



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

1996, Vol 1, Part 2

1996, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule

Cited as [1996] 1 F.C., 247-450

Renvoi [1996] 1 C.F., 247-450

---



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  
Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC  
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 Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

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

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

**CONTENTS**

Digests ..... D-15

Canada (Attorney General) v. Hoefele (C.A.) .... 322

Income tax — Income calculation — Whether mortgage interest subsidy taxable benefit under Income Tax Act, ss. 6(1)(a), 80(4) — Taxpayers required by employer to

*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  
Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC  
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.*

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

**SOMMAIRE**

Fiches analytiques ..... F-19

Canada (Procureur général) c. Hoefele (C.A.) ... 322

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — L'aide au paiement de l'intérêt hypothécaire constitue-t-elle un avantage imposable aux fins des art. 6(1)(a) et 80(4) de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

relocate from Calgary to Toronto in corporate reorganization — Mortgage interest subsidy offered to offset higher interest costs on costlier Toronto homes — Case law on meaning of “benefit” — Receipt not taxable benefit under s. 6(1)(a) if taxpayer’s economic position not improved — No economic gain to taxpayers as result of subsidy — Net worth not increased — S. 80.4(1) requiring close connection between loan or debt and employment — No strong causal relationship herein — No loan or debt incurred “because of”, “as a consequence of” or “by virtue of” employment — Mortgage interest subsidy neither benefit under s. 6(1)(a) nor loan or debt under s. 80.4(1).

### **Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) . . . . . 268**

Access to information — Application under Access to Information Act, s. 41 to review Minister’s denial of request for release of records on immigration status of former Nazi collaborator — Documents contained in main record, secret record — Whether requested information “personal information” under Act, s. 19(1) — Under s. 49, Court must first determine head of institution not authorized to refuse disclosure, then decide on appropriate remedy — Minister admitting error in law in deciding main record exempt from disclosure under s. 19(2) — Mandatory, discretionary exemptions distinguished — S. 19(2) setting out discretionary exemption from disclosure — Information request as to main record referred back to Minister for redetermination by different delegate — Decision to refuse disclosure of documents in secret record upheld.

Practice — Privilege — Access to Information Act, s. 23 allowing head of institution to refuse disclosure of information subject to solicitor-client privilege — Meaning, scope of privilege — S. 23 discretionary exemption provision — Applicability of s. 25: severance provision — Nearly all documents in secret record subject to solicitor-client privilege — Minister properly exercising discretion in refusing disclosure of documents on basis of solicitor-client privilege.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Loi de l’impôt sur le revenu — L’employeur des contribuables a exigé de ceux-ci qu’ils quittent Calgary pour s’établir à Toronto dans le cadre de la restructuration de l’entreprise — L’aide au paiement de l’intérêt hypothécaire a été offerte pour compenser l’augmentation des frais d’intérêt due au coût plus élevé des maisons à Toronto — Jurisprudence relative à la signification du mot «avantage» — Une rentrée ne constitue un avantage imposable aux termes de l’art. 6(1)a) que si elle a pour effet d’améliorer la situation financière du contribuable — Les contribuables n’ont réalisé aucun gain financier par suite du versement de l’aide — Aucune augmentation de la valeur nette — L’art. 80.4(1) exige l’existence d’un lien étroit entre le prêt ou la dette et l’emploi — Absence d’un lien causal important en l’espèce — Aucun prêt ou dette contracté «en raison ou par suite» ou «en raison» de l’emploi — L’aide au paiement de l’intérêt hypothécaire ne constitue ni un avantage au sens de l’art. 6(1)a) ni un prêt ou une dette au sens de l’art. 80.4(1).

### **Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 268**

Accès à l’information — Recours exercé en vertu de l’art. 41 de la Loi sur l’accès à l’information en vue de faire réviser la décision par laquelle le ministre a refusé une demande de communication des dossiers se rapportant au statut d’immigrant d’un ancien collaborateur nazi — Documents contenus dans un dossier principal et dans un dossier secret — Les renseignements demandés constituent-ils des «renseignements personnels» au sens de l’art. 19(1) de la Loi? — Aux termes de l’art. 49, la Cour doit d’abord décider que le responsable de l’institution fédérale n’était pas justifié de refuser la communication, puis déterminer la réparation appropriée — Le ministre a admis avoir commis une erreur de droit en décidant que le dossier principal faisait l’objet d’une exemption prévue à l’art. 19(2) — Distinction entre les exemptions obligatoires et les exemptions discrétionnaires — L’art. 19(2) prévoit une exemption discrétionnaire — La demande de renseignements relative au dossier principal est renvoyée au ministre pour qu’une nouvelle décision soit prise par un autre de ses représentants — La décision de refuser la communication des documents contenus dans le dossier secret est confirmée.

Pratique — Communications privilégiées — L’art. 23 de la Loi sur l’accès à l’information permet au responsable d’une institution fédérale de refuser la communication de renseignements protégés par le privilège du secret professionnel de l’avocat — Sens et portée dudit privilège — L’art. 23 est une disposition qui renferme une exemption discrétionnaire — Applicabilité de l’art. 25 qui permet le prélèvement de certaines parties d’un document — La presque totalité des documents du dossier secret sont protégés par le secret professionnel de l’avocat — Le ministre a régulièrement

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Canadian National Railway Co. v. Canada (National Transportation Agency) (C.A.) ..... 355**

Transportation — Appeal from National Transportation Agency's decision National Transportation Act, 1987, s. 120(6) not applicable to exclude party to confidential contract from applying for final offer arbitration under s. 48 — Contract silent as to possibility of failure to agree on rate changes — Arbitration provisions available when no confidential contract, and when confidential contract silent or indefinite as to term or condition of execution.

Constitutional law — Distribution of powers — National Transportation Act, 1987 final offer arbitration provisions permitting parties to private contracts to apply for final arbitration relating to rates, conditions of carriage — Parliament having exclusive legislative authority with respect to railways connecting provinces or extending beyond limits of province — Legislation on subject-matter within federal jurisdiction can affect matters within provincial jurisdiction, including property and civil rights — Arbitration provisions integral part of legislative scheme regulating freight rates — That issues of rates, conditions of carriage arising with respect to execution of private contract not taking them out of federal legislative competence.

### **Cen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) ..... 310**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee — Applicant, citizen of People's Republic of China, drugged, sexually assaulted by employer's client while on trade promotion trip — Manager, communist party member, blackmailing her into silence, compliance with further sexual demands — Tried in absentia, convicted, sentenced to seven years' imprisonment for prostitution — CRDD finding story not credible, no nexus between fear of persecution and grounds giving rise to Convention refugee status — CRDD's inferences leading to finding of implausibility not reasonably drawn on totality of evidence — Open to CRDD to find applicant member of particular social group — Punishment so disproportionate to

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant de divulguer des documents en raison du secret professionnel de l'avocat.

### **Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Office national des transports) (C.A.) ..... 355**

Transports — Appel d'une décision de l'Office national des transports selon laquelle l'art. 120(6) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux ne permet pas d'empêcher une partie à un contrat confidentiel de solliciter l'arbitrage en vertu de l'art. 48 — Le contrat ne disait rien au sujet de la possibilité que les parties ne s'entendent pas sur des changements de prix — Les dispositions d'arbitrage s'appliquent en l'absence d'un contrat confidentiel, et lorsqu'un contrat confidentiel ne dit rien ou reste vague au sujet d'une condition de son exécution.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Les dispositions en matière d'arbitrage de la Loi de 1987 sur les transports nationaux permettent aux parties à un contrat privé de solliciter l'arbitrage au sujet des prix et des conditions de transport — Le Parlement jouit d'un pouvoir législatif exclusif sur les chemins de fer reliant une province à une autre, ou s'étendant au-delà des limites d'une province — Les dispositions législatives portant sur un sujet qui relève de la compétence du gouvernement fédéral peuvent avoir une incidence sur des questions relevant de la compétence des provinces, et cela comprend les droits civils et de propriété — Les dispositions d'arbitrage font partie intégrante du dispositif législatif qui régleme les prix du transport — Les questions de prix et de conditions de transport qui découlent de l'exécution d'un contrat privé ne les excluent pas de la compétence législative du gouvernement fédéral.

### **Cen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 310**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire d'une décision de la SSR selon laquelle la requérante n'était pas un réfugié au sens de la Convention — La requérante, qui est citoyenne de la République populaire de Chine, a été droguée et agressée sexuellement par un client de son employeur au cours d'un voyage de promotion du commerce — Sa directrice, qui était membre du parti communiste, l'a forcée par le chantage à garder le silence et à répondre à d'autres avances sexuelles — La requérante a été jugée par contumace, déclarée coupable et condamnée à une peine de sept ans d'emprisonnement pour prostitution — La SSR a conclu que son récit n'était pas crédible et qu'il n'existait aucun lien entre la crainte d'être persécutée et les motifs

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

objective of law as to be persecutory although law of general application.

### **Interprovincial Pipe Line Inc. v. M.N.R. (T.D.) . . . 367**

Income tax — Practice — Privilege — Application under Income Tax Act, s. 232 to determine whether solicitor-client privilege validly claimed for auditors' notes, advice to applicants' counsel for purpose of providing legal advice — Applicants voluntarily disclosing information to auditors, subject to oral limitations, as required by Canada Business Corporations Act, s. 170 — Waiver depending on intention — Applicants intending to disclose privileged information only to assist in conduct of audit — Waiver for that limited purpose — Auditors lacking authority to waive privilege on behalf of applicants — Written statement of intent, formal arrangement re: auditors' notes advisable.

Corporations — Canada Business Corporations Act, s. 170 requiring corporation to furnish whatever documents auditor demands — Auditors not directly invoking s. 170, but applicants aware of its existence, auditors' rights thereunder and voluntarily disclosing solicitor-client privileged information subject to oral limitations — S. 170 to be invoked only in manner limiting privilege to extent absolutely necessary — To be interpreted restrictively.

### **Murray v. Canada (Correctional Service, S.H.U. National Review Board Committee) (T.D.) . . . . . 247**

Penitentiaries — Application to quash 1994 refusal to transfer applicant from Special Handling Unit (SHU) to lower security institution because refused to participate in anger management program — Transfer to lower security institution recommended since 1993 — Board intending to transfer applicant to Kent Institution until January 1994 policy change requiring inmate to follow anger management

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

pouvant justifier le statut de réfugié au sens de la Convention — Les conclusions que la SSR a tirées quant à l'in vraisemblance n'auraient pas pu raisonnablement l'être de l'ensemble de la preuve — La SSR pouvait juger que la requérante faisait partie d'un groupe social — La punition était tellement disproportionnée avec l'objectif de la règle qu'on pouvait y voir de la persécution même s'il s'agissait d'une règle d'application générale.

### **Interprovincial Pipe Line Inc. c. M.R.N. (1<sup>re</sup> inst.) 367**

Impôt sur le revenu — Pratique — Communications privilégiées — Requête en vertu de l'art. 232 de la Loi de l'impôt sur le revenu visant à déterminer si le privilège des communications entre client et avocat a été valablement invoqué à l'égard de notes des vérificateurs et d'avis fournis à l'avocat des requérantes aux fins d'avis juridique — Les requérantes ont volontairement divulgué des renseignements aux vérificateurs, sous réserve de limites convenues verbalement, en conformité avec l'art. 170 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions — La renonciation est une question d'intention — Les requérantes n'avaient l'intention de divulguer les renseignements privilégiés que pour faciliter la vérification — Il y a eu renonciation à cette fin limitée — Les vérificateurs n'avaient pas le pouvoir de renoncer au privilège au nom des requérantes — Il serait souhaitable de procéder par déclaration écrite d'intention et de prévoir des dispositions formelles concernant les notes des vérificateurs.

Corporations — En vertu de l'art. 170 de La Loi canadienne sur les sociétés par actions, une société est tenue d'accéder à toute demande de documents du vérificateur — Les vérificateurs n'ont pas invoqué directement l'art. 170, mais les requérantes en connaissaient l'existence ainsi que les droits qu'il conférerait aux vérificateurs, et elles ont volontairement divulgué des renseignements protégés par le privilège des communications entre client et avocat, sous réserve de limites convenues verbalement — L'art. 170 devrait être invoqué uniquement de manière à limiter le privilège à ce qui est absolument nécessaire — Il doit être interprété restrictivement.

### **Murray c. Canada (Service correctionnel, Comité national chargé de l'examen des cas d'USD) (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 247**

Pénitenciers — Demande d'annulation du refus en 1994 de transférer le requérant d'une unité spéciale de détention (USD) à un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé parce qu'il avait refusé de participer à un programme de maîtrise de la colère — Transfèrement à un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé recommandé depuis 1993 — Intention du Comité de transférer le requérant à

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

program — Application allowed — Corrections and Conditional Release Act, Regulations not permitting applicant to question legality of SHUs — Necessary for protection of public — Within Board's power to transfer inmate under Act, s. 29, Regulations, s. 5, Commissioner's Directive 551 — Ongoing maintenance in SHU must be conducted in accord with Act, s. 28 requiring Service to take all "reasonable" steps to ensure inmates confined in least restrictive environment consistent with degree, kind of custody necessary — Absent change of behaviour, arbitrary to abandon positive evaluation on introduction of new policies.

Administrative law — Judicial review — Application to quash refusal to transfer applicant from Special Handling Unit to lower security institution, *mandamus* compelling transfer — Board studying transfer request without applicant's knowledge — Breach of procedural fairness — Whenever process would not cause undue hardship to administration of correctional system, inmate should be allowed to make representations when decision affects rights, interest or privileges — Not undue burden to inform applicant of date of review, provide opportunity to at least make written representations.

