONTAINER LINES LTD. (T-271-93, juge Denault, ordonnances en date du 19-6-94, 4 p.)

BREVETS

CONTREFAÇON

Appel d'une décision de la Section de première instance relative à la comptabilisation des profits attribuables à la contrefaçon du brevet visant la presse d'une machine à papier—La défenderesse a vendu quatre machines à papier contrevenant au brevet de la presse—Le juge du procès avait refusé d'octroyer aux demanderesse les profits réalisés sur la vente des parties non contrefaites des machines à papier—Selon les demanderesse, la presse constitue le principal motif de la vente de l'ensemble de la machine à papier, mais cet argument relève des faits: le juge n'a pas commis d'erreur en le rejetant—L'absence de commentaires directs sur les profits relatifs aux pièces de rechange et à l'équipement connexe ne constitue pas un oubli puisque le refus est implicite lorsque le juge statue que les demanderesse n'ont droit qu'aux profits attribuables à la vente des presses contrefaites—L'existence de profits découlant ou non de la vente de pièces et de services postérieurement à la vente contrevenant au brevet représente une question de fait: le juge du procès n'a pas commis d'erreur en rendant une décision défavorable—Il a commis une erreur en refusant d'octroyer les profits résultant d'un programme de financement des exportations mis en œuvre par le gouvernement finlandais à l'égard de la vente de la presse puisque ce programme donne lieu à des profits indirects lors de la vente de la presse contrefaite—L'argument de la défenderesse selon lequel les avantages du programme devraient être exclus parce qu'ils proviennent de tiers et non de clients n'est pas fondé—L'application de taux différents et de dates distinctes pour le calcul des intérêts sur le fonds de roulement positif et d'autres intérêts préalables au jugement n'est pas justifiée et constitue une erreur—L'octroi d'intérêts sur les profits est une question de droit plutôt que de pouvoir discrétionnaire: les profits présumés réalisés par le contrevenant devraient avoir un lien raisonnable avec la valeur commerciale véritable de l'argent—Le recours au taux légal par le juge du procès, soit 5 %, est clairement inapproprié puisqu'il n'est pas réaliste de croire que la défenderesse aurait placé des profits illicites pendant 14 ans à un taux si faible—Lorsque les fonds reçus par une défenderesse étrangère sont rapatriés et qu'ils doivent faire l'objet d'une comptabilisation, le profit présumé sera imputé au pays étranger et non pas au Canada, de sorte que les intérêts devraient être fonction d'un taux légèrement supérieur au taux préférentiel de ce pays étranger—Les intérêts composés ne

BREVETS—Suite

sont pas de nature punitive et correspondent simplement à une réalité commerciale; ils doivent être perçus comme la règle—C'est l'octroi d'intérêts simples qui doit être expliqué.

BELOIT CANADA LTD. C. VALMET OY (A-246-94, juge Hugessen, J.A., jugement en date du 12-5-95, 21 p.)

PRATIQUE

Demande d'ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité à Apotex Inc. relativement au médicament lisinopril jusqu'à l'expiration des brevets canadiens 1,275,350 (le brevet 350) et 1,288,351 (le brevet 351)—La requérante, Zeneca, détient une licence de la brevetée Merck—L'intimée Apotex fabrique des médicaments génériques—Merck est propriétaire du brevet 350 délivré le 16 octobre 1990 et du brevet 351 délivré le 3 septembre 1991—Les deux brevets ont trait au lisinopril, un composé chimique utilisé dans le traitement de certaines maladies—Apotex a envoyé l'avis d'allégation à Zeneca par une lettre datée du 29 avril 1993—Zeneca a intenté une poursuite, sous le numéro de greffe T-1454-93, par le dépôt d'un avis de requête introductive d'instance en date du 15 juin 1993, relativement à la lettre du 29 avril 1993—Les requêtes soulèvent deux questions principales: 1) concernant les brevets 350 et 351, il s'agit de déterminer si l'art. 56 de la Loi sur les brevets peut étayer les allégations de non-contrefaçon avancées par l'intimée; 2) concernant le brevet 351 seulement, il s'agit de déterminer si la prétention de l'intimée, énoncée dans le premier avis d'allégation, selon laquelle elle n'a pas l'intention de vendre le comprimé pour le traitement de l'insuffisance cardiaque globale peut soutenir son allégation de non-contrefaçon—L'art. 56(1) doit recevoir une interprétation libérale—La protection offerte par l'art. 56 est limitée à la quantité de matières acquises avant la délivrance du brevet et à la portée de l'invention divulguée dans le brevet—Pour ce qui est des deux brevets, Apotex s'est acquittée du fardeau de présentation de la preuve lui incombant en vertu de l'art. 56—La preuve établit que la composition de matières a été acquise avant la délivrance du brevet—L'intimée a acquis la portée de l'invention, divulguée dans le brevet 350, en quantité limitée avant la délivrance du brevet—Elle n'a pas acquis la portée de l'invention décrite dans le brevet 351 avant l'octroi du brevet—L'on ne pourra conclure qu'Apotex a acquis l'invention ou l'objet nouveau du brevet 351, que si elle a utilisé le lisinopril aux fins de prolonger la vie des mammifères souffrant d'insuffisance cardiaque globale—Le seul usage prévu du lisinopril dans le brevet 350 est le traitement de l'hypertension—Aucun élément de preuve ne montre qu'Apotex ait utilisé le lisinopril pour prolonger la vie des mammifères souffrant d'insuffisance cardiaque globale avant l'octroi du brevet 351—L'art. 56 assure une immunité à l'égard de ce qui constituerait autrement une contrefaçon—Il a été conçu pour être invoqué comme moyen de défense dans une action visant à obtenir un jugement déclaratoire portant qu'il y a eu contrefaçon lorsque le breveté réclame des dommages-intérêts—L'objet du redressement prévu, antérieurement, par la common law et, aujourd'hui, par la disposition législative est de protéger l'acquéreur antérieur—L'art. 56 ne peut être invoqué à l'appui d'une allégation de non-contrefaçon—La protection accordée est une immunité contre les poursuites ou les actions en contrefaçon—La quantité limitée protégée par l'art. 56 ne

BREVETS—Fin

peut justifier une allégation de non-contrefaçon pour toute la durée de validité du brevet—La seule utilité de l'invention protégée par le brevet 350 porte sur le traitement de l'hypertension—Apotex a l'intention d'utiliser les comprimés de lisinopril, qui peuvent servir à cette fin, pour le traitement de l'insuffisance cardiaque globale—La demande est accueillie—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 56 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 194).

ZENECA PHARMA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1454-93, T-1968-93, juge Richard, ordonnance en date du 26-5-95, 15 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (la Commission) a décidé que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant a comparu sans conseiller juridique—Au cours de l'audience, le requérant a reçu une copie de l'ensemble des documents dont disposait la Commission en rendant la décision que le requérant n'avait pas réellement une crainte objectivement fondée de persécution—Le requérant prétend qu'il n'a pas eu communication de la preuve documentaire en temps utile, l'empêchant ainsi de prendre connaissance de ce qu'on lui reprochait—La Commission a décidé que la crainte du requérant n'était pas fondée subjectivement ni objectivement—L'omission de communiquer la preuve avant l'audience constitue un déni de justice naturelle—Même si l'audience a été ajournée pendant quinze minutes pour permettre à l'agent d'audience de parler au requérant, il était irréaliste de s'attendre à ce que le requérant aurait pu assimiler en si peu de temps la masse de documents qui lui était présentée—Le requérant n'a eu aucune possibilité d'ajuster ses arguments de façon à répondre aux questions suscitées par la preuve documentaire—Par conséquent, le principe de justice naturelle n'a pas été respecté—La demande est accueillie.

OUSMAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3504-94, juge Cullen, ordonnance en date du 10-5-95, 6 p.)

EXCLUSION ET RENVOI

Appel en vertu de la question certifiée par le juge de première instance dans le dossier *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1^{re} inst.): sous le régime de l'art. 103 de la Loi sur l'immigration, un arbitre est-il légalement habilité à mettre sous garde un réfugié au sens de la Convention ou un demandeur du statut de réfugié au sens de la Convention, par ce motif que cette personne ne se présentera vraisemblablement pas à l'exécution de la mesure de renvoi parce qu'elle a déclaré qu'elle ne voudrait pas revenir dans le pays où elle craint d'être persécutée?—La question certifiée était hypothétique car l'appelant n'était plus ni un réfugié au sens de la Convention, ni un demandeur du statut de réfugié—La Cour a refusé de trancher la question parce qu'elle était mal formulée, ne reflétant pas l'insistance avec laquelle

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

l'appelant avait affirmé ne pas avoir l'intention de se présenter aux fins de son renvoi si on devait l'obliger à retourner dans le seul pays où il était autorisé à retourner—Appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 103 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94).

SAHIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-575-94, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 8-6-95, 2 p.)

Personnes non admissibles

Caractère raisonnable de l'attestation délivrée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et par le solliciteur général du Canada en vertu de l'art. 40.1 compte tenu de la preuve et de l'information à la disposition de la Cour—Intimé membre du Fatah, une organisation de l'Organisation de libération de la Palestine (OLP)—Revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—Attestation de sécurité affirmant que l'intimé n'était pas admissible au Canada parce qu'il appartenait à une catégorie décrite à l'art. 19(1)f(ii) et (iii)B de la Loi—La Cour devait décider s'il était raisonnable que le ministre délivre une attestation de sécurité désignant l'intimé comme membre d'une catégorie de personnes inadmissibles décrite à l'art. 19(1)f(ii) ou 19(1)f(iii)B—La norme de preuve exige qu'il soit démontré qu'il existe des motifs raisonnables de croire soit que l'intéressé s'est livré à des actes de terrorisme soit qu'il est ou a été membre d'une organisation qui s'est livrée à des actes de terrorisme—Il suffit de prouver qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne s'est livrée à des actes de terrorisme—La délivrance d'une attestation de sécurité en vertu de l'art. 40.1 de la Loi s'applique à des personnes qui ne sont ni des citoyens canadiens, ni des résidents permanents, et concerne des catégories de personnes non admissibles qui se livrent à la violence, à l'espionnage et à la subversion—Le régime établi par l'art. 40.1 de la Loi accorde à l'intimé une protection limitée, hormis la possibilité d'être entendu—Il n'y avait aucun motif raisonnable de croire que l'intimé avait bel et bien participé personnellement à des actes de terrorisme au sens de l'art. 19(1)f(ii)—Il existait des motifs raisonnables de croire que l'intimé faisait effectivement partie à la fois du Fatah et de la Force 17—L'objet de l'art. 19(1)f(ii) et (iii) consiste à éviter l'arrivée de personnes considérées comme un danger pour la société—À la lumière des éléments de preuve et d'information qui ont été soumis à la Cour, il existait des motifs raisonnables de croire que le Fatah et la Force 17 se sont livrés à des actes de terrorisme—L'attestation de sécurité délivrée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada en vertu de l'art. 40.1 de la Loi était raisonnable à la lumière des éléments de preuve et d'information dont la Cour disposait—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)f(ii),(iii), 40.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31).