### **Sagkeeng Education Authority Inc. v. Guimond (T.D.)** ..... 387

Labour relations — Judicial review of Adjudicator's finding of unjust dismissal — Respondent entering into permanent teaching contract in 1981 — In 1983, School Board changing policy, requiring teachers to sign annual contracts — Respondent signing annual contracts for ten years — In 1993 contract not renewed — Dismissal pre-condition to Adjudicator's jurisdiction under Canada Labour Code, s. 240(1) — By signing first, subsequent annual contracts respondent consenting to, bound by, variation — No legal right to permanent employment — Unequal bargaining position not ground to repudiate contract — Decision not to renew contract not "dismissal" within s. 240(1) — Adjudicator lacked jurisdiction to hear complaint.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l'établissement de Kent jusqu'à ce qu'un changement de politique, intervenu en janvier 1994, oblige le détenu à suivre un programme de maîtrise de la colère — Demande accueillie — La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et son règlement d'application ne permettent pas au requérant de remettre en cause la légalité de l'existence des USD — Nécessaires pour assurer la protection du public — Compétence du Comité de transférer les détenus en vertu de l'art. 29 de la Loi, l'art. 5 du Règlement et la Directive n° 551 du Commissaire — Le maintien dans l'USD doit être conforme à l'art. 28 de la Loi qui oblige le Service à s'assurer, «dans la mesure du possible», que les détenus sont incarcérés dans le milieu le moins restrictif possible compte tenu du degré de garde nécessaire — En l'absence de changement dans la conduite, il est arbitraire de revenir sur une évaluation positive du fait de l'introduction d'une nouvelle politique.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Demande d'annulation du refus de transférer le requérant d'une unité spéciale de détention à un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé, et *mandamus* enjoignant de procéder au transfèrement — Le Comité a étudié la demande de transfèrement à l'insu du requérant — Manquement à l'équité procédurale — Chaque fois que la procédure ne constitue pas une contrainte excessive pour l'administration du système correctionnel, le détenu devrait être autorisé à présenter des observations lorsqu'une décision met en cause ses droits, ses intérêts ou ses privilèges — Aviser le requérant de la date du réexamen et lui donner au moins la possibilité de présenter des observations écrites ne constituent pas une contrainte excessive.

### **Sagkeeng Education Authority Inc. c. Guimond (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 387

Relations du travail — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par un arbitre relativement à un congédiement injuste — L'intimée avait signé un contrat d'enseignement permanent en 1981 — En 1983, le Conseil scolaire a modifié sa politique et exigé des enseignants qu'ils signent des contrats annuels — L'intimée a signé des contrats annuels pendant dix ans — En 1993, son contrat n'a pas été renouvelé — Le congédiement est une condition préalable à la compétence de l'arbitre sous le régime de l'art. 240(1) du Code canadien du travail — En signant le premier contrat et les contrats subséquents, l'intimée a consenti à la modification et était liée par elle — Il n'existe aucun droit à un emploi permanent — L'inégalité des pouvoirs de négociation n'est pas un motif permettant de répudier un contrat — La décision de ne pas renouveler le contrat ne constitue pas un «congédiement» au sens de l'art. 240(1) — L'arbitre n'avait pas le pouvoir d'entendre la plainte.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **Schultz v. Canada (C.A.)** ..... 423

Income tax — Income calculation — Appeal, cross-appeal from T.C.C. decision taxpayers equal partners in investment club strategy, convertible hedging transactions — T.C.C. having jurisdiction to decide whether partnership existed — Intention to carry on business as partners essential for partnership to exist — Trading transactions in issue “business” as defined in Ontario Partnerships Act, s. 2 — Business carried on by taxpayers in common with view to profit — Minister acting with “all due dispatch” within meaning of Income Tax Act, s. 165(3)(a) in confirming reassessments — Minister’s calculations with respect to hedging transactions valid — Taxpayer not assisted by Act, s. 39(4) election.

### **Trans-Continental Textile Recycling Ltd. v. Erato (The) (T.D.)** ..... 404

Practice — Stay of proceedings — Application to stay proceedings pursuant to Federal Court Act, s. 50 — Bill of lading providing disputes relating to cargo carried to or from U.S.A. subject to sole jurisdiction of U.S. District Court — Goods shipped overland from Vancouver to Baltimore, carried by sea to Antwerp, placed in new container for onward carriage to Ghana, where arriving short, damaged — (1) Jurisdiction clause applied — No ambiguity as to court nominated by owner — Contract with carrier for ocean carriage from U.S.A. and within jurisdiction clause — Jurisdiction clause not ambiguous — (2) Discretion to deny stay, given jurisdiction clause, should not be exercised unless strong cause for doing so — (3) Though substantial costs could be awarded in Federal Court, but not in New York District Court, issue merely going to balance of convenience; insufficient basis for exercise of discretion to deny stay — Balance of convenience favouring neither Vancouver nor New York — (4) Defendants submitting to jurisdiction by filing defence, providing draft list of documents, not objecting to jurisdiction until nine months later.

## SOMMAIRE (Fin)

### **Schultz c. Canada (C.A.)** ..... 423

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Appel et appel incident formés contre une décision par laquelle la C.C.I. a jugé que les contribuables étaient associés à parts égales dans une stratégie de club d’investissement et dans des opérations de couverture — La C.C.I. avait compétence pour statuer sur l’existence d’une société de personnes — L’intention d’exploiter une entreprise à titre d’associés est essentielle à l’existence d’une société de personnes — Les opérations commerciales réalisées en l’espèce constituent une «entreprise» au sens de l’art. 2 de la Loi sur les sociétés en nom collectif de l’Ontario — Les contribuables ont exploité une entreprise ensemble en vue de réaliser un bénéfice — Le ministre a agi avec «diligence» au sens de l’art. 165(3)a) de la Loi de l’impôt sur le revenu en confirmant les nouvelles cotisations — Les calculs du ministre relativement aux opérations de couverture sont valables — Le choix visé par l’art. 39(4) de la Loi n’est d’aucun secours au contribuable.

### **Trans-Continental Textile Recycling Ltd. c. Erato (Le) (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 404

Pratique — Suspension d’instance — Demande de suspension des procédures en application de l’art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale — Le connaissance prévoit que les litiges relatifs à la cargaison transportée aux É.-U. ou en provenant relèvent de la compétence exclusive de la Cour de district américaine — Les marchandises ont été envoyées par voie de terre de Vancouver à Baltimore, puis transportées par mer à Anvers, où elles ont été placées dans un nouveau conteneur pour être acheminées au Ghana, y arrivant avec des pièces manquantes et des dégâts — 1) La clause de compétence s’applique — Il n’existe aucune ambiguïté quant au tribunal nommé par le propriétaire — Contrat conclu avec le transporteur pour transport par mer à partir des É.-U. et visé par la clause de compétence — La clause de compétence n’est pas ambiguë — 2) Le pouvoir discrétionnaire de refuser une suspension, vu la clause de compétence, ne devrait pas être exercé à moins qu’il n’existe un motif impérieux de le faire — 3) Bien que d’importants frais puissent être adjugés devant la Cour fédérale, et non devant la Cour de district de New York, la question porte simplement sur la prépondérance des inconvénients; il n’existe pas suffisamment de motifs pour l’exercice du pouvoir discrétionnaire en vue de refuser une suspension — La prépondérance des inconvénients ne favorise ni Vancouver ni New York — 4) Les défendeurs ont acquiescé à la compétence en déposant leur défense, en produisant un projet de liste de documents, en ne s’opposant à la compétence que neuf mois plus tard.



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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1996, Vol. 1, Part 2**

**1996, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**



T-3002-94

T-3002-94

Shawn Murray (*Applicant*)Shawn Murray (*requérant*)

v.

c.

**S.H.U. National Review Board Committee of the Correctional Service of Canada and Michel Deslauriers, Director, Regional Reception Centre, Ste-Anne-des-Plaines, Quebec** (*Respondents*)

**Comité national chargé de l'examen des cas d'USD du Service correctionnel du Canada et Michel Deslauriers, directeur, Centre régional de réception, Ste-Anne-des-Plaines, Québec** (*intimés*)

*INDEXED AS: MURRAY v. CANADA (CORRECTIONAL SERVICE, S.H.U. NATIONAL REVIEW BOARD COMMITTEE) (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: MURRAY c. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL, COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE L'EXAMEN DES CAS D'USD) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Montréal, September 7; Ottawa, September 22, 1995.

c Section de première instance, juge Tremblay-Lamer — Montréal, 7 septembre; Ottawa, 22 septembre 1995.

*Penitentiaries — Application to quash 1994 refusal to transfer applicant from Special Handling Unit (SHU) to lower security institution because refused to participate in anger management program — Transfer to lower security institution recommended since 1993 — Board intending to transfer applicant to Kent Institution until January 1994 policy change requiring inmate to follow anger management program — Application allowed — Corrections and Conditional Release Act, Regulations not permitting applicant to question legality of SHUs — Necessary for protection of public — Within Board's power to transfer inmate under Act, s. 29, Regulations, s. 5, Commissioner's Directive 551 — Ongoing maintenance in SHU must be conducted in accord with Act, s. 28 requiring Service to take all "reasonable" steps to ensure inmates confined in least restrictive environment consistent with degree, kind of custody necessary — Absent change of behaviour, arbitrary to abandon positive evaluation on introduction of new policies.*

*Pénitenciers — Demande d'annulation du refus en 1994 de transférer le requérant d'une unité spéciale de détention (USD) à un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé parce qu'il avait refusé de participer à un programme de maîtrise de la colère — Transfèrement à un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé recommandé depuis 1993 — Intention du Comité de transférer le requérant à l'établissement de Kent jusqu'à ce qu'un changement de politique, intervenu en janvier 1994, oblige le détenu à suivre un programme de maîtrise de la colère — Demande accueillie — La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et son règlement d'application ne permettent pas au requérant de remettre en cause la légalité de l'existence des USD — Nécessaires pour assurer la protection du public — Compétence du Comité de transférer les détenus en vertu de l'art. 29 de la Loi, l'art. 5 du Règlement et la Directive n° 551 du Commissaire — Le maintien dans l'USD doit être conforme à l'art. 28 de la Loi qui oblige le Service à s'assurer, «dans la mesure du possible», que les détenus sont incarcérés dans le milieu le moins restrictif possible compte tenu du degré de garde nécessaire — En l'absence de changement dans la conduite, il est arbitraire de revenir sur une évaluation positive du fait de l'introduction d'une nouvelle politique.*

*Administrative law — Judicial review — Application to quash refusal to transfer applicant from Special Handling Unit to lower security institution, mandamus compelling transfer — Board studying transfer request without applicant's knowledge — Breach of procedural fairness — Whenever process would not cause undue hardship to administration of correctional system, inmate should be allowed to make representations when decision affects rights, interest or privileges — Not undue burden to inform applicant of date of review, provide opportunity to at least make written representations.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Demande d'annulation du refus de transférer le requérant d'une unité spéciale de détention à un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé, et mandamus enjoignant de procéder au transfèrement — Le Comité a étudié la demande de transfèrement à l'insu du requérant — Manquement à l'équité procédurale — Chaque fois que la procédure ne constitue pas une contrainte excessive pour l'administration du système correctionnel, le détenu devrait être autorisé à présenter des observations lorsqu'une décision met en cause ses droits, ses intérêts ou ses privilèges — Aviser le requérant de la date du réexamen et lui donner au moins la*

This was an application to quash the refusal to transfer the applicant from the Special Handling Unit (SHU), to which he had been transferred in 1991 after he was involved in a hostage-taking incident, to a lower security institution. The transfer was refused because he had declined to participate in an anger management program, despite the recommendation by his Case Management Team made in March, 1993 that the applicant should be transferred to the Prairie Regional Psychiatric Centre, and the Board's own decision to transfer the applicant to Kent Institution, which was only cancelled because the applicant refused to go. In January 1994 a new policy was introduced which required inmates to follow an anger management program. In September, 1994 the Board studied the applicant's transfer request in his absence and without his knowledge, and decided to keep him in the SHU because he had not complied with his programming requirements. The applicant has always been classified at the maximum security level.

The issues were: (1) whether SHUs were illegal; (2) whether the transfer to the SHU was unlawful as having been undertaken by other than the competent legal authority; (3) whether there was a breach of procedural fairness; (4) whether the respondents had an obligation to detain the applicant in the least restrictive setting possible; (5) whether it was arbitrary or unfair to impose new conditions upon transfer procedures when a final decision had been made, and there had been no misconduct by the applicant.

*Held*, the application should be allowed.

(1) Neither the *Corrections and Conditional Release Act* nor the *Corrections and Conditional Release Regulations* allow the applicant to question the legality of the existence of SHUs. The security classification levels provided in Regulations, section 18 and Act, section 30 pertain to the individual. The security classification of the inmate does not necessarily identify the institution. In fact, the Act authorizes the placement of an inmate in any penitentiary. SHUs are necessary to provide for the protection of the public, which includes staff of the penitentiary and other inmates. The existence of SHUs is legal.

(2) The power to transfer an inmate from an SHU to another penitentiary does not belong to the Head of the Penitentiary, but is within the Board's power in accordance with section 29 of the Act (which gives the Commissioner the power to transfer inmates from one penitentiary to another), section 5 of the Regulations (delegation of section 29 powers), and Commissioner's Directive No. 551.

*possibilité de présenter des observations écrites ne constituent pas une contrainte excessive.*

Il s'agit d'une demande d'annulation du refus de transférer le requérant de l'unité spéciale de détention (USD), à laquelle il avait été transféré en 1991 à la suite de sa participation à une prise d'otage, à un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé. Le transfèrement lui a été refusé parce qu'il n'avait pas voulu participer à un programme de maîtrise de la colère, malgré la recommandation de son équipe de gestion de cas, en mars 1993, de le transférer au Centre psychiatrique régional des Prairies et la décision du Comité lui-même de le transférer à l'établissement de Kent, laquelle a été annulée simplement parce qu'il avait refusé d'y aller. En janvier 1994, une nouvelle politique a été adoptée obligeant les détenus à suivre un programme de maîtrise de la colère. En septembre 1994, le Comité a, en l'absence et à l'insu du requérant, étudié sa demande de transfèrement. Il a décidé de le laisser dans l'USD parce qu'il n'avait pas rempli les conditions posées quant à sa participation à certains programmes. On lui a toujours assigné la cote de sécurité maximale.