BAROUD (RE) (DES-3-94, juge Denault, ordonnance en date du 31-5-95, 14 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire concernant une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la revendication du statut de réfugié présentée par le requérant—La décision de la Commission a été prise par un seul membre, aux termes de l'art. 63(2) de la Loi sur l'immigration, au motif que l'autre membre avait cessé d'exercer sa charge—Une décision prise par un seul membre n'est pas valide lorsqu'aucun élément du dossier ne justifie la nécessité d'invoquer l'art. 63(2) (*Weerasinghe c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 330 (C.A.))—L'affirmation du membre qui a pris la décision satisfait-elle au critère établi dans l'arrêt *Weerasinghe*, savoir si elle constitue «une déclaration détaillée des circonstances pertinentes»—Bien que les motifs indiquent que le deuxième membre a cessé d'exercer sa charge, ils ne précisent pas: (1) la date à laquelle cela s'est produit; ni (2) si la décision de la Commission a été rendue dans les huit semaines qui ont suivi, comme cela est exigé; ni (3) si la décision a été prise ou était prête à être communiquée dans la période de huit semaines suivant la date à laquelle le membre a cessé d'exercer sa charge—L'hypothèse selon laquelle le membre était dans l'impossibilité de participer à la décision parce qu'il avait cessé d'exercer sa charge plus de huit semaines avant le prononcé de la décision ne respecte pas les critères énoncés par la Cour d'appel—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 63(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18).

SINISHIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4739-94, juge Richard, ordonnance en date du 12-5-95, 4 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission selon laquelle les requérants ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention—Au moment où a été rendue la décision de la Commission, soit neuf mois après l'audition de l'affaire, un des membres avait cessé d'exercer ses fonctions—Les requérants ont présenté d'autres éléments de preuve à l'appui de leur revendication un mois après que l'ancien membre a cessé d'exercer ses fonctions—La question litigieuse réside dans la bonne interprétation des art. 63(2) et 69.1(8) de la Loi—L'obligation d'expliquer la raison pour laquelle le membre du tribunal a été empêché de participer à la décision finale (*Weerasinghe c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 330 (C.A.)) n'a pas pour objet de rendre l'application de l'art. 63(2) tributaire de la forme particulière que revêt la preuve de l'empêchement—L'expression «en cas d'empêchement» ne s'étend pas à la situation où un commissaire qui sait quand finira son mandat, participe à l'audition d'un appel, et ne rend tout simplement pas une décision avant l'expiration de son mandat—L'expression «empêchement» à l'art. 63(2) doit se lire en corrélation avec l'autre situation parallèle «en cas de décès»: l'empêchement de participer à une décision désigne la situation où un événement inattendu et échappant à la volonté du commissaire lui cause un «empêchement»—Il existe dans le présent appel un facteur supplémentaire: la preuve n'a pas été présentée en entier avant que le commissaire ait cessé d'exercer ses fonctions; il était donc

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

absent lors d'une partie de l'admission de la preuve—L'art. 63(2) ne s'applique pas à la situation où toute la preuve n'a pas été présentée, bien que la preuve orale soit complète, l'audition d'une affaire n'étant pas terminée tant que toute la preuve n'a pas été déposée et que les observations à son égard n'ont pas toutes été faites—L'art. 69.1(8) qui permet à un seul membre de juger le cas de l'intéressé ne s'applique que si celui-ci y consent—Aucun consentement n'ayant été donné, la Commission n'avait pas la compétence nécessaire—Le fait que des éléments de preuve supplémentaires aient été déposés au cours de la période de huit semaines prévue à l'art. 63(1) n'est pas pertinent car les motifs indiquent que l'ancien membre n'était pas disponible pendant cette période—La demande est accueillie—Questions certifiées: (1) Le membre qui rend une décision conformément à l'art. 63(2) est-il sans compétence pour le faire lorsque des éléments de preuve supplémentaires ont été soumis après l'expiration du mandat du membre absent mais au cours du délai de huit semaines visé à l'art. 63(1)?; (2) L'absence de motifs détaillés sur la raison pour laquelle le membre absent a été empêché, au cours du délai de huit semaines, de participer aux décisions à rendre à l'égard des affaires préalablement entendues par le tribunal est-il pertinent?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), c. I-2, art. 63(1),(2) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 52), 69.1(8) (édicte, *idem*).

BRAILKO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5164-94, juge Reed, ordonnance en date du 30-6-95, 6 p.)

Requête visant à suspendre l'exécution de l'avis relatif à l'obligation de transporter la personne concernée et/ou de payer ses frais de renvoi et de détention émis par l'intimé en attendant de connaître l'issue de la demande d'autorisation de contrôle judiciaire—Avis concernant M. John Salilar, qui était au nombre de cinq clandestins montés à bord du *MV Höegh Duke* à Bombay (Inde)—Lorsque le navire est arrivé à Halifax en janvier 1992, les autorités canadiennes de l'immigration sont venues chercher les cinq clandestins—M. Salilar a revendiqué, sans succès, le statut de réfugié; une ordonnance d'expulsion a été prononcée à son endroit—L'intention de l'intimé était de mettre M. Salilar à bord d'un navire dans le port d'Halifax—Critère auquel il faut satisfaire pour obtenir une suspension—L'intimé a reconnu qu'il y avait une question sérieuse à juger—La présence à bord d'un passager non désiré et dangereux pourrait créer un sérieux problème à l'équipage et au propriétaire—Il n'y avait aucune preuve qu'à Bombay, les autorités l'accepteraient—Les autorités canadiennes ne suggéreraient aucun autre point d'entrée—La requérante subirait un préjudice irréparable—L'intimé ne subirait aucun préjudice irréparable si M. Salilar devait rester au Canada pendant le temps requis pour régler la demande d'autorisation de procéder à un contrôle judiciaire—La prépondérance des inconvénients favorise dans une grande mesure l'octroi d'une suspension—L'avis émis par le ministre n'était pas réellement urgent—Demande de suspension accueillie.

LEIF HÖEGH & Co. AS/S C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1203-95, juge Dubé, ordonnance en date du 18-5-95, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section du statut de réfugié—La requérante et ses deux enfants ont revendiqué le statut de réfugié en raison d'une crainte bien fondée d'être persécutés à cause de leur religion, de leur nationalité et de leur appartenance à un groupe social—C'est leur croyance religieuse chrétienne qui, selon eux, est à la base de leur persécution en Ukraine et en Israël—La section du statut a jugé que les requérants ont deux pays de résidence habituelle, soit l'Ukraine et Israël, l'emploi du singulier s'appliquant également au pluriel dans la définition de «réfugié au sens de la Convention» à l'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration—Elle a considéré la possibilité de persécution dans les deux pays et conclu que les requérants n'encouraient aucune possibilité raisonnable de persécution dans l'un ou l'autre pays—Aux termes de l'art. 2 de la Loi, une personne apatride doit démontrer qu'elle craint d'être persécutée dans le pays où elle avait sa résidence habituelle—L'art. 14(3) des Règles de la section du statut de réfugié précise qu'il s'agit de son dernier pays de résidence habituelle—La section a commis une erreur en ignorant l'art. 14(3) des Règles qui se réfère au dernier pays de résidence habituelle—Cette erreur n'est pas déterminante—La section a conclu que les requérants n'avaient pas démontré que leur crainte d'être persécutés était justifiée—Il lui était loisible de conclure comme elle l'a fait—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1)—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, art. 14(3).

PIDASHEVA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4065-93, juge Dubé, ordonnance en date du 17-5-95, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié (SSR) selon laquelle le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention—La SSR a appuyé sa décision sur les documents compris dans le dossier de référence (DR) sur le pays d'origine du requérant, mais le requérant n'a pas reçu copie de ce dossier préalablement à l'audience—La pratique de la SSR est passée de la situation où une copie des documents du DR était mise à la disposition du requérant, à la situation où un dossier standardisé de documents publics concernant le pays d'origine est tenu à jour et est disponible dans les centres de documentation, mais seulement la liste de ces documents est déposée, les documents qui y sont mentionnés étant réputés avoir été déposés en preuve à l'audience (nouvelle pratique)—Le requérant soutient que le tribunal a manqué aux règles de justice naturelle ou à son devoir d'équité en ne lui donnant pas copie du DR et de la liste des documents compris dans ce dossier—La communication de documents en temps opportun avant l'audience est un principe bien établi (principe général), toutefois, les circonstances de chaque affaire demeurent pertinentes—L'espèce se distingue de l'affaire *Noormohamed et autre v. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 67 F.T.R. 66 (C.F. 1^{re} inst.) et de l'affaire *Nrecaj c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 630 (C.A.), invoquées toutes

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

deux à l'appui du principe général, en ce que, ici, le requérant n'a pas demandé avant l'audience la communication du DR—À l'audience, le requérant a été informé de quelle façon il pouvait avoir accès au DR—La nouvelle pratique est conforme aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale, à la condition qu'il n'y ait aucun refus de la part du tribunal de communiquer les documents compris dans le DR—Les responsabilités de la SSR quant à la communication de la preuve documentaire ne sont pas plus grandes dans le cas où le requérant n'est pas représenté par un conseiller juridique—Demande rejetée.

NAKHUDA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2086-94, juge MacKay, ordonnance en date du 10-5-95, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (la SSR) a statué que la requérante n'est pas une réfugiée au sens de la Convention—La requérante, une citoyenne sri lankaise d'ethnie tamoule, s'était enfuie à Colombo, et elle avait été détenue, battue et agressée par des représentants de l'État (l'incident de Colombo) en réaction aux actes de terrorisme commis par une faction politique (LTTE)—La SSR a conclu que la requérante craignait avec raison d'être persécutée uniquement dans les parties de Sri Lanka qui n'étaient pas sous le contrôle absolu du gouvernement, de sorte qu'il y avait une possibilité de refuge intérieur (PRI) à Colombo—La SSR a conclu que les actes de terrorisme commis par les LTTE exigeaient une réaction de la part des forces de sécurité sri lankaises et pouvaient justifier les arrestations et détentions massives de Tamouls: l'incident de Colombo constituait une réaction du gouvernement qui correspondait à l'énormité des actes de terrorisme commis par les LTTE—Ni la preuve documentaire ni les actes de terrorisme commis par les LTTE ne peuvent justifier la violence et les coups subis par les personnes ramassées, au nom de la protection de la population en général—Le fait que les agents publics commettraient apparemment ces actes dans l'intérêt public ne change rien au caractère de persécution de ces actes—La preuve documentaire citée par la SSR: (1) n'étaye pas sa conclusion selon laquelle des personnes qui étaient dans une situation semblable à celle de la requérante se sont prévaluées avec succès de l'appui des organismes de défense des droits de la personne ou de partis politiques pour se protéger contre le genre de traitement infligé à la requérante à Colombo; (2) n'appuie pas vraiment la conclusion selon laquelle Colombo constituerait une PRI viable pour la requérante—La SSR a commis une erreur en appliquant le critère d'appréciation d'une PRI—Demande accueillie.

RAJATHURAI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2548-94, juge Gibson, ordonnance de date du 30-6-95, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la Commission a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Bien que la Commission ait conclu que le requérant craignait avec raison d'être persécuté dans une ville particulière, elle n'était pas convaincue de l'existence d'une crainte objectivement fondée relativement au reste du Sri Lanka, particulièrement dans la ville de Colombo—La Com-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

mission s'est appuyée sur la preuve documentaire citée dans *Rasaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 706 (C.A.) pour conclure à l'existence d'une possibilité de refuge intérieur (PRI)—En déterminant l'existence d'une PRI viable et raisonnable pour un demandeur du statut de réfugié particulier, la Commission ne saurait simplement s'appuyer sur des conclusions de fait tirées dans une autre affaire—L'analyse faite par la Commission constitue une grave erreur lorsqu'elle a dit que puisqu'une PRI était raisonnable dans l'affaire *Rasaratnam*, il existait une PRI raisonnable en l'espèce—La Commission doit examiner toutes les circonstances du requérant dans la détermination d'une PRI; une conclusion de fait fondée sur des conclusions tirées dans une autre affaire ne suffit pas (*Pathmakanthan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 71 F.T.R. 154 (C.F. 1^{re} inst.))—La déclaration passe-partout selon laquelle «la Commission avait reçu et examiné la preuve documentaire produite par le requérant» alors qu'en fait, le requérant n'a pas soumis de documents constitue une autre preuve que la Commission n'a pas suffisamment tenu compte de la preuve documentaire—Une déclaration passe-partout est généralement sans importance, toutefois, si en outre on s'est appuyé à tort sur l'affaire *Rasaratnam*, l'intervention de la Cour est justifiée—Demande accueillie.

RAMACHANDRAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3741-94, juge Cullen, ordonnance en date du 25-5-95, 6 p.)

Demande d'infirmer la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Le requérant a fondé sa revendication sur le fait qu'il s'est converti de l'islam au christianisme, alors qu'il se trouvait hors d'Égypte—L'un des commissaires était membre d'une secte islamique, les disciples d'Ismaël—Le commissaire a fait montre d'une attitude fort défensive—Le président du tribunal a refusé d'écouter convenablement la preuve présentée—Une requête demandant aux commissaires de se récuser et de confier la cause du requérant à un tribunal de composition différente a été refusée—Au cours de l'audition, l'un des commissaires a fait montre d'une attitude propre à susciter une crainte raisonnable de partialité—La conduite du président créait forcément une crainte de partialité, d'un point de vue tant subjectif qu'objectif—Cette conduite dénotait une partialité véritable—La conduite du commissaire, considérée dans son contexte général, étayait la conclusion qu'il existait une crainte de partialité, voire une partialité véritable—Le requérant ne disait pas qu'il craignait d'être persécuté pour avoir converti ouvertement et publiquement des musulmans—Il craignait d'être persécuté s'il retournait en Égypte parce qu'il s'était converti de l'islam au christianisme—Le critère permettant de déterminer à quel moment il existe une crainte raisonnable de partialité a été satisfait—Demande accueillie.

SALEH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4272-94, juge Reed, ordonnance en date du 11-5-95, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission selon laquelle la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La Commission a conclu que la requé-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

rante ne courait pas le risque d'être stérilisée si elle rentrait en Chine car elle retournerait dans une zone urbaine plutôt que dans une zone rurale—La preuve indique clairement que la politique de stérilisation obligatoire pour l'un des deux membres d'un couple ayant un ou deux enfants ne se limite pas aux régions rurales; la politique de l'enfant unique est un programme national qui s'applique également aux régions urbaines—La contrainte physique n'est pas le seul moyen de forcer une personne à faire quelque chose qu'elle ne choisirait pas d'elle-même de faire; la «stérilisation forcée» ne se limite pas aux circonstances dans lesquelles des personnes sont forcées à se faire stériliser—La Commission a tiré une conclusion erronée au sujet de l'absence de stérilisation forcée, mais cette erreur n'est pas déterminante car il manque une preuve que la requérante craint subjectivement d'être persécutée à cause de la menace de stérilisation—La requérante a eu un second fils, né à l'étranger; rien ne prouve que la requérante ou son époux s'opposent aujourd'hui à la politique ou aux méthodes de planification familiale du gouvernement chinois—Il ne convient pas d'annuler la décision de la Commission en raison d'une absence de crainte subjective—Demande rejetée.

LIU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4316-94, juge Reed, ordonnance en date du 16-5-95, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la section du statut de réfugié (SSR) a conclu que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La requérante, citoyenne d'Israël, y a émigré à partir de l'ancienne Union soviétique, a présenté une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention fondée sur une crainte de persécution du fait d'un mariage mixte chrétien/juif—La SSR a conclu que les incidents en question constituaient non pas de la persécution mais du harcèlement et de la discrimination—Un affidavit du directeur du service juridique d'une société s'occupant des affaires d'immigration et de problèmes que connaissent les non-Juifs venant de l'ancienne Union soviétique dit que la discrimination contre les non-Juifs en Israël est généralisée—La SSR a rejeté l'affidavit parce qu'il allait à l'encontre de la majeure partie de la preuve—La preuve dont disposait la SSR et la preuve par affidavit qui la confirmait ont suscité des doutes raisonnables quant à l'exactitude de la décision de la SSR—L'absence d'une mention de droits de propriété dans la Charte n'a rien à voir avec l'examen de la question de savoir si des dommages causés à des biens privés et des pratiques discriminatoires en matière de logement peuvent jamais être considérés comme constituant de la persécution—Aucune décision judiciaire n'étaye l'idée de la SSR selon laquelle un «niveau extrême» de proscription économique s'imposait pour la conclusion qu'il y a persécution—L'obligation d'établir l'existence d'une «preuve claire et convaincante» de l'incapacité de l'État de protéger ses citoyens (*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689) n'exige pas d'un requérant qu'il établisse que tous les agents de police en Israël, ou même une majorité de ceux-ci, sont xénophobes—Il ressort des motifs de la SSR que celle-ci n'a pas tenu compte de la totalité des documents dans l'examen des éléments de preuve—Les motifs de la SSR n'étaient pas suffisamment sa conclusion—Demande accueillie—Charte canadienne des droits et libertés, qui consti-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

tue 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].

BOUGAI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4966-94, juge Gibson, ordonnance en date du 15-6-95, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention puisque, à titre de complice de crimes commis contre l'humanité, il ne répond pas à la définition de réfugié au sens de la Convention—Le requérant est un citoyen d'El Salvador—Il a été recruté de force par l'armée à l'âge de quinze ans et nommé interrogateur de son unité—Il a participé à la capture de personnes soupçonnées de faire partie de la guérilla, puis les a interrogées—Après l'interrogatoire initial, il remettait les suspects à une unité militaire spécialisée appelée S2 qui se chargeait de poursuivre l'enquête—Le S2 torturait et souvent tuait les victimes—Le requérant a déserté parce qu'il craignait que le S2 continue l'enquête ouverte à son endroit—La Commission a conclu que le requérant était un complice ayant personnellement et sciemment participé à des actes répétés de persécution—L'avocat du requérant est arbitraire et fait fi de la réalité lorsqu'il affirme que son client et le S2 ont un objectif commun distinct—L'armée était résolue à capturer et à éliminer ses adversaires guérilleros—L'existence d'un objectif commun est établie—Le requérant était personnellement impliqué lorsqu'il remettait les suspects au S2 en sachant que leur mort était probable—La Commission pouvait décider de ne pas considérer le requérant comme un réfugié au sens de la Convention parce qu'il était complice de crimes commis contre l'humanité—La décision ne comporte aucune erreur susceptible de révision—La demande est rejetée.

GRACIAS-LUNA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1139-92, juge Simpson, ordonnance en date du 25-5-95, 5 p.)

COURONNE

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

La demanderesse était la propriétaire-exploitante d'un aéronef dont l'accident a tué l'équipage et les passagers—Elle reproche aux contrôleurs de la circulation aérienne (1) de savoir que le vol allait passer dans une zone de très mauvais temps et (2) de ne pas avoir donné à l'équipage un autre cap pour éviter l'orage—Les contrôleurs de la circulation aérienne sont tenus à l'obligation de diligence envers les avions, leurs propriétaires et exploitants, les équipages de conduite et leurs passagers—La demanderesse doit prouver, par prépondérance des probabilités, que les contrôleurs de la circulation aérienne n'ont pas donné à l'équipage les renseignements météorologiques nécessaires à la sécurité du vol, ou qu'ils ne lui ont pas donné l'aide nécessaire pour sortir de la zone de mauvais temps—À la lumière des renseignements météorologiques disponibles, l'avion devait s'attendre à rencontrer des conditions de mauvais temps sous forme de cellules d'orage—Celles-ci étaient l'une des causes de l'accident—Les informations indi-

COURONNE—Fin

catrices de possibilité de mauvais temps qui ont pu être communiqués aux contrôleurs de la circulation aérienne n'étaient pas suffisantes pour leur permettre de prévoir que l'avion allait rencontrer du mauvais temps et s'écraser—Dès demande d'aide de l'équipage, le contrôleur en route a donné au pilote un cap qui, pensait-il, devait permettre à l'avion de sortir de la cellule orageuse—L'accident n'a pas été causé par quelque acte ou omission de la part des contrôleurs de la circulation aérienne—Action rejetée.