Les questions en litige étaient les suivantes, savoir (1) si les USD étaient illégaux; (2) si le transfèrement dans l'USD était illégal en ce que la décision émanait d'une autorité autre que l'autorité légale compétente; (3) s'il y a eu violation de l'équité procédurale; (4) si les intimés avaient l'obligation de détenir le requérant dans le milieu le moins restrictif possible; (5) s'il était arbitraire ou inéquitable d'imposer de nouvelles conditions en matière de transfèrement lorsqu'une décision définitive avait été arrêtée dans les faits et qu'il n'y avait pas eu d'inconduite de la part du requérant.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

(1) Ni la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* ni le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* ne permettent au requérant de remettre en cause la légalité de l'existence des USD. Les niveaux de sécurité prévus à l'article 18 du Règlement et à l'article 30 de la Loi s'attachent à la personne du détenu. La cote de sécurité du détenu ne correspond pas nécessairement à celle de l'établissement. En fait, la Loi autorise le placement d'un détenu dans n'importe quel pénitencier. Les unités spéciales de détention sont nécessaires pour assurer la protection du public, ce qui inclut le personnel du pénitencier et les autres détenus. Leur existence est donc légale.

(2) Le pouvoir de transférer un détenu d'une USD dans un autre pénitencier n'appartient pas au directeur du pénitencier mais au Comité en vertu de l'article 29 de la Loi (qui confère au commissaire le pouvoir de transférer des détenus d'un pénitencier à un autre), de l'article 5 du Règlement (délégation des pouvoirs de l'article 29) et de la Directive du Commissaire n° 551.

(3) The respondents failed to meet the requirements of procedural fairness. While not requiring personal attendance in every case, procedural fairness does require that whenever the process would not cause undue hardship to the administration of the correctional system, an inmate should be allowed to make representations when a decision affects his rights, interest or privileges. It would not have created an undue burden for the administration to have informed the applicant of the date when his case would be reviewed and to have given him at least the opportunity to make written representations.

(4) The ongoing maintenance of an applicant in a SHU must be conducted in accordance with section 28 of the Act. The obligation to "take all reasonable steps to ensure that the penitentiary in which the person is confined is one that provides the least restrictive environment" while taking into account the degree and kind of custody necessary is a continuing duty, not restricted to the moment at which an inmate is first transferred. The decision to maintain an applicant in a SHU must also be "reasonable" in order to ensure that he was confined in the "least restrictive environment". Imposing new rules on a decision in process raised a question of law as to arbitrariness.

(5) New policies should not apply to a process which has concluded that an inmate qualified for a transfer to a lower security institution. An inmate transfer decision is always subject to the conduct of an inmate. A positive decision can be altered if there is evidence of misconduct by the inmate before the execution of the transfer. There was no evidence of misconduct by the applicant which could have prompted the impugned decision. The applicant had earned, if not the right, then the privilege of being transferred to a lower security level institution. In the absence of evidence of a change in the applicant's behaviour, it was arbitrary for the respondents to abandon a positive evaluation on the introduction of new policies.

(3) Les intimés n'ont pas satisfait aux exigences de l'équité procédurale. Si la comparution en personne n'est pas obligatoire dans tous les cas, l'équité procédurale exige que chaque fois que la procédure ne constitue pas une contrainte excessive pour l'administration du système correctionnel, le détenu soit autorisé à présenter des observations lorsqu'une décision met en cause ses droits, ses intérêts ou ses privilèges. Cela n'aurait pas constitué une contrainte excessive pour l'administration que d'aviser le requérant de la date à laquelle son cas serait réexaminé et de lui donner à tout le moins la possibilité de présenter des observations écrites.

(4) Le maintien d'un requérant dans une USD doit être conforme à l'article 28 de la Loi. L'obligation de «s'assurer, dans la mesure du possible, que le pénitencier dans lequel est incarcéré le détenu constitue le milieu le moins restrictif possible» compte tenu du degré de garde nécessaire, est une obligation à caractère continu qui ne se limite pas au moment auquel le détenu est transféré pour la première fois. La décision de laisser un requérant dans une USD doit elle aussi être «raisonnable», de manière à ce qu'il soit incarcéré dans «le milieu le moins restrictif possible». L'imposition de nouvelles règles en cours de décision soulève une question de droit, savoir le caractère arbitraire de la décision.

(5) Il ne convient pas d'appliquer de nouvelles politiques à un processus dont il résulte qu'un détenu est admissible à un transfèrement dans un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé. La décision de transférer un détenu est toujours fonction de sa conduite. Une décision positive peut être modifiée s'il y a preuve d'inconduite de la part du détenu avant que ne soit effectué le transfèrement. Il n'y avait aucune preuve d'inconduite de la part du requérant qui ait pu donner lieu à la décision attaquée. Celui-ci avait mérité, sinon le droit, du moins le privilège d'être transféré dans un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé. En l'absence de preuve de changement dans la conduite du requérant, les intimés ont agi de façon arbitraire en revenant sur une évaluation positive du fait de l'introduction d'une nouvelle politique.

## STATUTES JUDICIALLY CONSIDERED

*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 4(d),(e), 11, 28, 29, 30(1), 31.  
*Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, ss. 5, 18, 19.  
*Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251, s. 13.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*R. v. Chester* (1984), 5 Admin. L.R. 111; 40 C.R. (3d) 146 (Ont. H.C.); *Gaudet v. Marchand*, [1994] 3 S.C.R.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 4d,e), 11, 28, 29, 30(1), 31.  
*Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., ch. 1251, art. 13.  
*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 5, 18, 19.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. v. Chester* (1984), 5 Admin. L.R. 111; 40 C.R. (3d) 146 (H.C. Ont.); *Gaudet c. Marchand*, [1994] 3 R.C.S.

514; affg (1994), 63 Q.A.C. 286 (C.A.); *Hay v. Nat. Parole Bd.* (1985), 13 Admin. L.R. 17; 48 F.T.R. 165 (F.C.T.D.); *Gaw v. Commr. of Corrections* (1986), 19 Admin. L.R. 137; 2 F.T.R. 122 (F.C.T.D.).

a

## CONSIDERED:

*The Queen v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; (1985), 52 O.R. (2d) 585; 24 D.L.R. (4th) 9; 16 Admin. L.R. 184; 23 C.C.C. (3d) 97; 49 C.R. (3d) 1; 63 N.R. 321; 14 O.A.C. 33; *Morin v. National SHU Review Committee*, [1985] 1 F.C. 3; (1985), 20 C.C.C. (3d) 123; 46 C.R. (3d) 238; 60 N.R. 121 (C.A.); *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

b

c

APPLICATION to quash a refusal to transfer the applicant from a Special Handling Unit to a lower security institution. Application allowed.

d

## COUNSEL:

*Stephen Fineberg* for applicant.  
*André Lespérance* for respondents.

## SOLICITORS:

*Stephen Fineberg*, Montréal, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

e

f

g

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

TREMBLAY-LAMER J.: The applicant is currently detained in a special handling unit (SHU) of the Regional Reception Centre located in Ste-Anne-des-Plaines, province of Quebec, sometimes known as a high maximum security unit, to which he was transferred on September 6, 1991 after pleading guilty to a charge of hostage-taking in August 1991. This incident occurred inside the prison and a sentence of eighteen months was added to his original sentence. Prior to his transfer, he had been detained in a maximum security institution on an eight-year sentence for robbery.

h

i

j

514; conf. (1994), 63 Q.A.C. 286 (C.A.); *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles* (1985), 13 Admin. L.R. 17; 48 F.T.R. 165 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Gaw c. Commissaire aux services correctionnels* (1986), 19 Admin. L.R. 137; 2 F.T.R. 122 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*La Reine c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; (1985), 52 O.R. (2d) 585; 24 D.L.R. (4th) 9; 16 Admin. L.R. 184; 23 C.C.C. (3d) 97; 49 C.R. (3d) 1; 63 N.R. 321; 14 O.A.C. 33; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'USD*, [1985] 1 C.F. 3; (1985), 20 C.C.C. (3d) 123; 46 C.R. (3d) 238; 60 N.R. 121 (C.A.); *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

DEMANDE d'annulation du refus de transférer le requérant d'une unité spéciale de détention à un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé. Demande accueillie.

## AVOCATS:

*Stephen Fineberg* pour le requérant.  
*André Lespérance* pour les intimés.

## PROCUREURS:

*Stephen Fineberg*, Montréal, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

LE JUGE TREMBLAY-LAMER: Le requérant est présentement détenu dans une unité spéciale de détention (USD) du Centre régional de réception de Ste-Anne-des-Plaines, province de Québec, parfois appelée «unité à sécurité maximale élevée», à laquelle il a été transféré le 6 septembre 1991 après avoir plaidé coupable à une accusation de prise d'otage en août 1991. Cet incident s'est produit à l'intérieur de la prison et une peine de dix-huit mois a été ajoutée à la peine initiale. Avant son transfèrement, le requérant était détenu dans un établissement à sécurité maximale où il purgeait une peine de huit ans pour vol qualifié.

On September 2, 1994, the respondents refused to transfer the applicant to a lower security institution and decided to maintain the applicant in the SHU. The decision indicates that the applicant would remain in the SHU as he “had not complied with the programming requirements established by [his] CMT and National Review Board members”. It is from that decision that the applicant seeks judicial review for the purpose of obtaining the following relief:

(1) An order in the nature of *certiorari* to quash the decision of September 2, 1994 by the Special Handling Unit National Review Board Committee of the Correctional Service of Canada, refusing to transfer the applicant to lower security and maintaining him in the Special Handling Unit; and

(2) an order in the nature of *mandamus* compelling the Correctional Service of Canada to transfer the applicant without delay to one of its Regional Psychiatric Centres, or, in the alternative, to a maximum security penitentiary.

### BACKGROUND FACTS

Shortly after his arrival at the institution on September 6, 1991, the applicant was seen by a Correctional Services psychiatrist, Dr. Alfred Thibault. Dr. Thibault issued a report on January 13, 1992 on the basis of a December 31, 1991 interview with the applicant. According to the applicant, Correctional Services Canada has relied upon this report to maintain him in the Special Handling Unit. This report has been the subject of a complaint by the applicant before the *Syndic de la corporation professionnelle des médecins du Québec* in which he argues that no actual interview took place because the psychiatrist, who never identified himself, met with him briefly.

The recommendation that the applicant should be transferred back to a “lower security” institution dates back to March 12, 1993. A “Progress Summary Report” prepared by the Case Management Team,

Le 2 septembre 1994, les intimés ont refusé de transférer le requérant dans un établissement d’un niveau de sécurité moins élevé et ont décidé de le laisser dans l’USD. Il appert de la décision que le requérant doit rester dans l’USD parce qu’il [TRAN-  
a  
DUCTION] «ne s’est pas conformé aux conditions posées par son ÉGC et les membres du Comité national d’examen quant à sa participation à certains programmes». C’est de cette décision dont le requérant  
b  
demande le contrôle judiciaire aux fins d’obtenir les redressements suivants:

(1) une ordonnance de la nature d’un *certiorari* annulant la décision du Comité national chargé de l’examen des cas de l’unité spéciale de détention du Service correctionnel du Canada, en date du 2 septembre 1994, de refuser de transférer le requérant dans un établissement d’un niveau de sécurité moins élevé et  
d  
de le laisser dans l’unité spéciale de détention;

(2) une ordonnance de la nature d’un *mandamus* enjoignant au Service correctionnel du Canada de transférer le requérant sans délai à l’un de ses centres psychiatriques régionaux ou, subsidiairement, dans un pénitencier à sécurité maximale.

### LE CONTEXTE

Peu après son arrivée à l’établissement le 6 septembre 1991, le requérant a été vu par un psychiatre du Service correctionnel, le D<sup>r</sup> Alfred Thibault. Le D<sup>r</sup> Thibault a établi un rapport le 13 janvier 1992 en se fondant sur une entrevue menée avec le requérant le 31 décembre 1991. Selon le requérant, c’est sur ce rapport que s’est appuyé le Service correctionnel du Canada pour le laisser dans l’unité spéciale de détention. Le rapport a fait l’objet d’une plainte devant le Syndic de la corporation professionnelle des médecins du Québec. Le requérant y allègue qu’il n’y a pas eu véritablement d’entrevue en ce que le psychiatre, qui ne s’est pas présenté comme tel, ne l’a rencontré que  
i  
brièvement.

La recommandation suivant laquelle il convenait de ramener le requérant dans un établissement «d’un niveau de sécurité moins élevé» remonte au 12 mars 1993. Dans un «Rapport récapitulatif sur l’évolution

recommended that the applicant be transferred to the Prairie Regional Psychiatric Centre in Saskatoon before transferring him to a maximum security institution. This report and its recommendation were endorsed in writing by the Special Handling Unit's case management supervisor. In a "Summary of Psychological Follow-up" dated March 15, 1993, the Correctional Services Canada psychologist also recommended that the applicant be transferred to another institution where he could benefit in specific programs. Following these reports, a Correctional Services Canada transfer sheet, recommending the applicant's transfer to the Regional Psychiatric Centre in the Prairies, was signed by the institution's head of preventive security on April 7, by Unit Manager Pierre Groulx on April 8, and on April 19 by Deputy Warden Daniel Méryneau, acting on behalf of Warden Michel Deslauriers, the respondent. A further document entitled "Security Classification" indicates that the proper security classification for the applicant is "Maximum". This document, amongst others, was signed by the Warden respondent on April 8, 1993.

In July 1993, counsel for the applicant wrote to the Warden and his superior, the Deputy Commissioner, regarding the continued detention of the applicant in the Special Handling Unit. Also in July, the applicant was attacked by another inmate who succeeded in stabbing the applicant in the upper arm. Following this incident, the applicant was placed in dissociation until sometime in October, 1993.

On August 20, 1993 the applicant received a letter dated August 10, 1993 in which Correctional Services Canada indicated that, despite the recommendation of the Special Handling Unit to transfer the applicant to the Prairie Regional Psychiatric Centre in Saskatoon, the SHU National Review Board Committee of the Correctional Services of Canada (the Board) had decided on July 8, 1993 to transfer the applicant to Kent Institution in Agassiz, British Columbia. The proposed transfer date was September 28, 1993.