ATHABASKA AIRWAYS LTD. C. CANADA (T-3631-78, juge Richard, jugement en date du 6-6-95, 23 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel contre la décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) a conclu à la justesse de la nouvelle cotisation établie par Revenu Canada à l'égard de l'exemption de la taxe d'accise réclamée par la demanderesse—La demanderesse importe et fabrique des pièces et des caisses de camion—Incertitude de la politique de cotisation découlant de l'art. 29(1) de la Loi, qui exempte de la taxe de vente certaines carrosseries-ateliers destinées aux châssis lourds—La demanderesse ne recouvrait pas la taxe d'accise sur les carrosseries-ateliers, ayant été informée par l'administration que ses caisses de camion jouissaient de l'exemption puisqu'elles satisfaisaient à la condition de charge utile—*Issue estoppel*: cette fin de non-recevoir n'est accueillie contre l'État qu'en cas d'exercice de pouvoir discrétionnaire non prévu par la loi; c'est à la Cour qu'il appartient de se prononcer sur l'interprétation correcte peu importe celle qu'a faite l'administration par le passé—Doctrines de l'expectative légitime: cette doctrine ne saurait primer les prescriptions de la loi, elle ne crée que des droits en matière de procédure—Le point litigieux porte en l'espèce sur les mots «conçus pour» être installés en permanence: ces mots s'entendent de l'idée que se fait le fabricant de la nature de l'article et de la façon dont il compte l'utiliser—Lorsqu'il est établi que l'article a servi à un usage autre que celui proclamé par le fabricant, il y a présomption réfutable que cet article n'a pas été conçu pour l'usage proclamé—En l'espèce, le fabricant prétend que les carrosseries-ateliers étaient conçues pour les châssis lourds, mais comme la plupart d'entre elles ont été montées sur des châssis légers, il est à présumer qu'elles ont été conçues pour ces derniers, sauf preuve du contraire à administrer par le fabricant—L'ambiguïté de l'art. 29(1) fait que s'il y a une interprétation raisonnablement étayée par les preuves et à l'avantage de la demanderesse, il convient de l'adopter—Il n'en est rien en l'espèce puisque les carrosseries-ateliers en cause ne sont pas, dans leur conception de base, assez larges pour les camions lourds et ne s'accorderaient pas avec les roues jumelées de ces derniers—Action rejetée—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 29(1).

STURDY TRUCK BODY (1972) LTD. C. CANADA (T-2218-89, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 12-5-95, 12 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne que la plainte du requérant était irrecevable—Le requérant a déposé une plainte formelle de discrimination contre son employeur auprès de la Commission—L'employeur a recommandé le renvoi du requérant—Le comité d'appel rejette l'appel interjeté par le requérant suite à son renvoi—La Commission décide d'étudier le dossier du requérant en dépit du fait que sa plainte était jugée prescrite (première décision)—La Commission a déterminé que la plainte était irrecevable puisqu'aucune autre procédure était justifiée suite à la décision du comité d'appel—Le requérant prétend que la Commission a simplement adopté la décision du comité d'appel au lieu d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire—Lorsque le requérant se prévaut des recours internes qui lui sont ouverts, la Commission ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif que la chose est déjà jugée—La Commission n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable puisqu'elle s'est fondée non pas sur son évaluation du dossier mais sur le fait que le comité d'appel avait déjà disposé de la question—La Commission a commis une erreur de droit en refusant d'exercer sa compétence en l'espèce—Bien que la plainte soit prescrite au moment où elle était logée, la décision de la Commission de reconsidérer le dossier annule implicitement sa première décision—Demande accueillie.

BOUDREAU C. CANADA (PROCEUR GÉNÉRAL) (T-1514-94, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 11-7-95, 5 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL**CHARTRE DES DROITS***Libertés fondamentales*

Appel d'une décision de la Section de première instance ([1995] 1 C.F. 158) qui a statué qu'il n'y avait pas eu d'infraction à la Charte lorsque des membres de la GRC adhérant à la religion sikhe khalsa ont été autorisés à porter leur turban et d'autres articles religieux avec leur uniforme—La liberté de religion visée à l'art. 2a) n'a pas été violée—Le programme ne restreignait pas la liberté religieuse, il visait plutôt à l'élargir—L'intégration du turban ne créait pas en soi une crainte raisonnable de partialité—Il ne convient pas d'outrepasser le but de l'art. 7 en l'appliquant à des causes où aucune privation ou aucun risque de privation n'ont été prouvés—Il n'y avait aucune discrimination contraire à l'art. 15—La politique accordant une exemption aux sikhs ne porte pas préjudice à d'autres groupes religieux—Le but déclaré du changement était de faciliter le recrutement d'éléments au sein de minorités, de permettre à la communauté sikhe d'exercer sa liberté religieuse et de refléter le caractère multiculturel nouveau du Canada—La Charte ou la jurisprudence ne rendent pas ce programme inconstitutionnel—Appel rejeté—Charte canadienne

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2, 7, 15.

GRANT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-368-94, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 31-5-95, 8 p.)

DROIT MARITIME**PRATIQUE**

Requête des sociétés intimées visant à obtenir mainlevée de la saisie pratiquée contre le navire *Edmonton Queen*, avec ou sans cautionnement—Les deux sociétés anonymes albertaines numérotées mises en cause dans la présente affaire ont acheté le navire *Edmonton Queen* lors d'une vente en justice, au prix de 800 000 \$—La partie requérante réclame le tiers de la propriété du navire et de toute l'entreprise commerciale des intimées ainsi que la somme de 1 million de dollars à titre de dommages pour violation d'entente et de l'obligation de bonne foi—Le navire n'a pas été acheté libre de toute réclamation découlant de l'activité des parties intimées en leur qualité de propriétaires—L'action en justice de la partie requérante n'est pas futile—Un requérant qui intente une action *in rem* en soumettant à la Cour fédérale une déclaration comportant allégués, a également le droit de recourir à la procédure de saisie pour obtenir une garantie—Bien que la partie requérante ait droit à un cautionnement raisonnable, celui-ci ne doit pas être onéreux au point de priver les propriétaires de l'usage de leur bien et des gains qu'ils en retirent—Chaque cas devrait être examiné dans son propre contexte pour décider de la forme de cautionnement appropriée—La mainlevée de la saisie du *Edmonton Queen* est ordonnée, mais assortie de modalités et de conditions—Les parties intimées ne vendront pas et n'affrèteront pas le navire ni ne le soustrairont au territoire de compétence—Le cautionnement sera fourni sous forme d'une assurance couvrant la pleine valeur assurable et périodiquement revue du navire.

NORTH SASKATCHEWAN RIVERBOAT CO. LTD. C. EDMONTON QUEEN (LE) (T-992-95, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 25-5-95, 8 p.)

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Action en dommages-intérêts découlant du chavirement du remorqueur des demanderesse qui aidait le navire des défenderesses à sortir d'un bassin d'armement des bassins de radoub de Port Weller—Les demanderesse prétendent que le remorqueur a chaviré par suite de la négligence et du manquement à ses obligations de la part de l'équipage du navire—Elles soutiennent que l'incompétence et le manque d'expérience des officiers et de l'équipage du navire ont directement contribué au chavirement du remorqueur—Les défenderesses affirment que le chavirement du remorqueur est dû à l'incompétence et au manque d'expérience de l'équipage du remorqueur—Le commandant Raymond Robert était au poste de commande du remorqueur le jour du chavirement—Le jour du chavirement, il y avait deux capitaines à bord du navire: le commandant Knoester et le commandant Robinson—C'est le commandant Robinson qui portait la responsabilité des mouvements du

DROIT MARITIME—Suite

navire le jour du chavirement car il faisait fonction de pilote et commandait la manœuvre du navire—Bien que rien n'indique que les parties aient signé un contrat, un contrat de remorquage a été formé—Les conditions atmosphériques étaient favorables et n'ont pas eu d'effet important sur le mouvement des navires le jour du chavirement—Le litige tenait au rapport juridique existant entre un remorqueur et un navire remorqué—Revue de la jurisprudence sur ce rapport—On présume généralement que le navire remorqué contrôle le remorqueur—Le remorqueur a l'obligation de s'assurer que le navire remorqué est plus ou moins prêt à être remorqué—Le navire remorqué a l'obligation claire d'évaluer prudemment ses actions et de s'assurer qu'il ne risque d'endommager ni le remorqueur, ni les navires voisins—L'exécution du contrat appelle la compétence, la diligence et l'expertise qui conviennent—Le commandant Robinson et l'équipage du navire n'ont pas fait preuve de négligence en ne laissant pas suffisamment de temps au remorqueur pour se placer à tribord du navire avant de commencer la manœuvre finale—Le navire ne pouvait pas prévoir que le remorqueur allait quitter sa position à l'arrière du navire—Le capitaine du remorqueur a commis une faute—Le commandant Robert et son équipage ont agi sans tenir aucun compte du souffle de l'hélice du navire et du danger qui menaçait leur bâtiment—Lorsque le remorqueur a chaviré, personne ne faisait le guet comme il l'aurait fallu—Ceux qui se trouvaient à bord du remorqueur ont fait preuve de négligence en ne surveillant pas le souffle de l'hélice du navire, problème que le commandant Robert avait pleinement envisagé—Le remorqueur a chaviré parce qu'il s'est ceinturé lui-même—Le souffle de l'hélice du navire n'était pas suffisamment puissant pour renverser le remorqueur—Il fallait l'application de forces latérales pour faire virer le remorqueur à tribord et le faire chavirer—Le souffle de l'hélice du navire n'était pas excessif—Pour obtenir gain de cause contre un navire remorqué, le propriétaire d'un remorqueur doit prouver qu'il y a eu négligence ou faute de la part du navire remorqué—Le chavirement du remorqueur des demanderesse ne s'est pas produit en raison d'une faute ou d'une négligence de la part de l'équipage du navire—Action rejetée.

HAMILTON MARINE & ENGINEERING LTD. C. HON. PAUL MARTIN (LE) (T-162-89, juge Nadon, jugement en date du 3-5-95, 36 p.)

TRANSPORT DE MARCHANDISES

Réclamation de la somme de 9 741,60 \$ relativement à la perte de 294 blazers pour dames importés de Bulgarie par la demanderesse—La demanderesse importait des vêtements pour hommes, femmes et enfants, en vue de les revendre à divers grands magasins de Montréal—La défenderesse était un transitaire international spécialisé dans le transport de marchandises en provenance et à destination de l'Europe de l'Est—La demanderesse a acheté 2 759 blazers pour dames, FAB atelier, dont le prix d'achat total s'établissait à 39 867,55 \$—Les marchandises ont été emballées pour l'expédition par le fabricant dans 116 cartons—Le connaissance établi par la défenderesse est un accusé de réception de 116 cartons de marchandises en bon état—La demanderesse a versé à la défenderesse environ 4 500 \$ US relativement au transport des marchandises de la Bulgarie jusqu'à Ville Saint-Laurent—Les cartons, au moment de la livraison à la demanderesse, étaient

DROIT MARITIME—Fin

presque totalement détruits et plusieurs blazers étaient éparpillés dans le conteneur—La demanderesse n'a reçu à son établissement que 2 465 blazers—Il s'agit de savoir si la défenderesse est le transporteur des marchandises de la demanderesse ou simplement son mandataire—La défenderesse est-elle responsable de la perte subie par la demanderesse?—La défenderesse s'est engagée à transporter les marchandises du point d'expédition jusqu'au point de livraison—Le connaissance ne contient aucune clause indiquant que la défenderesse n'agissait pas à titre de transporteur—La demanderesse ne connaissait pas l'identité des transporteurs intermédiaires retenus par la défenderesse—La demanderesse n'a reçu aucun document expliquant la nature des services offerts par la défenderesse—La défenderesse a agi en qualité de transporteur—La perte des 294 blazers a eu lieu après la prise en charge des cartons par la défenderesse en Bulgarie—Le bordereau d'expédition est admissible aux termes de l'art. 30(1) de la Loi sur la preuve au Canada—La défenderesse ayant livré les cartons en mauvais état, elle est à première vue responsable de la perte des 294 blazers—La défenderesse est condamnée à payer à la demanderesse la somme de 5 649,42 \$, ainsi que les intérêts, soit 4 248,30 \$ pour le prix d'achat en Bulgarie, 479,52 \$ pour le fret, 372,60 \$ pour les droits et 549 \$ pour les frais de main-d'oeuvre et le coût des nouveaux cartons—Action accueillie en partie—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985) ch. C-5, art. 30(1).

BERTEX FASHIONS INC. C. CARGONAUT CANADA INC.
(T-651-93, juge Nadon, jugement en date du 29-5-95,
15 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Recours en contrôle judiciaire tendant à l'annulation de la partie de la décision par laquelle le tribunal canadien des droits de la personne s'est déclaré incompétent pour accorder l'indemnisation pour perte de salaire—Après libération volontaire des Forces canadiennes, le plaignant a saisi la Commission des droits de la personne d'une plainte de discrimination contre son ancien employeur, en application des art. 7, 10 et 14 de la Loi—Il s'est désisté des chefs de plainte fondés sur les art. 7 et 10 avant l'audition de la plainte—Le tribunal conclut que faute d'avoir donné convenablement suite aux plaintes de harcèlement et d'avoir fait preuve de diligence pour prévenir le harcèlement au lieu de travail, les Forces canadiennes étaient responsables de la discrimination dont a souffert le plaignant—Il a refusé d'accorder l'indemnisation pour perte de salaire par ce motif qu'il n'a pas compétence au regard de l'art. 4—Il échet d'examiner si le tribunal a eu raison de se déclarer incompétent pour accorder l'indemnisation pour perte de salaire—Aux termes de l'art. 4 de la Loi, les actes discriminatoires visés aux art. 5 à 14 peuvent faire l'objet des ordonnances prévues aux art. 53 et 54, y compris l'indemnisation pour perte de salaire conformément à l'art. 53(2)c) de la Loi—La victime d'un acte discriminatoire tombant sous le coup de l'art. 14 peut être indemnisée de toute perte de salaire subie à la suite de cet acte—La lettre de l'ancien avocat de la Commis-

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

sion, selon laquelle la perte de salaire n'était pas un point en litige, ne peut avoir pour effet d'écarter la compétence du tribunal; celle-ci ne peut être conférée par consentement des parties ni ne peut être supprimée par une partie—Recours accueilli—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 14, 53(2)c).

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C.
CANADA (FORCES ARMÉES) (T-2683-94, juge Denault,
ordonnance en date du 16-6-95, 5 p.)

FAILLITE

Demande de contrôle judiciaire de la décision ordonnant la suspension, pour une période de trois mois, de la licence autorisant le requérant à agir en qualité de syndic de faillite—Un rapport du vérificateur du bureau du Surintendant des faillites a révélé qu'il existait des lacunes dans la pratique du syndic requérant et recommandait une suspension de sa licence pour une période de six mois—L'audience tenue en vertu de l'art. 14(2) de la Loi a fourni au requérant l'occasion de «démontrer... que les fautes reprochées... ne sont pas étayées par les faits» (fardeau du requérant)—Le requérant a dû s'acquitter de son fardeau après le dépôt du rapport, mais avant le témoignage et le contre-interrogatoire du vérificateur, c'est-à-dire que la preuve de l'intimé a été «fractionnée»—Le requérant a soulevé des questions concernant la tenue de l'audience—Les règles de la justice naturelle s'appliquent à une audience tenue en vertu de l'art. 14(2); étant donné que la licence professionnelle du requérant était en jeu, il avait le droit de connaître la preuve qu'il devait réfuter avant de témoigner lors de l'audience en matière disciplinaire—Le fractionnement de la preuve a créé un risque accru de manquement au principe *audi alteram partem*, mais il ne constitue pas en soi un manquement à ce principe—Le témoignage du vérificateur ne contenait pas de nouvelles questions qui n'étaient pas incluses dans le rapport complet et le requérant n'a pas soulevé un préjudice à l'audience, de sorte que ce principe n'a pas été violé du fait du fractionnement—L'énoncé portant que le requérant avait le fardeau de démontrer que les allégations faites dans le rapport n'étaient pas étayées par les faits constitue une description juste du rôle du requérant dans le cadre d'une audience sous le régime de l'art. 14(2)—La production tardive de documents de travail manuscrits auxquels le vérificateur s'est référé n'a pas violé les règles de justice naturelle parce que ces documents ne contenaient aucun renseignement nouveau et parce que l'avocat du requérant a obtenu un délai pour les examiner et a été autorisé à poursuivre son contre-interrogatoire relativement à leur contenu après un long ajournement—L'arbitre avait le pouvoir discrétionnaire d'infliger une suspension et sa conclusion était étayée par les faits; sa décision n'était ni arbitraire ni déraisonnable au point de constituer une erreur susceptible de révision—Demande rejetée—Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 14(2) (édicte par L.C. 1992, ch. 27, art. 9).

PERRIER C. CANADA (SURINTENDANT DES FAILLITES)
(T-2093-94, juge Simpson, ordonnance du 5-5-95, 11 p.)

FONCTION PUBLIQUE

PROCESSUS DE SÉLECTION

Principe du mérite

Recours en contrôle judiciaire fondé sur l'art. 21 de la Loi contre la décision par laquelle le comité d'appel a rejeté les appels formés contre une nomination faite sans concours—Il échet d'examiner si le comité d'appel a commis une erreur en concluant que le principe du mérite a été respecté dans cette mesure de dotation—Le titulaire du poste ENG-04 en cause avait été initialement nommé à titre temporaire au poste précédemment classé ENG-03—Après avoir mis au point l'exposé des qualités requises pour le poste ENG-04, le Ministère a jugé qu'il avait les qualités nécessaires et l'y a nommé sans concours—Le comité d'appel reconnaît que l'évaluation de l'appelant était défectueuse, mais conclut que le titulaire était le candidat le mieux qualifié vu ses compétences et son aptitude personnelle—Le comité d'appel a relevé des défauts dans l'évaluation (1) des connaissances et (2) de l'aptitude personnelle d'un appelant—Si des irrégularités dans l'évaluation des connaissances ne sont pas suffisantes pour fausser le résultat de l'évaluation d'ensemble, il résulte des défauts dans l'évaluation des compétences de l'appelant que le comité d'appel ne disposait pas de faits lui permettant de conclure qu'il y avait eu évaluation correcte du mérite respectif des candidats—L'absence de preuves sur la foi desquelles le jury de sélection eût pu évaluer proprement l'appelant fait qu'il était impossible pour le comité d'appel de valider le processus de sélection—Que le titulaire fasse «très bien» son travail et que l'avocat des appelants ait concentré son énergie et ses arguments sur le processus suivi par le jury de sélection et sa crédibilité, plutôt que sur les qualités du titulaire, voilà qui n'a absolument aucun rapport avec la question du mérite relatif des candidats—Recours accueilli—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 2 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 2, 31(E)).

BUTTAU C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-1611-94, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 11-5-95, 6 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Gains en capital

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la Cour canadienne de l'impôt concernant l'interprétation de l'art. 39(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le requérant a acheté pour la somme de 138 792 \$ un billet à ordre ne portant pas intérêt dont la valeur nominale était de 150 000 \$—Il a vendu le billet le 2 mai 1989, au prix de 141 381 \$, réalisant ainsi un gain de 2 589 \$—Le même jour, le requérant a acheté, au prix de 152 078 \$, un bon du Trésor du Gouvernement du Canada ne portant pas intérêt, dont la valeur nominale était de 170 000 \$—À l'échéance, le bon fut racheté à sa pleine valeur nominale, le requérant réalisant ainsi un gain de 17 921,23 \$—Le ministre n'a pas reconnu les gains en capital pour les deux

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

années d'imposition 1989 et 1990—Le requérant a interjeté appel de ses nouvelles cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt—La Cour de l'impôt a accueilli l'appel pour l'année d'imposition 1989, mais a rejeté l'appel pour l'année d'imposition 1990—On a demandé à la Cour d'examiner uniquement le rejet de l'appel se rapportant à l'année d'imposition 1990—Le bon du trésor en cause constitue un «titre canadien» au sens de l'art. 54c(ii)(A) de la Loi—Il y a eu «disposition» du titre au moment du rachat—L'art. 39(4) a pour objet de conférer un traitement fiscal favorable en considérant comme bien en immobilisation un titre canadien détenu par un contribuable et comme disposition d'un bien en immobilisation la disposition d'un tel titre canadien—La rémunération tirée de fonds prêtés prend la forme d'intérêts—Le bon a été acheté à escompte—Cet escompte tombe-t-il sous le coup de l'art. 39(4)?—Le détenteur d'un bon du Trésor reçoit au moment du rachat du titre un paiement composé à la fois de capital et d'intérêts—C'est à juste titre que la partie intimée a considéré l'escompte sur le bon du Trésor comme des intérêts auxquels s'applique l'art. 12(1)c) de la Loi, plutôt que comme principal auquel s'appliquerait l'art. 39(4)—Demande rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 12(1)c) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 4(1)), 39(4) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 16(2)), 54c(ii)(A).

SATINDER C. CANADA (A-574-93, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 17-5-95, 7 p.)