Prior to the transfer, the applicant informed his case management officer on September 10, 1993 and the Warden respondent on September 14, 1993 that he

du cas», l'équipe de gestion du cas recommandait que le requérant soit transféré au Centre psychiatrique régional des Prairies à Saskatoon avant d'être envoyé dans un établissement à sécurité maximale. Ce rapport et les recommandations qu'il contenait ont été approuvés par écrit par le chef de la gestion des cas de l'unité spéciale de détention. Dans un «suivi psychologique récapitulatif» daté du 15 mars 1993, le psychologue du Service correctionnel du Canada recommandait également que le requérant soit transféré dans un autre établissement où il pourrait bénéficier de certains programmes. À la suite de ces rapports, une fiche de transfèrement du Service correctionnel du Canada, recommandant le transfèrement du requérant au Centre psychiatrique régional des Prairies, a été signée par le chef de la sécurité préventive de l'établissement le 7 avril, par le gestionnaire d'unité Pierre Groulx le 8 avril, ainsi que par le directeur adjoint Daniel Méryneau au nom du directeur Michel Deslauriers, intimé, le 19 avril. Un autre document, intitulé «Cote de sécurité» indique qu'il convient d'attribuer au requérant la cote «maximale». Il a, entre autres, été signé par le directeur intimé le 8 avril 1993.

En juillet 1993, l'avocat du requérant a écrit au directeur et à son supérieur, le sous-commissaire, au sujet du maintien de son client dans l'unité spéciale de détention. Toujours en juillet, le requérant a été attaqué à coups de couteau par un autre détenu qui l'a blessé au bras. À la suite de cet incident, le requérant a été placé en isolement jusqu'en octobre 1993.

Le 20 août 1993, le requérant a reçu une lettre datée du 10 août 1993 dans laquelle le Service correctionnel du Canada indiquait que, malgré la recommandation de l'unité spéciale de détention de le transférer au Centre psychiatrique régional des Prairies à Saskatoon, le Comité national chargé de l'examen des cas d'USD (le Comité) avait décidé, le 8 juillet 1993, de le transférer à l'établissement de Kent à Agassiz (Colombie-Britannique). Le transfèrement devait avoir lieu le 28 septembre 1993.

Avant le transfèrement, le requérant a informé son agent de gestion de cas, le 10 septembre 1993, ainsi que le directeur intimé, le 14 septembre 1993, de son



would refuse the transfer to Kent Institution. He felt he should rather be placed in a "Regional Psychiatric Centre before proceeding to an ordinary penitentiary." He requested a transfer to the Pacific Regional Psychiatric Centre in Abbotsford, British Columbia. On September 15, 1993, the applicant changed his mind and accepted the transfer to the Kent Institution, believing it would increase his chances to transfer to the Regional Psychiatric Centre. Meanwhile, the applicant learned that another prisoner, one who was not accepted by the general population at the Special Handling Unit, would be travelling with the applicant to Kent Institution. The applicant believed this would place him in a dangerous position as inmates at Kent Institution would expect him to instruct them on this prisoner's status and by the same token that prisoner would view the applicant as a threat. As a result, on September 22, 1993 the applicant informed his case management officer that he would refuse the transfer to Kent Institution. The day before the transfer was scheduled, the Warden respondent and the institutional psychologist explained to the applicant that his was not a psychiatric case and that the programs he needed were available at Kent. As the applicant still refused to go to Kent Institution, the Warden cancelled the applicant's transfer.

On November 12, 1993, the Board met with the applicant and refused him the transfer to a regional psychiatric centre. The applicant suggested a transfer to maximum institutions in Renous, New Brunswick or Edmonton, Alberta. The Board did not accept these proposals.

In December 1993, the applicant requested a transfer to Donnacona Maximum Institution near Québec City, where he would be closer to his father. On January 18, 1994, the Special Handling Unit produced a new "Summary Appraisal and Recommendation" sheet. It still recommended the transfer to Kent Institution.

On January 28, 1994, the Board met with the applicant and asked him if he would participate in an anger management program. The applicant responded that he would not. On the same day, the applicant's

refus d'être transféré à l'établissement de Kent, estimant qu'il devrait plutôt être placé dans un [TRANSDUCTION] «centre psychiatrique régional avant d'aller dans un pénitencier ordinaire». Il a demandé d'être transféré au Centre psychiatrique régional du Pacifique à Abbotsford (Colombie-Britannique). Le 15 septembre 1993, le requérant a changé d'idée et a accepté le transfèrement à l'établissement de Kent, croyant ainsi accroître ses chances d'être transféré au Centre psychiatrique régional. Entre-temps, il a appris qu'un autre prisonnier, rejeté par l'ensemble des autres détenus de l'unité spéciale de détention, l'accompagnerait à l'établissement de Kent. Il a cru qu'il serait ainsi placé en position dangereuse puisque les détenus de l'établissement de Kent s'attendraient à ce qu'il les renseigne sur le statut de ce prisonnier, lequel le percevrait du coup comme une menace. Aussi, le 22 septembre 1993, le requérant a-t-il informé son agent de gestion de cas de son intention de refuser le transfèrement à l'établissement de Kent. La veille du transfèrement, le directeur intimé et le psychologue de l'établissement lui ont expliqué que son cas ne relevait pas de la psychiatrie et que les programmes dont il avait besoin étaient offerts à Kent. Comme il refusait toujours d'aller à l'établissement de Kent, le directeur a annulé son transfèrement.

Le 12 novembre 1993, le Comité a rencontré le requérant et lui a refusé le transfèrement à un centre psychiatrique régional. Le requérant a suggéré qu'il soit transféré dans un établissement à sécurité maximale à Renous (Nouveau-Brunswick) ou à Edmonton (Alberta). Le Comité n'a pas accepté ces propositions.

En décembre 1993, le requérant a demandé un transfèrement à l'établissement à sécurité maximale de Donnacona, près de Québec, pour être plus près de son père. Le 18 janvier 1994, l'unité spéciale de détention a établi une nouvelle fiche intitulée «Évaluation et recommandation». Elle recommandait encore une fois le transfèrement à l'établissement de Kent.

Le 28 janvier 1994, le Comité a rencontré le requérant et lui a demandé s'il accepterait de participer à un programme de maîtrise de la colère. Le requérant a répondu par la négative. Le même jour,

case management officer informed the applicant of the Board's decision to keep him in the Special Handling Unit. A written notice was sent to the applicant on February 21, dated January 31, 1994, that his transfer was refused. The notice included this recommendation: "You are strongly encouraged to involve yourself in 'Anger Management' and continue meeting with the psychologist." According to the applicant, this program did not exist in English at the institution and he did not want to be the first inmate to enrol in the program since it would lead to serious reprisals from the inmate population.

An "Offender Security Level Referral" sheet dated May 6, 1994, signed on that date by the case management officer and on May 19 by the Warden respondent, reports that the applicant's security classification is "MAXIMUM". This is also the conclusion of a "Progress Summary Report" completed on May 9. The "Progress Summary Appraisal and Recommendation" report dated May 6, recommends that the applicant remain in the SHU.

On May 26, 1994, the applicant submitted a new application for transfer to Donnacona Maximum Institution. On June 30, 1994 the Board again decided to maintain the applicant in the SHU and strongly encouraged him to continue his psychological follow-up and acquire anger management techniques.

On June 28, 1994, a new "Progress Summary Report" was prepared. This report contains errors as to the charges pertaining to the hostage-taking incident. These errors had previously been reported and recognized as errors by Correctional Services Canada. They still appeared however in this report. In addition, this report relies on Dr. Thibault's assessment which, according to the applicant, never actually occurred. Finally the applicant asserts that this report was relied upon by the Board in making its September 2, 1994 decision.

On July 4, 1994, the applicant was placed in dissociation because a knife had been found in his cell, hidden under the combination sink/toilet unit. On

son agent de gestion de cas l'a avisé de la décision du Comité de le laisser dans l'unité spéciale de détention. Un avis écrit daté du 31 janvier 1994 lui a été transmis le 21 février. Outre le refus du transfèrement, l'avis contenait cette recommandation: [TRADUCTION] «Vous êtes fortement encouragé à participer au programme de "maîtrise de la colère" et à continuer à rencontrer le psychologue». Selon le requérant, ce programme ne se donnait pas en anglais à l'établissement et il ne voulait pas être le premier détenu à s'inscrire, et s'exposer ainsi à des graves représailles de la part de ses codétenus.

D'après une fiche intitulée «Niveau de sécurité du délinquant» en date du 6 mai 1994, signée ce même jour par l'agent de gestion de cas et le 19 mai par le directeur intimé, le requérant se voit assigner la cote de sécurité «MAXIMALE». C'est également la conclusion d'un «Rapport récapitulatif sur l'évolution du cas» établi le 9 mai. Quant au rapport récapitulatif «Évaluation et recommandation», daté du 6 mai, il recommande le maintien du requérant dans l'USD.

Le 26 mai 1994, le requérant a soumis une nouvelle demande de transfèrement à l'établissement à sécurité maximale de Donnacona. Le 30 juin 1994, le Comité a une nouvelle fois décidé de laisser le requérant dans l'USD et l'a fortement encouragé à continuer à suivre sa psychothérapie et à acquérir les techniques de maîtrise de la colère.

Le 28 juin 1994, un nouveau «Rapport récapitulatif sur l'évolution du cas» a été établi, qui comporte certaines erreurs quant aux accusations relatives à l'incident de la prise d'otage. Ces erreurs avaient antérieurement été signalées et reconnues comme telles par le Service correctionnel du Canada. Elles se sont néanmoins retrouvées dans le rapport. De plus, celui-ci s'appuie sur l'évaluation du D<sup>r</sup> Thibault, laquelle, selon le requérant, n'a pas véritablement eu lieu. Enfin, le requérant affirme que le Comité s'est fondé sur ce document pour rendre sa décision du 2 septembre 1994.

Le 4 juillet 1994, le requérant a été placé en isolement après qu'on eut trouvé dans sa cellule un couteau, caché sous le bloc évier-toilette. Le 19 juillet

July 19, 1994, the applicant was found not guilty by the institution's disciplinary court. The applicant was however maintained in dissociation until August 4, 1994. On the evening of August 18, 1994, the day before the applicant was to appear before the National Parole Board, a shank was found in his cell in the caulking under the sink/toilet. He was again placed in dissociation. The chair of the disciplinary court found the applicant not guilty of possession of contraband on September 23, 1994. The reasons for his decision included the observation that the cell had not been inspected prior to the applicant being placed in it despite the applicant's formal request for an inspection as he had noticed a hole under the sink/toilet unit. Furthermore, the chairperson found that the object found was not a shank but rather an old blunt piece of metal.

While he was in dissociation, on July 13, 1994, counsel for the applicant wrote to the head of the Board requesting the applicant's transfer to a regional psychiatric centre or in the alternative to a maximum security institution. Counsel also requested that both he and the applicant be present when the Board reviewed the applicant's case.

On September 2, 1994, while the applicant was in dissociation, the Board studied his transfer request in the applicant's absence and without his knowledge. The Board decided to maintain the applicant in the Special Handling Unit as the applicant had not complied with his programming requirements. These requirements included meeting with his case management officer monthly and individual psychological follow-up, such follow-up including anger management techniques. The applicant was informed of this decision on September 23, 1994.

### ISSUE

Did the Board act illegally in deciding on September 2, 1994 to maintain the applicant in the SHU because he refused to comply with the programming requirements?

1994, il a été déclaré non coupable par le tribunal disciplinaire de l'établissement. Il a néanmoins été laissé en isolement jusqu'au 4 août 1994. Le soir du 18 août 1994, soit la veille de sa comparution devant la Commission nationale des libérations conditionnelles, on a découvert dans sa cellule un couteau de fabrication artisanale, caché dans le calfeutrage sous l'évier-toilette. Il a de nouveau été placé en isolement. Le 23 septembre 1994, le président du tribunal disciplinaire l'a déclaré non coupable de possession d'un objet interdit. Il a notamment fait observer dans sa décision que la cellule n'avait pas été inspectée avant l'arrivée du requérant malgré la demande formelle que celui-ci avait faite en ce sens après qu'il eut remarqué un trou sous le bloc évier-toilette. De plus, le président a conclu que l'objet trouvé n'était pas un couteau artisanal mais plutôt un vieux morceau de métal arrondi.

Pendant que le requérant était en isolement, le 13 juillet 1994, son avocat a écrit au président du Comité pour lui demander son transfèrement dans un centre psychiatrique régional ou, subsidiairement, dans un établissement à sécurité maximale. Il a également demandé que le requérant et lui soient présents lorsque le Comité réexaminerait son cas.

Le 2 septembre 1994, pendant que le requérant était en isolement, le Comité a, en son absence et à son insu, étudié sa demande de transfèrement. Il a décidé de le laisser dans l'unité spéciale de détention parce qu'il n'avait pas rempli les conditions posées quant à sa participation à certains programmes. Ces conditions consistaient en des rencontres mensuelles avec son agent de gestion de cas et en un suivi psychologique individuel incluant l'apprentissage des techniques de maîtrise de la colère. Le requérant a été avisé de la décision le 23 septembre 1994.

### QUESTION EN LITIGE

Le Comité a-t-il agi illégalement en décidant, le 2 septembre 1994, de laisser le requérant dans l'USD parce qu'il a refusé de se conformer aux conditions posées quant à sa participation à certains programmes?

ANALYSIS1. Illegality of the existence of the SHU

Although the issue was raised by counsel, the legality of such institutions was not questioned by the Supreme Court of Canada in *The Queen v. Miller*.<sup>1</sup> Le Dain J. states, at page 618:

Confinement in a special handling unit is reserved for particularly dangerous inmates, as indicated by s. 5 of Commissioner's Directive 274 of December 1, 1980, which defines "Special Handling Unit" as follows: "Special Handling Unit' (SHU) is a facility established to deal exclusively with inmates who, in addition to requiring maximum security, have been identified as being particularly dangerous." . . . it may be said that confinement in a special handling unit is a significantly more restrictive form of detention than the normal one in a penitentiary, involving the loss or denial of several privileges or amenities enjoyed by the general inmate population.

The applicant submits that *Miller* was decided prior to the new legislation and therefore provides no authority to confirm the legality of the SHU.