PRATIQUE

Demande de contrôle judiciaire d'une ordonnance rendue par la Cour canadienne de l'impôt—Le ministre du Revenu a posté au requérant en décembre 1991 et le 21 février 1992 des avis de cotisation concernant les années d'imposition 1987 et 1986, respectivement—Le requérant prétend n'avoir reçu aucun de ces deux avis—Aucune preuve soumise en vue de réfuter la présomption énoncée à l'art. 244(15), selon laquelle la cotisation est réputée avoir été établie à la date de mise à la poste—Expiration du délai de prescription pour la signification d'un avis d'objection au ministre—Dans une lettre datée du 2 novembre 1992, le ministre a rejeté la demande de prorogation du délai de signification régissant les avis d'objection—Le requérant n'a pas présenté non plus à la Cour canadienne de l'impôt sa demande de prorogation dans un délai de 90 jours après la décision du ministre, tel que l'exige l'art. 166.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Non-respect d'un délai de prescription vital—Le requérant n'a présenté à la Cour canadienne de l'impôt aucune preuve ou explication justifiant le non-respect du délai de 90 jours—Le juge du procès a eu raison de rejeter la demande conformément à l'art. 166.2(1)—Le point de départ du délai de prescription de 90 jours, soit le 2 novembre 1992, n'est pas contesté—Le requérant n'a pas présenté sa demande dans les 90 jours suivants cette date—Demande rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 166.2(1) (édicte par L.C. 1994, ch. 7, annexe II, art. 139), 244(15).

MCGOWAN C. CANADA (A-663-93, juges Stone et McDonald, J.C.A., jugement en date du 19-5-95, 5 p.)

LANGUES OFFICIELLES

Requête du commissaire aux langues officielles visant l'autorisation de cette Cour de comparaître comme partie dans l'instance engagée par le requérant en vertu de l'art. 78(1)c) de la Loi—Le commissaire demande l'autorisation de comparaître en raison du fait que le recours intenté par le requérant soulève des questions importantes susceptible de créer un précédent—La Loi accorde au commissaire un statut particulier en raison de son mandat et de ses responsabilités, lorsqu'un recours est engagé sous le régime de la partie X de la Loi—La Loi a pour objet d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans les institutions fédérales—En particulier, la Loi accorde au commissaire le mandat à faire respecter l'esprit de la Loi et l'intention du législateur en ce qui touche l'administration des affaires des institutions fédérales—Le commissaire désire présenter des arguments sur l'interprétation de Loi relative à la langue de travail, aux possibilités d'emploi, à l'étendue du droit de réparation ainsi qu'à la preuve de plaintes semblables—Ces motifs sont tout à fait raisonnable dans les circonstances pour accorder au commissaire l'autorisation de comparaître comme partie à cette instance—Requête accordée—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985), ch. O-3.

CHOUINARD C. CANADA (MINISTÈRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-768-92, juge Richard, ordonnance en date du 29-6-95, 4 p.)

Requête en vue d'obtenir des directives au sujet de la langue à utiliser pour les affidavits déposés au nom des intimés, compte tenu de l'art. 18 de la Loi—Le requérant a rédigé en anglais son avis de requête introductive d'instance et un affidavit connexe au sujet d'un litige en matière d'emploi—En réponse, les intimés ont déposé quatre affidavits en français—Ils ont fourni au requérant une traduction libre, mais ils ont soutenu qu'ils n'étaient pas légalement tenus de le faire et que la traduction n'a pas de valeur authentique et ne peut donc être invoquée par les parties ou par la Cour aux fins de la présentation de la requête—La Loi oblige la partie intimée à utiliser la langue officielle que l'autre partie a employée dans les «plaidoiries ou les actes de procédure»—Le témoignage sous forme d'affidavit ne fait pas partie des «plaidoiries» ou des «actes de procédure» au sens de l'art. 18 de la Loi et aucune obligation linguistique ne s'y rattache—La conclusion relative à l'art. 18 de la Loi est tout à fait compatible avec l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et avec l'art. 19(1) de la Charte (garanties linguistiques) en ce qui a trait à l'utilisation de l'une ou l'autre des langues officielles dans les procédures judiciaires—L'art. 18 de la Loi renforce les garanties linguistiques en imposant aux institutions fédérales l'obligation d'utiliser la langue officielle choisie par l'autre partie dans les actes de procédure ou les plaidoiries—L'interprétation de la Loi de façon à forcer Sa Majesté à présenter sa preuve dans la langue officielle choisie par l'autre partie irait à l'encontre des droits des témoins, qui ont le droit de témoigner dans la langue officielle de leur choix selon l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et l'art. 19 de la Charte—Ni Sa Majesté non plus qu'une institution fédérale ne sont tenues de fournir à une partie une traduction des affidavits faits sous serment par leurs témoins—Il n'est nullement sous-entendu que les intimés ont choisi les déposants en fonction de leur langue afin de nuire à la cause du requérant—Habituellement, la violation d'un principe de jus-

LANGUES OFFICIELLES—Fin

tice naturelle est alléguée comme fait accompli et, en l'espèce, l'intimé a allégué la justice naturelle comme mesure préemptive pour éviter toute violation susceptible de survenir—L'obligation de démontrer la violation éventuelle représente un fardeau élevé—Le droit du requérant à une audience impartiale n'est pas mis en péril pour des motifs liés à la langue—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 18—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), annexe II, n^o 5], art. 133—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] art. 19.

LAVIGNE C. CANADA (DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) (T-1977-94, juge Noël, ordonnance en date du 15-5-95, 9 p.)

Le requérant avait demandé à l'administrateur de la Cour de s'assurer les services de traduction simultanée à l'audition de trois dossiers mettant en cause deux institutions fédérales—Un seul dossier a fait l'objet de débats qui ont duré une heure—Rien ne justifiait cette demande—Dans les trois cas, les plaignants étaient anglophones; toute la correspondance entre les organismes en présence était en anglais; les plaidoiries présentées par le requérant étaient entièrement en anglais—Une demande semblable de services de traduction simultanée, faite par l'avocat du requérant dans une affaire antérieure, a été rejetée comme étant injustifiée—L'avocat du requérant invoque l'art. 133 de la Loi constitutionnelle—Certes le français et l'anglais sont les langues officielles, mais en l'espèce, ce sont les dispositions de la Loi sur les langues officielles qui doivent prévaloir: l'art. 18 prescrit que les institutions fédérales utilisent la langue officielle la plus justifiée dans les circonstances—Il faut que le requérant soit représenté par l'avocat qui possède la langue choisie par l'autre partie et, en l'espèce, l'anglais devait être la langue la plus justifiée dans les circonstances—Son avocat n'avait nullement besoin de se servir des écouteurs qui lui auraient donné la traduction en français—Il y a eu exigence capricieuse de sa part, qui a occasionné des dépenses inutiles en cette période de restrictions budgétaires—Ce caprice est d'autant moins excusable qu'il avait été mis en garde contre le même abus—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3, (R.-U.) [L.R.C. (1985), annexe II, n^o 5], art. 133—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 18.

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (T-426-95, juge Rouleau, ordonnance en date du 23-6-95, 4 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Le demandeur cherche à obtenir un jugement déclaratoire selon lequel l'annexe I de la Loi ne s'applique pas à l'égard de sa déclaration de culpabilité, malgré la décision contraire du Sous-commissaire du Service correctionnel—Le demandeur prétend que les dispositions législatives qui ont été appliquées à son égard n'étaient pas en vigueur à la date de la commission de l'infraction, ce qui emporte la violation de ses droits aux termes de la Charte—Le demandeur a été accusé et déclaré

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

coupable d'inceste—La décision du Sous-commissaire n'est pas discrétionnaire, car l'art. 125(1) de la Loi prévoit que l'auteur d'une infraction mentionnée à l'annexe I n'a pas accès à la procédure d'examen expéditif si on a eu recours à la mise en accusation—Les modifications apportées à la Loi ont fait en sorte que l'annexe I: (1) empêche un détenu d'être mis en liberté automatiquement lorsqu'il a purgé les deux tiers de sa peine et (2) précise les infractions à l'égard desquelles la procédure d'examen expéditif est écartée—L'art. 11 de la Charte ne s'applique pas, car les modifications n'ont pas infligé au demandeur une peine plus sévère que celle qui était prévue au moment de la commission de l'infraction—L'art. 15 de la Charte ne s'applique pas, étant donné qu'aucun motif analogue n'est proposé de façon à permettre l'application de cette disposition—Pour figurer à l'annexe I, une infraction ne doit pas nécessairement être accompagnée de violence; le fait que l'inceste ait eu lieu entre deux adultes consentants n'est donc pas pertinent aux fins de la disposition en cause—Demande rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. (1992), ch. 20, art. 125(1), annexe I—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] art. 15.

SCHEMMANN C. CANADA (SOUS-COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL) (T-1693-94, juge Reed, ordonnance en date du 19-5-95, 6 p.)

MARQUES DE COMMERCE**PRATIQUE**

Demande présentée par l'intimée en vue de faire rejeter l'avis d'appel de l'appelante à l'encontre de la décision du registraire puisque l'appelante est une faillie non libérée; demande présentée par l'appelante en vue de substituer une société à numéro comme partie appelante dans l'instance—Le registraire a rejeté l'opposition de l'appelante à l'égard de l'enregistrement de la marque de commerce «Primax» de l'intimée parce qu'elle n'a pas réussi à s'acquitter du fardeau qui lui incombe, c'est-à-dire présenter une preuve quelconque corroborant les faits qu'elle allègue—L'appelante est tombée en faillite avant de déposer son avis d'appel contre la décision du registraire; le séquestre a vendu tous les éléments d'actif, y compris le nom «Primax» et tous les enregistrements de marques de commerce de ce nom à un tiers qui les a par la suite vendus à la société à numéro—En devenant faillie, l'appelante a perdu toute qualité pour s'opposer ou retenir les services d'un tiers agissant pour son compte à cette fin; seul le syndic de faillite peut déposer un avis d'appel au nom d'une entreprise en faillite—À titre de faillie non libérée, l'appelante est inhabile à interjeter appel de la décision du registraire—Dans sa requête, l'appelante demande à la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire, celle-ci ayant l'autorité pour 1) modifier la procédure en raison d'une erreur (Règle 425); 2) changer la capacité d'une partie (Règles 1724 et 1725) ou 3) déroger aux délais impartis dans le cas d'un appel faisant suite

MARQUES DE COMMERCE—Fin

à une décision du registraire (art. 56 de la Loi)—L'appelante avait connaissance de son statut de faillie non libérée avant le dépôt de son avis d'appel; elle n'a pas commis une erreur véritable qui ne serait pas trompeuse—Il n'y avait aucune cession expresse du droit de poursuivre les procédures visées par la vente de l'actif de l'entreprise—L'art. 56 de la Loi avait pour but de confier au registraire la tâche d'évaluer les éléments de preuve présentés par la partie qui s'oppose à l'enregistrement de la marque de commerce, alors que la Cour, en qualité d'instance d'appel, est autorisée à recevoir des preuves en sus de celles qui ont été portées à la connaissance du registraire; puisque l'appelante n'a fourni aucun élément de preuve au registraire en première instance, elle n'a pas le droit de le faire en appel—Les circonstances de l'affaire ne justifient pas la prorogation du délai de production de l'avis d'appel—La requête de l'intimée est accueillie; celle de l'appelante est rejetée—Règles de la cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 425, 1724, 1725—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 56.