He refers to many sections of the *Corrections and Conditional Release Act*<sup>2</sup> and of the *Corrections and Conditional Release Regulations*<sup>3</sup> to demonstrate the illegality of the existence of the Special Handling Unit. Paragraph 4(e) of the Act provides that one of the principles by which Correctional Services must be guided is:

4. . . .

(e) that offenders retain the rights and privileges of all members of society, except those rights and privileges that are necessarily removed or restricted as a consequence of the sentence;

Section 4 further imposes respect for the liberty of the inmate through the terms of paragraph (d) which requires:

4. . . .

(d) that the Service use the least restrictive measures consistent with the protection of the public, staff members and offenders;

Furthermore, subsection 30(1) of the Act provides:

ANALYSE1. Illégalité de l'existence de l'USD

Bien que les avocats aient soulevé la question, la Cour suprême n'a pas, dans l'arrêt *La Reine c. Miller*<sup>1</sup>, remis en cause la légalité de cette institution. Le juge Le Dain s'exprime ainsi à la page 618:

L'incarcération dans une unité spéciale de détention est réservée aux détenus particulièrement dangereux; c'est ce qui ressort de l'art. 5 de la directive du commissaire n° 274 du 1<sup>er</sup> décembre 1980, qui donne à l'expression «Unité spéciale de détention» la définition suivante: «Unité spéciale de détention» (USD) désigne une installation destinée exclusivement aux détenus qui, tout en répondant aux critères de sécurité maximale, sont reconnus comme particulièrement dangereux» . . . l'incarcération dans une unité spéciale est nettement plus sévère que la normale dans un pénitencier en ce sens qu'il y a privation de plusieurs privilèges ou agréments dont jouit la population carcérale générale.

Le requérant fait valoir que l'arrêt *Miller* est antérieur à la nouvelle législation et donc qu'il ne peut être invoqué pour confirmer la légalité de l'USD.

Le requérant renvoie à plusieurs articles de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*<sup>2</sup> et du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*<sup>3</sup> pour démontrer l'illégalité de l'existence de l'unité spéciale de détention. L'alinéa 4e) de la Loi énonce ainsi l'un des principes qui guident le Service correctionnel:

4. . . .

e) le délinquant continue à jouir des droits et privilèges reconnus à tout citoyen, sauf de ceux dont la suppression ou restriction est une conséquence nécessaire de la peine qui lui est infligée;

L'article 4, en son alinéa d), prescrit également le respect de la liberté du détenu:

4. . . .

d) les mesures nécessaires à la protection du public, des agents et des délinquants doivent être le moins restrictives possible;

Le paragraphe 30(1) de la Loi dispose en outre:

30. (1) The Service shall assign a security classification of maximum, medium, or minimum to each inmate in accordance with the regulations made under paragraph 96(z.6).

30. (1) Le Service assigne une cote de sécurité selon les catégories dites maximale, moyenne et minimale à chaque détenu conformément aux règlements d'application de l'alinéa 96z.6).

Accordingly, section 18 of the Regulations states: <sup>a</sup>

Aussi, l'article 18 du Règlement dispose:

18. For the purposes of section 30 of the Act, an inmate shall be classified as

18. Pour l'application de l'article 30 de la Loi, le détenu reçoit, selon le cas:

- (a) maximum security . . . ;
- (b) medium security . . . ; and
- (c) minimum security . . . .

- <sup>b</sup> a) la cote de sécurité maximale . . . ;
- b) la cote de sécurité moyenne . . . ;
- c) la cote de sécurité minimale . . .

The applicant therefore submits that neither the Act nor the Regulations give authority for the construction and habitation of institutions operating at a higher security level than maximum security institutions.

<sup>c</sup> Le requérant en conclut que ni la Loi ni le Règlement ne confèrent le pouvoir de construire et d'exploiter des établissements à un niveau de sécurité plus élevé que les établissements à sécurité maximale.

I do not agree with the applicant that the new legislation allows him to question the legality of the existence of special handling units. Section 18 of the Regulations and section 30 of the Act provide a scale of levels of security by which an inmate should be classified. This security classification pertains to the individual inmate and does not claim to describe the levels of security attributed to a particular penitentiary nor does it provide any authority for the construction of any institution, be it maximum, medium or minimum. The applicant, at all times, was classified as "maximum", although he was maintained in a different institution than "ordinary" maximum institutions. The security classification of the inmate does not necessarily identify the institution.

<sup>d</sup> Je ne puis souscrire à l'avis du requérant voulant que la nouvelle législation lui permette de remettre en cause la légalité de l'existence des unités spéciales de détention. L'article 18 du Règlement et l'article 30 de la Loi établissent les niveaux de sécurité pouvant être assignés à un détenu. La cote de sécurité s'attache à la personne du détenu et elle ne vise pas à déterminer les niveaux de sécurité attribués à un pénitencier en particulier. Elle ne confère non plus aucun pouvoir en ce qui a trait à la construction des établissements, fussent-ils à sécurité maximale, moyenne ou minimale. À toutes les périodes en cause, le requérant a reçu la cote «maximale», bien qu'il ait été gardé dans un établissement différent des établissements à sécurité <sup>e</sup> maximale <sup>f</sup> «ordinaires» <sup>g</sup>.

In fact, the Act authorizes the placement of an inmate in any penitentiary. Section 11 of the Act provides:

<sup>h</sup> En fait, la Loi autorise le placement d'un détenu dans n'importe quel pénitencier. L'article 11 de la Loi dispose en effet:

11. A person who is sentenced, committed or transferred to penitentiary may be received into any penitentiary, and any designation of a particular penitentiary in the warrant of committal is of no force or effect. [My emphasis.]

<sup>i</sup> 11. La personne condamnée ou transférée au pénitencier peut être écrouée dans n'importe quel pénitencier, toute désignation d'un tel établissement ou lieu dans le mandat de dépôt étant sans effet. [Non souligné dans l'original.]

Guidelines for the determination of the appropriate institution can be found in section 28 of the Act:

<sup>j</sup> Les principes devant guider la désignation de l'établissement approprié sont énoncés à l'article 28 de la Loi:

28. Where a person is, or is to be, confined in a penitentiary, the Service shall take all reasonable steps to ensure

28. Le Service doit s'assurer, dans la mesure du possible, que le pénitencier dans lequel est incarcéré le détenu

that the penitentiary in which the person is confined is one that provides the least restrictive environment for that person, taking into account

(a) the degree and kind of custody and control necessary for

- (i) the safety of the public,
- (ii) the safety of that person and other persons in the penitentiary, and
- (iii) the security of the penitentiary;

(b) accessibility to

- (i) the person's home community and family,
- (ii) a compatible cultural environment, and
- (iii) a compatible linguistic environment; and

(c) the availability of appropriate programs and services and the person's willingness to participate in those programs.

Section 28 of the Act is, in essence, the same as the old section 13 of the Regulations in which it provided:

13. The inmate shall, in accordance with directives, be confined in the institution that seems most appropriate having regard to

- (a) the degree and kind of custodial control considered necessary or desirable for the protection of society, and
- (b) the program of correctional training considered most appropriate for the inmate.<sup>4</sup>

Holland J. in *Chester*<sup>5</sup> confirmed the validity of special handling units as falling within the scope of section 13. He stated, at page 136:

Section 13 of the regulations, in my view, authorizes the establishment of the S.H.U. by reason of the requirement that an inmate be confined to an institution with facilities capable of providing protection to the public and rehabilitation to the inmate. The definition of an institution under the regulations (which is the same as the definition of penitentiary under the Act) includes a "facility of any description . . . that is operated by the Service for the custody, treatment or training of persons sentenced or committed to a penitentiary . . ." In my view, an S.H.U. is a facility of that kind and therefore, is an institution under s. 13. In addition, it is my view that the word "society" is not restricted to members of the public living in the community but also includes the guards and other inmates in the penitentiary.

I must agree with Holland J. that special handling units are necessary to provide for the protection of the

constitue le milieu le moins restrictif possible, compte tenu des éléments suivants:

a) le degré de garde et de surveillance nécessaire à la sécurité du public, à celle du pénitencier, des personnes qui s'y trouvent et du détenu;

b) la facilité d'accès à la collectivité à laquelle il appartient, à sa famille et à un milieu culturel et linguistique compatible;

c) l'existence de programmes et services qui lui conviennent et sa volonté d'y participer.

L'article 28 de la Loi reprend essentiellement l'ancien article 13 du Règlement, lequel disposait:

13. Le détenu doit, conformément aux directives, être incarcéré dans l'institution qui semble la plus appropriée, compte tenu

- a) du degré et la nature de la surveillance jugée nécessaire ou désirable pour la protection de la société; et
- b) du programme de traitement disciplinaire jugé le plus approprié au détenu<sup>4</sup>.

Dans la décision *Chester*<sup>5</sup>, le juge Holland a confirmé la validité des unités spéciales de détention dans le cadre de l'article 13. Il a dit ceci, à la page 136:

[TRADUCTION] À mon avis, l'article 13 du Règlement autorise l'établissement d'U.S.D. à cause de l'exigence voulant que le détenu soit incarcéré dans un établissement doté d'installations propres à assurer à la fois sa réhabilitation et la protection du public. Dans le règlement, le terme «institution» (qui reprend la définition de «pénitencier» figurant dans la Loi) comprend «un aménagement de quelque genre que ce soit . . . que dirige le Service pour la garde, le traitement ou la formation des personnes condamnées ou envoyées au pénitencier. . . » À mon avis, une USD est un aménagement de ce genre et, partant, une institution au sens de l'art. 13. De plus, je suis d'avis que le mot «société» n'est pas limité aux membres du public vivant dans la communauté mais qu'il inclut également les gardiens et les autres détenus du pénitencier.

À l'instar du juge Holland, je dois convenir de la nécessité des unités spéciales de détention pour assurer

public, which includes staff of the penitentiary and other inmates. I therefore conclude that the existence of the Special Handling Unit is legal.

2. The authority to transfer an inmate from the SHU

The applicant argues that the transfer to the SHU is unlawful as having been taken by other than the competent legal authority.

MacGuigan J.A., in his majority judgment in *Morin v. National SHU Review Committee*,<sup>6</sup> stated, at page 17:

Nevertheless, the only legal authority with respect to transfers to SHU's appears to be found in subsection 40(1), which puts the responsibility squarely on the institutional director or his lawful deputy. . . .

However, in the light of the fact that the parties did not argue the legality of the Commissioner's Directives and the further fact that the appellant appeared to concede the lawfulness of the initial SHU confinement, I believe I should refrain from deciding the case on this ground.

I do not agree with the applicant. The power to transfer an inmate from the Special Handling Unit to another penitentiary does not belong to the Head of the Penitentiary (who orders transfers into administrative segregation under section 31) but is clearly within the power of the Board in accordance with section 29 of the Act, section 5 of the Regulations, and the Commissioner's Directive, No. 551. This was confirmed by the Supreme Court of Canada in *Gaudet v. Marchand*,<sup>7</sup> in which the Court held that the Commissioner may delegate his power of transfer to a staff member. As section 29 grants the Commissioner power to transfer inmates from one penitentiary to another, section 5 of the Regulations provides:

5. (1) A staff member who is designated by name or position for that purpose in Commissioner's Directives may exercise powers, perform the duties or carry out the functions that are assigned to the Commissioner by any of the following provisions of the Act:

...

(b) section 29; ...

la protection du public, ce qui inclut le personnel du pénitencier et les autres détenus. J'en viens donc à la conclusion que l'existence de l'unité spéciale de détention est légale.

2. Le pouvoir de transférer un détenu de l'USD

Le requérant soutient que le transfèrement à l'unité spéciale de détention est illégale en ce que la décision émane d'une autorité autre que l'autorité légale compétente.

Dans l'arrêt *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'USD*<sup>6</sup>, le juge MacGuigan, J.C.A., s'est exprimé ainsi au nom de la Cour à la majorité, à la page 17:

Néanmoins, il semble que le seul fondement légal du pouvoir de transfert des détenus dans une USD se trouve au paragraphe 40(1) qui en confère expressément la responsabilité au chef de l'institution ou à son adjoint légitime . . .

Cependant, comme les parties n'ont pas débattu de la légalité des Directives du commissaire et qu'en outre l'appelant paraît admettre la légalité de son transfert initial dans l'USD, il serait préférable, à mon avis, que je m'abstienne de décider du litige en me fondant sur ce motif.

Je ne suis pas d'accord avec le requérant. Le pouvoir de transférer un détenu de l'unité spéciale de détention dans un autre pénitencier n'appartient pas au directeur du pénitencier (lequel ordonne l'isolement préventif en vertu de l'article 31) mais bien au Comité en vertu de l'article 29 de la Loi, de l'article 5 du Règlement et de la Directive du commissaire, n° 551. La Cour suprême du Canada l'a confirmé dans l'arrêt *Gaudet c. Marchand*<sup>7</sup>, où l'on a conclu que le commissaire peut déléguer son pouvoir de transfèrement à un agent. Tout comme l'article 29 qui confère au commissaire le pouvoir de transférer des détenus d'un pénitencier à un autre, l'article 5 du Règlement dispose:

5. (1) L'agent désigné à cette fin par directive du commissaire, soit expressément, soit en fonction du poste que l'agent occupe, peut exercer les pouvoirs et fonctions attribués au commissaire en vertu des dispositions suivantes de la Loi:

...

b) l'article 29; ...

Section 31 of the Act and section 19 of the Regulations referred to by counsel for the applicant, have no application in this case as those sections deal with the segregation of inmates who are already held in the Special Handling Unit. The conditions surrounding segregation are different than the conditions prevailing in the general population of the Special Handling Unit. The September 2, 1994 decision was simply to keep the applicant in the Special Handling Unit and not to segregate him as provided by section 31 of the Act and section 19 of the Regulations.

### 3. Procedural Fairness

The applicant requested a personal appearance with his lawyer before the Board. On the facts, he was not advised that the Board was meeting on September 2, 1994, nor was he invited to submit written representations.