PRIMAX COMPUTER CORP. C. PRIMAX ELECTRONIC (U.S.A.) INC. (T-665-95, juge Denault, ordonnance en date du 27-6-95, 6 p.)

PÊCHES

Demande de *mandamus* visant à obliger l'intimé à entendre et à trancher, conformément à la loi, les demandes présentées par les requérantes Golden Alaska Seafoods Inc. et Supreme Alaska Seafoods Inc. afin d'obtenir des licences autorisant la transformation du poisson en mer en application du Règlement sur la protection des pêcheries côtières—Les requérants ont également déposé une requête afin d'obtenir une injonction interdisant à l'intimé de délivrer, pour une période de 30 jours après qu'il aura décidé des demandes de licences présentées par les requérantes, des licences autorisant la transformation du poisson en mer—L'allocation de poissons aux flottes étrangères se fonde maintenant en grande partie sur la coopération offerte au Canada en matière de gestion et de préservation des ressources halieutiques—Les requérants soutiennent que le ministre des Pêches et des Océans a l'obligation d'entendre leur demande de licence et de se prononcer sur celle-ci aux termes de la Loi sur la protection des pêches côtières—Le juge Reed a conclu que le refus du ministre de délivrer aux navires battant pavillon américain des licences autorisant la transformation du poisson en mer pour la saison de pêche de 1994 était illégal—Les requérants craignent que la lenteur à agir de l'intimé ne les empêche, encore une fois, d'être en mesure de contester une décision défavorable du ministre avant la saison de pêche de 1995—Au 28 avril 1995, le Ministère n'avait pas encore examiné la possibilité de délivrer des licences de transformation du poisson en mer à aucun des navires—La demande de *mandamus* et d'injonction est prématurée—La demande visant la suspension de l'octroi de licences pour une période de 30 jours après que le ministre aura décidé des demandes de licences présentées par les requérantes dépasse également la compétence de la Cour—Il ne s'agit que d'hypo-

PÊCHES—Fin

thèses—La demande est rejetée—Loi sur la protection des pêches côtières, L.R.C. (1985), ch. C-33—Règlement sur la protection des pêcheries côtières, C.R.C., ch. 413.

ANTONSEN C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (T-840-95, juge Joyal, ordonnance en date du 24-5-95, 6 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Demande de contrôle judiciaire de la décision du Conseil de la bande d'Ermineskin de rayer le nom de la requérante de la liste des effectifs de la bande—La requérante est membre de la bande indienne d'Ermineskin suite à son mariage avec un Indien inscrit et enregistré comme membre de cette bande—Son conjoint est maintenant décédé—Le ministre des Affaires indiennes et du développement du Nord a autorisé la bande à gérer ses effectifs selon les règles d'appartenance à la bande d'Ermineskin telles qu'établies—Le Conseil de bande a demandé à la requérante, par voie de préavis, de lui présenter des observations relatives à son affiliation à la bande—La requérante n'a pas répondu à ce préavis—Le Conseil de bande a décidé, le 4 août 1987, de rayer son nom de la liste des effectifs de la bande—La requérante cherche à annuler la décision du Conseil de bande au motif que celui-ci n'a pas suivi ses propres procédures en omettant de lui donner un préavis suffisant et de lui faire part de ses raisons—Le Conseil de bande ne peut fonctionner dans le vide—Il doit exercer équitablement ses pouvoirs discrétionnaires—À défaut, et dans les circonstances appropriées, une intervention judiciaire se justifie—Pour qu'une demande de contrôle judiciaire soit valablement adressée à la Cour en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, la décision incriminée doit émaner d'un «office fédéral, d'une commission ou d'un autre organisme», tel que l'énonce l'art. 2 de la Loi—Les règles qu'applique le Conseil de la bande d'Ermineskin dans l'exercice de son autorité sur les membres de la bande sont une «manifestation» des pouvoirs conférés par le gouvernement du Canada sous l'égide de l'art. 10 de la Loi sur les Indiens—L'autorité exercée par le Conseil de bande découle de la Loi sur les Indiens—La décision d'un office fédéral peut, à juste titre, faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire par la Cour—La requérante a été informée de son droit d'en appeler de la décision du Conseil de bande, mais elle a choisi de ne pas se prévaloir de la procédure de redressement potentiel consistant à faire appel auprès des électeurs du Conseil de bande—La Cour refuse d'intervenir discrétionnairement dans les affaires du Conseil de bande—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), art. 18.1 (édicte, *idem*, art. 5)—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 10.

ERMINESKIN C. CONSEIL DE LA BANDE D'ERMINESKIN (T-688-94, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 26-5-95, 7 p.)

PRATIQUE**COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES**

Demande de contrôle judiciaire visant le refus du ministre des Transports de communiquer certains documents au requérant au motif qu'ils sont protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat—L'intimé a fait droit à la demande d'accès à certains dossiers se trouvant en sa possession, mais il a ensuite changé d'avis—Le ministre a conclu que certains documents contenus dans les dossiers étaient protégés—Le requérant a déposé une plainte auprès du Commissaire à l'information—Ce dernier a conclu qu'on pouvait, en totalité ou en partie, interdire l'accès aux documents faisant l'objet du litige en raison de l'exemption fondée sur le privilège du secret professionnel de l'avocat qui est prévue à l'art. 23 de la Loi sur l'accès à l'information—La décision prise sous le régime de la loi de communiquer des documents à une partie peut être révisée avant que les documents en question soient effectivement divulgués—Cette décision n'est pas irrévocable—Le ministre n'est pas lié à toutes les étapes de la demande de communication simplement parce qu'un fonctionnaire de niveau inférieur a pris une décision favorable quant à la communication—Il appartient au ministre intéressé d'établir que l'information a été communiquée à, ou par, un avocat du gouvernement en vue de donner à des fonctionnaires supérieurs des conseils sur les ramifications juridiques des actes ministériels proposés—L'information doit être confidentielle—Les documents en litige peuvent entièrement être soustraits à l'obligation de communication aux termes de l'exemption relative au privilège du secret professionnel de l'avocat—La décision du ministre de refuser au requérant l'accès à ces documents est confirmée—La demande est rejetée—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 23.

WELLS C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (T-1315-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 26-5-95, 4 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Demande d'examen de la décision de l'officier taxateur de ne pas accorder une partie du mémoire de frais se rapportant à la garantie déposée en attendant l'appel parce que ces frais ne pouvaient pas être considérés comme se rapportant à une démarche faite dans la procédure d'appel—La Cour d'appel a réduit le montant des dommages-intérêts accordés à l'instruction et accordé le tiers de ses frais taxables de la défenderesse-appelante—Le coût de la garantie déposée en attendant l'appel était-il inclus dans les dépens accordés par la Cour d'appel—La défenderesse a soutenu qu'il était nécessaire d'engager les frais à l'égard de la garantie pour faire entendre l'appel—Les demandeurs ont soutenu que le dépôt d'un cautionnement servait uniquement à exempter le défendeur de l'obligation qui lui incombait de payer la somme prévue par le jugement de la Section de première instance—Distinction établie entre les frais engagés pour le dépôt d'une garantie et ceux engagés pour obtenir mainlevée de la saisie d'un navire, pareil cautionnement faisant partie des frais taxables en vertu de la Règle 446 (*Antares Shipping Corp c. «Capricorne»*, [1977] 2 C.F. 274 (C.A.)), parce que, en l'espèce, (1) le dépôt du cautionnement était facultatif, étant donné qu'une garantie aurait pu être consignée à la Cour et (2) le cautionnement ne peut pas être considéré comme une démarche faite dans la procédure

PRATIQUE—Suite

d'appel parce qu'il a été déposé après le prononcé du jugement—Les frais se rapportant à la garantie ne sont pas taxables à titre de frais devant la Cour d'appel fédérale—Il importe peu que la défenderesse ait décidé de fournir un cautionnement au lieu de procéder autrement à cause de sa situation financière (*Owners of «Chinook» v. Dagmar Salem*, [1955] Ex. C.R. 210)—Le coût de la garantie ne se rapporte pas à l'appel car: (1) le dépôt de la garantie n'aurait pas été nécessaire n'eût été du jugement exécutoire de première instance; (2) le jugement de première instance était définitif—L'officier taxateur n'a pas commis d'erreur en refusant d'accorder les frais relatifs à la garantie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 446.

ENGINE & LEASING CO. C. ATLANTIC TOWING LTD.
(T-6197-81, juge Joyal, ordonnance en date du 15-2-95, 9 p.)

Taxation d'un mémoire de frais relatif à une action pour violation de marques de commerce et contrefaçon de marchandises; demande de délivrance d'une ordonnance Anton Pillar enjoignant aux défendeurs de cesser leurs activités à l'égard des marques et de livrer les marchandises contrefaites—Aucune défense—La Cour prononce un jugement par défaut; dommages-intérêts ou comptabilisation des profits; dépens calculés sur la base procureur-client—Le défendeur absent n'étant pas partie aux procédures, la Cour ordonne que les dépens soient établis dans le cadre du jugement sans le préavis mentionné à la Règle 312—La Règle 312 s'applique aussi au calcul des dépens puisque les règles de taxation n'exigent pas la signification à personne: dépens établis *ex parte*—Renvoi aux points suivants: 1) intérêts considérables dans les marques, la réputation et l'achalandage rattachés aux marchandises; 2) fabrication d'imitations des marchandises par les défenderesses; 3) possibilité réelle d'un préjudice sensible causé à la réputation bien établie de la marque; 4) acte odieux consistant à renvoyer les plaintes relatives aux marchandises à la société demanderesse; 5) mise en marché des produits d'imitation subrepticement auprès d'un détaillant d'envergure et bien connu; 6) information trompeuse présentée par les défendeurs quant à leurs activités—L'urgence de la situation et le grand degré de professionnalisme requis dans de telles procédures justifient le remboursement des honoraires de l'associé directeur du cabinet d'avocats à raison d'un tarif horaire de 325 \$, ainsi que des honoraires de 275 \$ l'heure pour des avocats chevronnés et de 145 \$ et 165 \$ l'heure pour des avocats de moins d'expérience—L'officier taxateur avait compétence pour établir les dépens relatifs à l'ordonnance Anton Pillar: la Cour avait prescrit que les coûts d'exécution soient réservés au juge de procès, qui les a octroyés en faveur de la demanderesse—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 312.

U L CANADA INC. C. CANTRADE ENTERTAINMENT INC.
(T-22-95, officier taxateur Smith, taxation en date du 9-5-95, 7 p.)

PARTIES

Qualité pour agir

Requête en vue de retirer aux membres d'une commission d'évaluation environnementale la qualité d'intimés dans la demande de contrôle judiciaire concernant la décision du

PRATIQUE—Suite

ministre de nommer une commission en vue d'examiner le plan d'exploitation à long terme de la requérante—La requérante soutient que les membres de la commission ne sont pas des «parties intéressées» au sens de la Règle 1602(3)—Bien que la Règle 1602(3) exige que toute personne intéressée qui a des intérêts opposés à ceux de la partie requérante soit désignée à titre d'intimée, cette règle n'empêche pas que d'autres personnes puissent également être désignées, y compris les membres d'une commission, s'il est approprié de le faire—Selon la définition de la Règle 1600, une partie intéressée est une personne entendue lors de la procédure de l'office fédéral; ainsi donc, seules les personnes qui ont été «entendues» devant l'office doivent obligatoirement être désignées comme parties—Cela n'empêche pas toutefois que d'autres personnes soient désignées comme intimées dans les circonstances appropriées—La requérante soutient également que les intimés ne peuvent être parties à la demande de contrôle judiciaire du fait de l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447 (C.A.) dans lequel le statut d'intimée dans une demande de contrôle judiciaire a été refusé à la Commission parce qu'elle était tenue de demander le statut d'intervenante—Cette décision ne s'applique que dans les cas suivants: (1) le tribunal compétent cherche de sa propre initiative à se constituer partie à l'instance; et (2) la décision contestée est une décision prise par le tribunal compétent—L'espèce ne satisfait à aucun de ces critères—Le statut d'intimé est nécessaire en raison de la nature du redressement demandé, c'est-à-dire une injonction pour empêcher les trois personnes visées d'exercer leur charge comme membres de la commission—L'argument de la requérante selon lequel des poursuites ne peuvent être intentées contre les membres d'une commission selon l'art. 35(6) de la Loi est rejeté: l'art. 35(6) a pour objet de protéger les membres d'une commission contre les poursuites judiciaires ayant trait à leurs décisions, mais il n'a pas pour objet d'empêcher que soit contestée la validité de leur nomination—Requête rejetée—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 35(6)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1600 (éditée par DORS-92-43, art. 19), 1602(3) (éditée, *idem*).

SUNSHINE VILLAGE CORP. C. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (T-808-95, juge Reed, ordonnance en date du 17-5-95, 7 p.)

PLAIDOIRIES

Requête en radiation

Requête, fondée sur la Règle 419(1)a), en radiation de la requête introductive d'instance par ce motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action susceptible d'être résolue en application de l'art. 41 de la Loi sur la protection des renseignements personnels—La requête introductive d'instance tend au contrôle judiciaire de la décision du ministre de rendre publics certains documents par ce motif que ces renseignements avaient déjà été rendus publics—L'art. 41 de la Loi sur la protection des renseignements personnels est identique à l'art. 41 de la Loi sur l'accès à l'information, au termes duquel la Cour ne connaît que de la requête de la personne qui s'est vu refuser communication d'un document—Le pouvoir de contrôle conféré par l'art. 41 est limité; il n'y a recours qu'en cas de refus de communication, et non en cas de divulgation irrégulière—Les

PRATIQUE—Suite

requérants n'ont aucune chance de succès puisque la requête ne porte pas sur un refus de communication—La Règle 419(1)a) porte sur la radiation de plaidoiries, et non de requêtes introductives d'instance—Cependant, la Cour a compétence inhérente pour radier une requête introductive d'instance qui est manifestement irrecevable (*Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102 (C.F. 1^{re} inst.))—La requête introductive d'instance n'a aucune chance de succès en l'espèce; elle est radiée—Le requérant a trente jours pour formuler sa plaidoirie de façon qu'elle relève de la compétence de la Cour fédérale du Canada, dans les conditions prévues par la Loi—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419(1)a)—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 41—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 41.

CHANDRAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2506-94, notaire Hargrave, ordonnance en date du 30-1-95, 5 p.)

Requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire de la décision de la ministre de l'Environnement de créer une commission d'évaluation environnementale ayant pour mandat d'examiner la proposition de 1992 faisant état du plan de développement d'une station de ski—La station de ski requérante (SVC) est située sur un bien-fonds loué par le gouvernement canadien, dans un parc national—Le gouvernement a approuvé la proposition de 1978 faisant état du plan initial de développement de la station et des travaux de construction ont été entrepris—Le gouvernement a par la suite adopté de nouvelles lignes directrices en matière d'environnement (le Décret)—SVC a préparé un deuxième plan de développement à long terme (le plan de 1992) comprenant: (1) les installations en cours de construction conformément au plan de 1978; (2) les installations approuvées en 1978, mais non construites, et plus particulièrement le projet du secteur Goat's Eye; (3) des ajouts—Le ministre de l'Environnement a approuvé par écrit le plan de 1992 et SVC a entrepris la première phase du projet de Goat's Eye—Le ministre responsable de Parcs Canada a fait une première demande d'examen du projet Goat's Eye et des ajouts proposés sous le régime du Décret—Le permis relatif à la deuxième phase a été refusé; SVC a demandé une ordonnance pour forcer la délivrance du permis; le juge Joyal a accueilli la requête de SVC—La décision du juge Joyal comportait les conclusions suivantes: (1) le Décret ne s'appliquait pas au projet Goat's Eye parce que celui-ci ne constituait plus une proposition; (2) le Décret ne s'appliquait pas aux éléments approuvés en 1978 qui n'avaient fait l'objet d'aucun changement dans le plan de 1992 parce que le Décret n'avait pas d'effet rétroactif—Parcs Canada a fait une seconde demande d'examen sous le régime du Décret, après avoir retranché le projet Goat's Eye du mandat de la commission à la suite de la décision du juge Joyal—Le Décret a été remplacé par la Loi—La ministre de l'Environnement a créé la commission d'examen contestée; elle a inclus dans son mandat les composantes non construites du plan de 1978 et les ajouts, mais en a exclu le projet Goat's Eye—Sa Majesté invoque le principe de la chose jugée: (1) le juge Joyal a déjà tranché la question soit expressément soit implicitement; (2) SVC devait soulever devant le juge Joyal la question de la compétence de la commission—La décision du juge Joyal ne s'appuie ni sur le mandat de la commission d'examen, ni sur la nouvelle loi—Le juge Joyal n'a

PRATIQUE—Fin

pas décidé si, compte tenu de la Loi ou de l'approbation écrite, une commission créée en vertu de la Loi pouvait examiner les éléments énumérés dans le mandat—Les questions que SVC a soulevées ne constituaient pas une chose jugée—La question de la compétence d'une commission d'examiner le plan de 1992 n'a pas été tranchée par le juge Joyal d'une façon implicite lorsqu'il a conclu que la requête en injonction visant à interrompre la première phase du projet Goat's Eye était théorique—Les questions de la validité de l'approbation écrite et de la compétence d'une commission en ce qui concerne l'examen du plan de 1992 dans son ensemble, compte tenu de l'approbation écrite, n'ont pas été examinées par le juge Joyal—La décision que le juge Joyal a rendue au sujet du caractère théorique des questions touchant le projet Goat's Eye ne comportait pas une décision implicite concernant les ajouts—Sa conclusion ne signifiait de manière implicite, par déduction nécessaire, que la commission qui serait créée conformément à la première demande d'examen serait valablement créée—La compétence de la commission ne constitue pas une chose jugée du fait qu'elle fait expressément ou implicitement partie de la *ratio decidendi* de la décision du juge Joyal—La création de la commission était probable, mais ce n'était pas une certitude absolue; par conséquent, l'omission de SVC de contester la seconde demande en attendant que la commission soit de fait créée et que son mandat soit arrêté n'équivaut pas à un recours abusif à la Cour—SVC a agi avec prudence en attendant avant de contester la décision rendue au fond—Requête rejetée—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.

SUNSHINE VILLAGE CORP. C. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (T-808-95, juge Simpson, ordonnance en date du 26-6-95, 17 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande d'annulation de la décision de l'arbitre nommé par la Commission des relations de travail dans la Fonction publique (CRTFP)—Les requérants ont été congédiés de leurs postes d'agents de correction à la suite d'un incident survenu dans un bar, touchant un collègue qui est un Indien inscrit—Les motifs de leur congédiement sont les suivants: ils ont agressé leur collègue; 2) ils ont participé à un acte dégradant de la nature d'une agression sexuelle, touchant leur collègue; 3) ils ont assisté à une bataille sans essayer de la prévenir; 4) ils ont porté atteinte à l'honneur du Service correctionnel—Les requérants ont déposé un grief pour contester leur suspension—L'arbitre a conclu que les requérants avaient été impliqués dans une altercation, survenue dans la salle de toilette, qui avait traumatisé leur collègue, mais qui ne constituait pas une agression sexuelle et n'était pas imputable au racisme—Il a réintégré les requérants après une suspension de 11½ mois sans rémunération—Les requérants ont soutenu que l'arbitre avait commis une erreur en statuant que la suspension était justifiée—L'arbitre avait pour mandat de décider si la décision du directeur de congédier les requérants était justifiée—Face à deux versions des incidents, l'arbitre a jugé que ce qui s'était réellement produit se situait quelque part entre les faits allégués de part et d'autre par les parties—Ce raisonnement pose un problème; bien que l'arbitre puisse décider sur quels éléments de preuve il entend se fonder et quel poids leur

RELATIONS DU TRAVAIL—Suite

attribuer, il ne peut pas s'arrêter à mi-chemin ni formuler des conjectures—L'arbitre aurait dû conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'employeur avait ou n'avait pas prouvé que les employés avaient commis les actes reprochés—Bien qu'il ait statué qu'aucune agression sexuelle n'avait été commise, l'arbitre n'a pas appliqué le fardeau de la preuve à cette conclusion; en d'autres termes, l'employeur ne s'est pas acquitté de son fardeau d'établir que les requérants avaient commis des actes qui justifiaient une sanction disciplinaire—Comme l'arbitre n'a conclu à l'existence ni d'une agression

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

sexuelle, ni de malveillance, ni de racisme, sa décision d'imposer une suspension de 11½ mois ne peut être confirmée—L'arbitre a commis une erreur de principe fondamentale en n'appliquant pas le fardeau de la preuve approprié à la situation de fait qui lui était soumise—La décision a été annulée et renvoyée pour réexamen—Demande accueillie.

DELL C. CANADA (T-956-94, juge Wetston, ordonnance en date du 13-6-95, 12 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Coeur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9