The respondents argue that the Supreme Court of Canada has explained that the content of the obligations imposed by procedural equity will vary according to the circumstances. There is, therefore, no obligation on the Board to have the applicant appear in person. In *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*,<sup>8</sup> the Court stated, at page 654:

The question, of course, is what the duty of procedural fairness may reasonably require of an authority in the way of specific procedural rights in a particular legislative and administrative context and what should be considered to be a breach of fairness in particular circumstances. The caution with which this question must be approached in the context of prison administration was emphasized by this Court in *Martineau (No. 2)*, *supra*. Pigeon J., with whom Martland, Ritchie, Beetz, Estey and Pratte JJ. concurred, said at p. 637:

I must, however, stress that the Order issued by Mahoney J. deals only with the jurisdiction of the Trial Division, not with the actual availability of the relief in the circumstances of the case. This is subject to the exercise of judicial discretion and in this respect it will be essential that the requirements of prison discipline be borne in mind, just as it is essential that the requirements of the effective administration of criminal justice be borne in mind when dealing with applications for *certiorari* before trial, as pointed out in *Attorney General of Quebec v. Cohen* ([1979] 2 S.C.R. 305). It is specially important that the remedy be granted only in cases of serious injustice and that proper care be

L'article 31 de la Loi et l'article 19 du Règlement, qu'a invoqués l'avocat du requérant, ne s'appliquent pas en l'espèce car ils traitent tous deux de l'isolement de détenus déjà incarcérés dans une unité spéciale de détention. Les conditions de l'isolement diffèrent de celles auxquelles est assujettie l'ensemble de la population de l'unité spéciale de détention. Or la décision du 2 septembre 1994 visait seulement à laisser le requérant dans l'unité spéciale de détention et non à l'isoler comme le prévoient les articles 31 de la Loi et 19 du Règlement.

### 3. L'équité procédurale

Le requérant a demandé à comparaître en personne devant le Comité, accompagné de son avocat. D'après les faits, il n'a été ni avisé que le Comité se réunissait le 2 septembre 1994, ni invité à soumettre des observations écrites.

Les intimés font valoir que, suivant les explications de la Cour suprême du Canada, la teneur des obligations qu'impose l'équité procédurale variera selon les circonstances. Le Comité n'a donc aucune obligation de faire comparaître le requérant en personne. Dans l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*<sup>8</sup>, la Cour a dit ce qui suit, à la page 654:

Évidemment, il s'agit de déterminer ce que l'obligation de respecter l'équité dans la procédure peut raisonnablement exiger des autorités en tant que droit précis en matière de procédure dans un contexte législatif et administratif donné et ce qui devrait être considéré comme une violation de l'équité dans des circonstances particulières. Cette Cour a souligné, dans l'arrêt *Martineau (N° 2)*, précité, la prudence avec laquelle il faut aborder cette question dans le contexte de l'administration carcérale. Le juge Pigeon, aux motifs duquel les juges Martland, Ritchie, Beetz, Estey et Pratte ont souscrit, dit à la p. 637:

Je dois cependant souligner que l'ordonnance rendue par le juge Mahoney ne porte que sur la compétence de la Division de première instance, non sur la question de savoir si le redressement devrait être accordé dans les circonstances de l'espèce. Cela dépendra de l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire et, à cet égard, il sera essentiel de garder à l'esprit les exigences de la discipline carcérale, tout comme il est essentiel de garder à l'esprit les exigences de l'administration efficace de la justice pénale lorsqu'on traite de demandes de *certiorari* avant le procès, comme cela vient d'être souligné dans *Le Procureur général de la province de Québec c. Cohen* ([1979] 2 R.C.S. 305). Il est particulière-



taken to prevent such proceedings from being used to delay deserved punishment so long that it is made ineffective, if not altogether avoided.

The Court added:

The issue then is what did procedural fairness require of the Director in exercising his authority, pursuant to s. 40 of the *Penitentiary Service Regulations*, to continue the administrative dissociation or segregation of the appellants, despite the recommendation of the Board, if he was satisfied it was necessary or desirable for the maintenance of good order and discipline in the institution. I agree with McEachern C.J.S.C. and Anderson J.A. that because of the serious effect of the Director's decision on the appellants, procedural fairness required that he inform them of the reasons for his intended decision and give them an opportunity, however informal, to make representations to him concerning these reasons and the general question whether it was necessary or desirable to continue their segregation for the maintenance of good order and discipline in the institution.<sup>9</sup>

According to the respondents, the applicant had plenty of opportunity to submit written representations to the Board before it made its decision on September 2, 1994.

While I agree with the respondents that procedural fairness does not create the requirement of personal attendance in every case, the decision in *Cardinal* confirms that whenever the process would not cause undue hardship to the administration of the correctional system, the inmate should be allowed to make representations when a decision affects his rights, interest or privileges.

In the present case, not only was the applicant not informed of the date when his case would be reviewed, but his counsel's request to be present with the applicant remained unanswered.

I cannot find that it would have created an undue burden for the administration to have informed him of the date and to have given him, if not the right to be present, the opportunity to make written representations.

ment important de n'accorder ce redressement que dans des cas d'injustice grave et de bien veiller à ce que ces procédures ne servent pas à retarder le châtimeut mérité au point de le rendre inefficace, sinon de l'éviter complètement.

a Et la Cour d'ajouter:

La question est donc de savoir ce que l'équité dans la procédure exigeait du directeur dans l'exercice de son pouvoir, en application de l'art. 40 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, de maintenir la ségrégation ou l'isolement administratifs des appelants, malgré la recommandation du Conseil, s'il était convaincu qu'elle était nécessaire ou souhaitable pour le maintien du bon ordre et de la discipline dans l'établissement. Je suis d'accord avec le juge en chef McEachern et le juge Anderson de la Cour d'appel qu'à cause des effets graves de la décision du directeur pour les appelants, l'équité dans la procédure exigeait qu'il leur fasse connaître les motifs de sa décision prochaine et leur donne la possibilité, même de façon informelle, de lui présenter des arguments relatifs à ces motifs et à la question générale de savoir s'il était nécessaire ou souhaitable de maintenir leur ségrégation pour assurer l'ordre et la discipline dans l'établissement<sup>9</sup>.

Selon les intimés, le requérant a eu pleinement l'occasion de soumettre des observations écrites au Comité avant que celui-ci ne rende sa décision le 2 septembre 1994.

Bien que je convienne avec les intimés que l'équité procédurale n'exige pas qu'il y ait comparution en personne dans tous les cas, l'arrêt *Cardinal* confirme que chaque fois que la procédure ne constitue pas une contrainte excessive pour l'administration du système correctionnel, le détenu devrait être autorisé à présenter des observations lorsqu'une décision met en cause ses droits, ses intérêts ou ses privilèges.

Dans la présente espèce, non seulement le requérant n'a pas été avisé de la date à laquelle son cas serait réexaminé, mais la demande de son avocat d'être présent avec lui est restée sans réponse.

Je ne puis voir en quoi le fait d'aviser le requérant de la date et de lui donner sinon le droit d'être présent, du moins la possibilité de présenter des observations écrites, aurait constitué une contrainte excessive pour l'administration.

The respondents have failed to meet the requirements of procedural fairness.

Les intimés n'ont pas satisfait aux exigences de l'équité procédurale.

#### 4. The least restrictive setting

#### 4. Le milieu le moins restrictif possible

The applicant submits that the respondents have an obligation to detain the applicant at the appropriate level of security in the least restrictive setting possible. The applicant has been classified by the respondents as a maximum security inmate and he argues that his detention above the level of maximum security violates the Act.

Le requérant soutient que les intimés ont l'obligation de le détenir au niveau approprié de sécurité dans le milieu le moins restrictif possible. Les intimés lui ayant assigné la cote de sécurité maximale, il fait valoir que sa détention à un niveau plus élevé contrevient à la Loi.

At the risk of being repetitive, section 28 of the Act provides:

Au risque de me répéter, je reprendrai le texte de l'article 28 de la Loi:

28. Where a person is, or is to be, confined in a penitentiary, the Service shall take all reasonable steps to ensure that the penitentiary in which the person is confined is one that provides the least restrictive environment for that person, taking into account

28. Le Service doit s'assurer, dans la mesure du possible, que le pénitencier dans lequel est incarcéré le détenu constitue le milieu le moins restrictif possible, compte tenu des éléments suivants:

(a) the degree and kind of custody and control necessary for

a) le degré de garde et de surveillance nécessaire à la sécurité du public, à celle du pénitencier, des personnes qui s'y trouvent et du détenu;

- (i) the safety of the public,
- (ii) the safety of that person and other persons in the penitentiary, and
- (iii) the security of the penitentiary;

b) la facilité d'accès à la collectivité à laquelle il appartient, à sa famille et à un milieu culturel et linguistique compatible;

(b) accessibility to

- (i) the person's home community and family,
- (ii) a compatible cultural environment, and
- (iii) a compatible linguistic environment; and

c) l'existence de programmes et services qui lui conviennent et sa volonté d'y participer.

(c) the availability of appropriate programs and services and the person's willingness to participate in those programs.

In *Miller*, the Court agreed with the then Commissioner's Directive No. 274 that some inmates, in addition to requiring maximum security, needed further restraint as they were identified as being particularly dangerous. Currently, the Commissioner's Directive, No. 551 provides that special handling units are created to provide an environment in which dangerous inmates may be motivated to behave in a more responsible manner.

Dans l'arrêt *Miller*, la Cour a reconnu que, comme le disait alors la Directive du commissaire, n° 274, certains détenus, en plus de répondre aux critères de sécurité maximale, nécessitent une surveillance plus sévère parce qu'ils ont été reconnus comme particulièrement dangereux. L'actuelle Directive du commissaire, n° 551 prévoit la constitution d'unités spéciales de détention pour créer un milieu où on encourage les détenus dangereux à agir de façon plus responsable.

As I have previously observed, SHU's are legal in that they deal with inmates who, taking into account

Comme je l'ai souligné précédemment, les USD sont légales en ce qu'on y incarcère les détenus qui,

all elements of section 28, need further restraint as they are considered more “dangerous” than inmates in the general population at a maximum security penitentiary.

The applicant was identified as a dangerous inmate after his involvement in a hostage-taking incident in a Saskatchewan penitentiary. One can easily conclude that his transfer to the SHU after such an event was “reasonable” according to the standards of section 28. In any event, the decision before me is not his original transfer to the SHU, but rather the decision to maintain him in such institution.

The ongoing maintenance of the applicant in the SHU must also be conducted in accordance with the requirements of section 28. The obligation imposed by the Act to “take all reasonable steps to ensure that the penitentiary in which the person is confined is one that provides the least restrictive environment” (my emphasis) is a continuing duty not restricted to the moment at which an inmate is first transferred.

The September 2, 1994 decision to maintain the applicant in the SHU also had to be “reasonable” in order to ensure that the applicant was confined in the “least restrictive environment”. What was reasonable in the circumstances is not obvious. The recommendation that the applicant be transferred back to a lower institution dates back to March 12, 1993. As a matter of fact, it was recommended that he be transferred to the Prairie Regional Psychiatric Centre in Saskatoon. However, on July 8, 1993 the Board felt he should be transferred to Kent Institution and held that opinion until January 31, 1994, when it refused the transfer in its entirety, instead requiring the applicant to follow an anger management program at the SHU.

The respondents have admitted that the change of heart as to the transfer was due to a policy change that required inmates to follow an anger management

compte tenu de tous les éléments de l'article 28, nécessitent une surveillance plus sévère parce qu'ils sont considérés comme plus «dangereux» que l'ensemble des autres détenus dans un pénitencier à sécurité maximale.

Le requérant a été reconnu comme un détenu dangereux après sa participation à une prise d'otage dans un pénitencier de la Saskatchewan. On peut aisément conclure que son transfèrement à l'USD après cet incident était «raisonnable» suivant les normes de l'article 28. Quoi qu'il en soit, la décision qui m'est soumise n'est pas celle de son transfèrement initial à l'USD, mais bien la décision de le laisser dans cette unité.

Le maintien du requérant dans l'USD doit également être conforme aux critères de l'article 28. L'obligation qui y est imposée de «s'assurer, dans la mesure du possible, que le pénitencier dans lequel est incarcéré le détenu constitue le milieu le moins restrictif possible» (non souligné dans l'original) est une obligation à caractère continu qui ne se limite pas au moment auquel le détenu est transféré pour la première fois.

La décision du 2 septembre 1994 de laisser le requérant dans l'USD devait elle aussi être «raisonnable» de manière à ce que le requérant soit incarcéré dans «le milieu le moins restrictif possible». Or ce qui était raisonnable dans les circonstances n'apparaît pas évident. La recommandation voulant que le requérant soit ramené dans un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé remonte au 12 mars 1993. De fait, il était recommandé qu'il soit transféré au Centre psychiatrique régional des Prairies à Saskatoon. Toutefois, le 8 juillet 1993, le Comité a estimé qu'il devait être transféré à l'établissement de Kent, opinion qu'il a maintenue jusqu'au 31 janvier 1994, date à laquelle il a refusé tout transfèrement, exigeant plutôt du requérant qu'il suive un programme de maîtrise de la colère offert dans l'USD.

Les intimés ont admis que le changement d'avis au sujet du transfèrement était attribuable à un changement de politique, laquelle obligeait désormais les

program. If it were not for the applicant's own refusal of the transfer to Kent Institution, he would have been transferred on September 28, 1993. Despite his refusal, the authorities still held the opinion that the applicant be transferred to Kent Institution.

Was it "reasonable" to impose this new policy requirement on the applicant whose behaviour did not warrant his maintenance in the SHU? The respondents may have believed it to be reasonable. However, imposing new rules on a decision in process raises a question of law as to arbitrariness.

##### 5. Arbitrariness of the decision

Both parties agree that the applicant was refused a transfer to a lower security institution because he had not complied with specific programming requirements. The evidence shows that the respondents abandoned their positive evaluation once a new national policy relating to programming requirements was implemented and not followed by the applicant. A January 1994 report, prepared by Correctional Services Canada, stated that greater importance should be placed on program participation of SHU inmates before they are transferred to a lower security institution.

The applicant argues that the September 2, 1994 decision was arbitrary and unfair because it relied solely on the implementation of new rules after the applicant had satisfied the old ones. Furthermore, the refusal was not based on the misbehaviour of the applicant.

The issue that this raises is whether or not it is arbitrary or unfair to impose new conditions upon transfer procedures when in fact a final decision has been made and this in light of the absence of any misconduct of the applicant?

The question of imposing new rules on an inmate was examined by Muldoon J. in *Hay v. Nat. Parole Bd.*<sup>10</sup> Hay had been transferred from a minimum security institution to a maximum security institution

détenus à participer à un programme de maîtrise de la colère. N'eût-été son propre refus d'aller à l'établissement de Kent, le requérant aurait été transféré le 28 septembre 1993. Malgré ce refus, les autorités étaient toujours d'avis qu'il devait être transféré à l'établissement de Kent.

Était-il «raisonnable» d'imposer cette nouvelle exigence au requérant dont la conduite ne justifiait pas le maintien dans l'USD? Les intimés ont pu le croire. Toutefois, l'imposition de nouvelles règles en cours de décision soulève une question de droit, savoir le caractère arbitraire de cette décision.

##### 5. Caractère arbitraire de la décision

Les deux parties conviennent que le requérant s'est vu refuser le transfèrement dans un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé pour ne pas s'être conformé aux exigences quant à sa participation à certains programmes. Il ressort en effet de la preuve que les intimés sont revenus sur leur évaluation positive après l'implantation d'une nouvelle politique nationale en matière de programmes à suivre et le refus du requérant de s'y conformer. Un rapport préparé par le Service correctionnel du Canada en janvier 1994 recommandait d'accorder une plus grande importance à la participation des détenus des USD aux programmes offerts avant de les transférer dans un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé.

Le requérant soutient que la décision du 2 septembre 1994 était arbitraire et inéquitable au motif qu'elle reposait uniquement sur l'application de nouvelles règles alors qu'il s'était conformé aux anciennes. De plus, le refus n'était pas fondé sur son inconduite.

La question ainsi soulevée est de savoir s'il est arbitraire et inéquitable d'imposer de nouvelles conditions en matière de transfèrement lorsqu'une décision définitive a été arrêtée dans les faits, et cela en l'absence d'inconduite de la part du requérant?

La question de l'imposition de nouvelles règles à un détenu a été examinée par le juge Muldoon dans la décision *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles*<sup>10</sup>. Hay avait été transféré d'un établis-

as a result of change in policy. The only reason for the transfer was the policy change and there was no allegation of misconduct on the inmate's part. Muldoon J. stated, at page 27:

Whether or not it was made in good faith, the decision to transfer the applicant from the Saskatchewan Farm Institution back to the penitentiary was arbitrary and unfair. In light of the well founded notion of "a prison within a prison", transfers from open to close or closer custody can certainly engage the provisions of ss. 7 and 9 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. The decision to effect such an involuntary transfer, without any fault or misconduct on the part of the inmate, as it is abundantly clear was done in the applicant's case is the quintessence of unfairness and arbitrariness.

It may be that the policy change invoked by the respondents affects a contemplated class of inmates, but that, in the absence of fault, cannot prevail over the inmate's individually guaranteed legal rights.

He added, at pages 27-28:

... having clearly earned the privilege of being placed in the farm annex, this applicant despite his serious crimes in 1977, is not to be moved about like cordwood, simply because he is in a class of inmates contemplated by the change of policy in 1984.

Muldoon J. spoke of a "privilege" having been earned by the inmate as no misconduct justified any transfer from one institution to another.

In *Gaw v. Commr. of Corrections*,<sup>11</sup> the applicant applied for an order compelling the Commissioner to comply with an investigation procedure that he had undertaken to follow. The Commissioner had informed the applicant that if a preliminary investigation concluded that a further inquiry was necessary, a formal hearing would take place. However, the Commissioner later informed the applicant that no formal hearing would occur. Dubé J. stated, at page 140:

It has been clearly established by the jurisprudence that a public authority is bound by its undertakings as to the procedure it will follow, provided the procedure does not

sement à sécurité minimale à un établissement à sécurité maximale par suite d'un changement de politique. C'était la seule raison du transfèrement et il n'y avait aucune allégation d'inconduite de la part du détenu. Le juge Muldoon s'est exprimé comme suit, à la page 27:

Qu'elle ait été prise de bonne foi ou non, la décision de ramener le requérant de la ferme du pénitencier de la Saskatchewan au pénitencier était arbitraire et inéquitable. Compte tenu du concept bien établi de la «prison au sein d'une prison», il peut y avoir lieu d'appliquer les art. 7 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés lorsque des détenus passent d'une garde en milieu ouvert à une garde en milieu fermé ou sous surveillance très étroite. La décision d'effectuer un tel transfèrement sans le consentement du détenu et sans qu'il n'y ait faute ou mauvaise conduite de sa part, comme ce fut manifestement le cas pour le requérant, constitue l'exemple par excellence de la partialité et de l'arbitraire.

Il est possible que le changement de politique invoqué par les intimés touche une catégorie déterminée de détenus mais, en l'absence de faute, il ne peut prévaloir sur les droits individuels garantis au détenu par la loi.

Il a ajouté, toujours aux pages 27 et 28:

... vu qu'il a manifestement mérité le privilège d'être placé à la ferme pénitentiaire et malgré les crimes graves qu'il a commis en 1977, le requérant ne doit pas être déplacé comme un pion simplement parce qu'il fait partie d'une catégorie de détenus visés par le changement de politique en 1984.

Le juge Muldoon parlait d'un «privilège» qu'a mérité le détenu alors qu'aucune inconduite ne justifiait son transfèrement d'un établissement à un autre.

Dans l'affaire *Gaw c. Commissaire aux services correctionnels*<sup>11</sup>, le requérant demandait une ordonnance enjoignant au commissaire de se conformer à une procédure d'enquête qu'il s'était engagé à suivre. Ce dernier avait en effet avisé le requérant que si, après enquête préliminaire, un examen plus poussé s'avérait nécessaire, il y aurait alors tenue d'une audience formelle. Par la suite toutefois, le commissaire a avisé le requérant qu'il n'y aurait pas d'audience formelle. Le juge Dubé a dit ceci, à la page 140:

La jurisprudence a clairement établi que les pouvoirs publics sont tenus de se conformer à leurs engagements quant à la procédure qu'ils suivront, à condition que cela ne

conflict with its duty. When a public authority has promised to follow a certain procedure and an interested person relied and acted upon that promise, it is not in the interest of good administration nor is it in the interest of fairness, to disregard that promise and to deal with that person by way of a procedure different from the one the public body committed itself to follow. One does not change the rules in the middle of the game, especially where the basic rights of a person are at play. [My emphasis.]

From March of 1993 until January of 1994, a recommendation for transfer to a lower security institution stood in the applicant's file. This decision was based on periodical evaluations. It meant that the risk posed by the applicant was not high enough to maintain him in a SHU. He was no longer considered as "dangerous inmate" to be kept in the SHU.

New rules or policies should not apply to a process which has concluded that an inmate qualified for a transfer to a lower security institution. We must speak here of a process since an inmate transfer decision is always subject to the conduct of the inmate. In the context of inmate transfers, a positive decision can be altered if there is evidence of misconduct on the part of the inmate before the execution of the transfer. However, this was not the case. There is no evidence of misconduct on his part which could have prompted the September 2, 1994, decision. The applicant clearly had earned, if not the right, then the privilege of being transferred to a lower institution. With no evidence of change of behaviour on the part of the applicant, it is arbitrary in my view for the respondents to abandon a positive evaluation based solely on the introduction of new policies. The decision of September 2, 1994, is therefore quashed.

The last valid decision rendered by the Board, before the new rules were implemented, dates back to November 12, 1993 in which it recommended transfer to Kent Institution. That decision therefore stands.

contrevienne pas à leurs obligations. Lorsqu'un pouvoir public a promis de suivre une certaine procédure et que la personne intéressée s'est fiée à cette promesse et a agi en fonction de celle-ci, il n'est ni dans l'intérêt de la bonne administration de la justice ni dans celui de l'équité de passer outre à cette promesse et de traiter le cas de cette personne en suivant une autre procédure que celle que l'organisme public s'était lui-même engagé à suivre. Il ne faut pas changer les règles du jeu en cours de route, en particulier lorsque les droits fondamentaux d'une personne sont en cause. [Non souligné dans l'original.]

De mars 1993 à janvier 1994, une recommandation de transfèrement dans un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé figurait au dossier du requérant. Cette décision était fondée sur des évaluations périodiques. Elle signifiait que le risque que posait le requérant n'était pas suffisamment grand pour le laisser dans une USD. Il n'était donc plus considéré comme un «détenu dangereux» devant être gardé dans l'USD.

Il ne convient pas d'appliquer de nouvelles règles ou de nouvelles politiques à un processus dont il résulte qu'un détenu est admissible à un transfèrement dans un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé. Il s'agit bien en l'occurrence d'un processus puisque la décision de transférer un détenu est toujours fonction de sa conduite. Ainsi, une décision positive peut être modifiée s'il y a preuve d'inconduite de la part du détenu avant que ne soit effectué le transfèrement. En l'espèce toutefois, cela n'a pas été le cas. Il n'y a aucune preuve d'inconduite de la part du requérant qui ait pu donner lieu à la décision du 2 septembre 1994. Celui-ci avait manifestement mérité, sinon le droit, du moins le privilège d'être transféré dans un établissement d'un niveau de sécurité moins élevé. En l'absence de preuve de changement dans la conduite du requérant, les intimés ont, à mon avis, agi de façon arbitraire en revenant sur une évaluation positive du seul fait de l'introduction d'une nouvelle politique. La décision du 2 septembre 1994 est en conséquence annulée.

La dernière décision valide du Comité, avant l'implantation des nouvelles règles, est celle au 12 novembre 1993 par laquelle il avait recommandé le transfèrement à l'établissement de Kent. Cette décision est donc maintenue.

Correctional Services Canada is therefore ordered to transfer the applicant to a maximum security penitentiary without delay unless the applicant has committed any misconduct that would justify denying him the transfer. The choice of the institution is that of the respondents and not of the applicant since, on the practical side, it may no longer be possible to send the applicant to Kent Institution.

Il est en conséquence ordonné au Service correctionnel du Canada de transférer le requérant sans délai dans un pénitencier à sécurité maximale, à moins que celui-ci ne commette une inconduite qui justifierait qu'on lui refuse le transfèrement. Le choix de l'établissement relève des intimés et non du requérant étant donné qu'en pratique, il n'est peut-être plus possible d'envoyer celui-ci à l'établissement de Kent.

<sup>1</sup> [1985] 2 S.C.R. 613.

<sup>2</sup> S.C. 1992, c. 20.

<sup>3</sup> SOR/92-620.

<sup>4</sup> *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251.

<sup>5</sup> *R. v. Chester* (1984), 5 Admin. L.R. 111 (Ont. H.C.).

<sup>6</sup> [1985] 1 F.C. 3 (C.A.).

<sup>7</sup> [1994] 3 S.C.R. 514; affg (1994), 63 Q.A.C. 286 (C.A.).

<sup>8</sup> [1985] 2 S.C.R. 643.

<sup>9</sup> *Ibid.*, at p. 659.

<sup>10</sup> (1985), 13 Admin. L.R. 17 (F.C.T.D.).

<sup>11</sup> (1986), 19 Admin. L.R. 137 (F.C.T.D.).

<sup>1</sup> [1985] 2 R.C.S. 613.

<sup>2</sup> L.C. 1992, ch. 20.

<sup>3</sup> DORS/92-620.

<sup>4</sup> *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., ch. 1251.

<sup>5</sup> *R. v. Chester* (1984), 5 Admin. L.R. 111 (H.C. Ont.).

<sup>6</sup> [1985] 1 C.F. 3 (C.A.).

<sup>7</sup> [1994] 3 R.C.S. 514; confirmant (1994), 63 Q.A.C. 286 (C.A.).

<sup>8</sup> [1985] 2 R.C.S. 643.

<sup>9</sup> *Ibid.*, à la p. 659.

<sup>10</sup> (1985), 13 Admin. L.R. 17 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>11</sup> (1986), 19 Admin. L.R. 137 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

T-1284-92

T-1284-92

Canadian Jewish Congress (*Applicant*)Congrès juif canadien (*requérant*)

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration <sup>a</sup>  
(*Respondent*)Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (*intimé*)INDEXED AS: CANADIAN JEWISH CONGRESS v. CANADA  
(MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)RÉPERTORIÉ: CONGRÈS JUIF CANADIEN c. CANADA (MINIS-  
TRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)Trial Division, Heald D.J. — Toronto, August 30 and  
31; Ottawa, October 4, 1995.Section de première instance, juge suppléant  
Heald — Toronto, 30 et 31 août; Ottawa, 4 octobre  
1995.

*Access to information — Application under Access to Information Act, s. 41 to review Minister's denial of request for release of records on immigration status of former Nazi collaborator — Documents contained in main record, secret record — Whether requested information "personal information" under Act, s. 19(1) — Under s. 49, Court must first determine head of institution not authorized to refuse disclosure, then decide on appropriate remedy — Minister admitting error in law in deciding main record exempt from disclosure under s. 19(2) — Mandatory, discretionary exemptions distinguished — S. 19(2) setting out discretionary exemption from disclosure — Information request as to main record referred back to Minister for redetermination by different delegate — Decision to refuse disclosure of documents in secret record upheld.*

*Accès à l'information — Recours exercé en vertu de l'art. 41 de la Loi sur l'accès à l'information en vue de faire réviser la décision par laquelle le ministre a refusé une demande de communication des dossiers se rapportant au statut d'immigrant d'un ancien collaborateur nazi — Documents contenus dans un dossier principal et dans un dossier secret — Les renseignements demandés constituent-ils des «renseignements personnels» au sens de l'art. 19(1) de la Loi? — Aux termes de l'art. 49, la Cour doit d'abord décider que le responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié de refuser la communication, puis déterminer la réparation appropriée — Le ministre a admis avoir commis une erreur de droit en décidant que le dossier principal faisait l'objet d'une exemption prévue à l'art. 19(2) — Distinction entre les exemptions obligatoires et les exemptions discrétionnaires — L'art. 19(2) prévoit une exemption discrétionnaire — La demande de renseignements relative au dossier principal est renvoyée au ministre pour qu'une nouvelle décision soit prise par un autre de ses représentants — La décision de refuser la communication des documents contenus dans le dossier secret est confirmée.*

*Practice — Privilege — Access to Information Act, s. 23 allowing head of institution to refuse disclosure of information subject to solicitor-client privilege — Meaning, scope of privilege — S. 23 discretionary exemption provision — Applicability of s. 25: severance provision — Nearly all documents in secret record subject to solicitor-client privilege — Minister properly exercising discretion in refusing disclosure of documents on basis of solicitor-client privilege.*

*Pratique — Communications privilégiées — L'art. 23 de la Loi sur l'accès à l'information permet au responsable d'une institution fédérale de refuser la communication de renseignements protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat — Sens et portée dudit privilège — L'art. 23 est une disposition qui renferme une exemption discrétionnaire — Applicabilité de l'art. 25 qui permet le prélèvement de certaines parties d'un document — La presque totalité des documents du dossier secret sont protégés par le secret professionnel de l'avocat — Le ministre a régulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant de divulguer des documents en raison du secret professionnel de l'avocat.*

This was an application under section 41 of the *Access to Information Act* to review the respondent's decision denying the applicant's request for the release of all records relating to the immigration status of Vladimir Sokolov, a Nazi collaborator who had fled to Canada from the United States

Il s'agit d'un recours exercé en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* en vue de faire réviser la décision par laquelle l'intimé a refusé la demande faite par le requérant en vue d'obtenir la communication de tous les dossiers se rapportant au statut d'immigrant de Vladimir



when facing deportation. In January 1992, a representative of the applicant wrote to an official of the respondent's department requesting information as to Mr. Sokolov's current immigration status; the official replied that the entire file came within the "personal information" exemption set out in subsection 19(1) of the Act and could not be disclosed pursuant to the exceptions set out in subsection 19(2). The Information Commissioner concurred in the respondent's refusal to release the information requested. Meanwhile, it became apparent that the immigration official's review of Mr. Sokolov's file, in January and February of 1992, did not include certain "secret records" then in existence. Subsequently, pursuant to the orders of Gibson J. and Jerome A.C.J., applicant's counsel was given access to all of the secret record, except those documents that the respondent claimed are subject to solicitor-client privilege. The respondent conceded that the Senior Public Rights Administrator erred in the exercise of her discretion in deciding that the main record was exempt from disclosure under subsection 19(2) of the Act. Two main issues were raised. The first issue concerned the main record: given the respondent's admission, should the applicant's request be referred back to the respondent to be redetermined by a different delegate of the Minister, or should the Court make a determination as to what portion of the main record is exempt from disclosure? The second issue concerned the secret record: did the respondent Minister err in deciding that the secret record was exempt from disclosure? If so, what is the appropriate remedy?

*Held*, the application should be allowed in part.

1) Before the Court acquires jurisdiction to make any order under section 49 of the Act, it must first determine that the head of the institution was not authorized to refuse disclosure. It is only once this determination is made that the Court must then decide what is an appropriate remedy. It is the usual course in these cases for the Court to review the disputed record, document by document if necessary, to determine whether the head of the institution was authorized to refuse disclosure. Taking into account the respondent's concession, it may be said that the head of the institution was not authorized to refuse to disclose the record or part thereof. Among the exemptions contained in the Act, some are mandatory, others discretionary. If the exemption provision is mandatory, there is only one type of decision: the factual decision as to whether the material comes within the description of the exempting provision. If the exemption provision is discretionary, there are two decisions to be reviewed by the Court. First, as in the case of a mandatory exemption, the Court shall review the record to determine whether the head of the institution erred in the factual decision as to whether or not the requested information fell

Sokolov, un collaborateur nazi qui s'était enfui des États-Unis au Canada par crainte d'y être expulsé. En janvier 1992, un représentant du requérant a écrit à un fonctionnaire du ministère intimé pour demander des renseignements au sujet du statut actuel d'immigrant de M. Sokolov; le fonctionnaire a répondu que tout le dossier était visé par l'exemption prévue au paragraphe 19(1) de la Loi en ce qui concerne les «renseignements personnels» et qu'il ne pouvait être communiqué en vertu des exceptions énumérées au paragraphe 19(2). Le Commissaire à l'information a approuvé le refus de l'intimé de communiquer les renseignements demandés. Dans l'intervalle, il est devenu évident que, lors de l'examen du dossier de M. Sokolov auquel il avait procédé en janvier et février 1992, le fonctionnaire de l'immigration n'avait pas examiné certains «dossiers secrets» qui existaient alors. Par la suite, en vertu d'ordonnances prononcées par le juge Gibson et le juge en chef adjoint Jerome, l'avocat du requérant a pu consulter tout le dossier secret, à l'exception des documents qui, selon ce qu'affirmait l'intimé, étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat. L'intimé a reconnu que l'agent supérieur des droits du public avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire en décidant que le dossier principal ne pouvait être communiqué en vertu du paragraphe 19(2) de la Loi. Deux questions litigieuses ont été soulevées. La première concerne le dossier principal: étant donné l'admission de l'intimé, la demande du requérant devrait-elle être renvoyée à l'intimé pour être tranchée par un autre de ses représentants, ou la Cour devrait-elle déterminer quelle partie du dossier principal faisait l'objet d'une exemption? La seconde question concerne le dossier secret: le ministre intimé a-t-il commis une erreur en décidant que le dossier secret faisait l'objet d'une exemption? Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

*Jugement*: la demande doit être accueillie en partie.

1) Avant d'acquiescer la compétence voulue pour rendre quelque ordonnance que ce soit en vertu de l'article 49 de la Loi, la Cour doit d'abord conclure que le responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié de refuser la communication. Ce n'est que lorsqu'elle a tiré cette conclusion que la Cour peut décider quelle est la réparation appropriée. D'habitude, dans ce type d'affaires, la Cour examine le dossier contesté, document par document s'il le faut, pour déterminer si le responsable de l'institution fédérale était justifié d'en refuser la communication. Compte tenu de l'admission de l'intimé, on pourrait dire que le responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié de refuser la communication totale ou partielle du dossier demandé. Certaines des exemptions prévues par la Loi sont obligatoires et d'autres sont discrétionnaires. Dans le cas où l'exemption est obligatoire, il ne peut y avoir qu'un type de décision: une décision de fait portant sur la question de savoir si le document demandé est visé par la disposition d'exemption. Si la disposition d'exemption est discrétionnaire, la Cour a deux décisions à réviser. En premier lieu, tout comme dans le cas de l'exemption obligatoire, la Cour doit

within the exempting provision. If the material does fall within the exemption, the Court must review the discretionary decision of the head of the institution and consider whether or not the discretion was properly exercised, but should not itself attempt to exercise the discretion *de novo*. It is appropriate, once it has been determined that discretion has been improperly exercised, to order that the matter be referred back to the head of the institution to exercise his discretion properly. Under subsection 19(1) of the Act, if the record contains personal information, as defined in section 3 of the *Privacy Act*, the head of the institution shall refuse to disclose the record. However, that provision is subject to subsection 19(2) which provides that if the personal information falls within one of the three exceptions listed in paragraphs 19(2)(a), (b), (c), the head of the institution may disclose the record. The onus is on the party claiming an exception pursuant to subsection 19(2) to establish that exception. By using the word "may" rather than "shall" in subsection 19(2), Parliament intended this provision to operate as a discretionary exemption as opposed to a mandatory exemption. Since the respondent has conceded that the Minister erred in the exercise of his discretion under that subsection, it was unnecessary for the Court to review the discretionary decision. The information request with respect to the main record should be referred back to the respondent to be redetermined by a different delegate of the Minister.

2) The respondent refused to disclose most of the secret record, claiming it was exempt from disclosure under sections 19 and 23 of the Act. Of the 174 pages contained in the secret record, only eight were disclosed to the applicant. One ground relied upon by the respondent for refusing to disclose the secret record is section 23 of the Act which allows the head of the institution to refuse to disclose any record that contains information subject to solicitor-client privilege. This section provides a discretionary exemption as the head of a government institution may refuse to disclose the information. To engage solicitor-client privilege, it must be shown that the communication or document was made confidentially for the purpose of legal advice. All communications between a client and a legal advisor directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or legal assistance fall under the protection of the solicitor-client privilege. It is within that framework that the Court has reviewed the documents in the secret record to determine whether the Minister erred in concluding that they were properly subject to solicitor-client privilege. In doing so, the Court had also to consider the applicability of section 25 of the Act which obliges the head of the

examiner le document pour déterminer si le responsable de l'institution a commis une erreur en prenant une décision de fait sur la question de savoir si les renseignements demandés étaient visés par la disposition d'exemption. Si le document est effectivement visé par l'exemption, la Cour doit réviser la décision discrétionnaire prise par le responsable de l'institution et se demander si le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé, mais elle ne doit pas essayer d'exercer elle-même de nouveau ce pouvoir discrétionnaire. Si elle conclut que le pouvoir discrétionnaire n'a pas été régulièrement exercé, la Cour peut renvoyer l'affaire au responsable de l'institution pour qu'il exerce régulièrement son pouvoir discrétionnaire. Le paragraphe 19(1) de la Loi déclare que le responsable de l'institution fédérale est tenu de refuser la communication de tout document contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cette disposition est toutefois assujettie au paragraphe 19(2), qui prévoit que le responsable de l'institution fédérale peut donner communication des renseignements personnels qui sont visés par l'une des trois exceptions énumérées aux alinéas 19(2)a), b) ou c). C'est à la partie qui affirme que les renseignements sont visés par l'une des exceptions prévues au paragraphe 19(2) qu'il incombe de faire la preuve de l'existence de cette exception. En employant le terme «peut» au lieu de l'expression «est tenu» au paragraphe 19(2), le législateur fédéral voulait que cette disposition ait l'effet d'une exemption discrétionnaire plutôt que celui d'une exemption obligatoire. Comme le ministre intimé a admis avoir commis une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 19(2), il n'était pas nécessaire que la Cour révise la décision discrétionnaire. La demande de renseignements relative au dossier principal devrait être renvoyée au ministre intimé pour être jugée de nouveau par un autre de ses représentants.

2) L'intimé a refusé de communiquer la plus grande partie du dossier secret au motif qu'il faisait l'objet de l'exemption prévue aux articles 19 et 23 de la Loi. Sur les 174 pages que contient le dossier secret, seulement huit ont été communiquées au requérant. L'intimé a invoqué notamment l'article 23 de la Loi pour justifier son refus de communiquer le dossier secret. Cet article dispose que le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat. Cet article prévoit une exemption discrétionnaire, étant donné que le responsable de l'institution fédérale peut refuser la communication des renseignements demandés. Pour que le secret professionnel de l'avocat s'applique, il faut démontrer que la communication ou le document a été donné confidentiellement dans le but de prodiguer un conseil d'ordre juridique. Toutes les communications qui sont échangées entre l'avocat et son client et qui se rapportent directement à la consultation de l'avocat ou aux conseils ou services juridiques que l'avocat donne sont protégées par le secret professionnel de l'avocat. C'est dans ce cadre que la Cour a révisé les documents contenus dans le dossier secret pour déterminer si le ministre

institution to disclose any part of the record not containing information that he is authorized to refuse to disclose, if that part of the record can reasonably be severed. Where the Court determines that solicitor-client privilege is applicable, it will be infrequent that section 25 should apply to sever part of the record, making it releasable. If the Minister exercises his discretion by invoking solicitor-client privilege to refuse disclosure of the information, that would not be an improper exercise of discretion. Nearly all documents in the secret record were subject to solicitor-client privilege. The small number of pages not so protected were irrelevant to the applicant's request for information and the Minister's refusal to disclose them could be upheld on that basis. Nearly all documents said to contain personal information did contain such information and were *prima facie* exempt from disclosure pursuant to subsection 19(1) of the Act.

avait commis une erreur en concluant que les documents étaient à bon droit protégés par le secret professionnel de l'avocat. Pour ce faire, la Cour a également dû examiner l'applicabilité de l'article 25 de la Loi, qui oblige le responsable de l'institution fédérale à communiquer les parties du dossier demandé qui sont dépourvues de renseignements qu'il peut refuser de communiquer, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. Lorsque la Cour conclut que le privilège du secret professionnel de l'avocat s'applique, l'article 25 ne devrait s'appliquer que rarement pour permettre le prélèvement de parties du dossier qui peuvent être communiquées. Si le ministre choisit d'exercer son pouvoir discrétionnaire en invoquant le privilège du secret professionnel de l'avocat pour refuser de communiquer les renseignements demandés, cette décision ne constitue pas un exercice irrégulier de son pouvoir discrétionnaire. Presque tous les documents contenus dans le dossier secret sont protégés par le secret professionnel de l'avocat. Le nombre peu élevé de pages qui n'étaient pas protégées par le secret professionnel ne se rapportaient pas à la demande de renseignements du requérant et le refus du ministre de les communiquer était, pour cette raison, justifié. La presque totalité des documents contenaient des renseignements personnels et le ministre était, à première vue, tenu d'en refuser la communication aux termes du paragraphe 19(1) de la Loi.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 4(1), 6, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 41, 44, 46, 48, 49.  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3 "personal information", 7, 8, 12, 26, 41.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 4(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144), 6, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 41, 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 45), 46, 48, 49.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 «renseignements personnels» (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144), 7, 8, 12, 26, 41.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (F.C.T.D.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *International Minerals & Chemicals Corp. (Canada) Ltd. et al. v. Commonwealth Insurance Co. et al.* (1991), 89 Sask. R. 1; 47 C.C.L.I. 196 (Q.B.).

#### JURISPRUDENCE

##### DECISIONS APPLIQUÉES:

*Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *International Minerals & Chemicals Corp. (Canada) Ltd. et al. v. Commonwealth Insurance Co. et al.* (1991), 89 Sask. R. 1; 47 C.C.L.I. 196 (B.R.).

##### NOT FOLLOWED:

*Information Commissioner (Canada) v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 63;

##### DÉCISIONS NON SUIVIES:

*Commissaire à l'information (Canada) c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3

(1986), 11 C.P.R. (3d) 81; 5 F.T.R. 287 (T.D.); *Bland v. Canada (National Capital Commission)*, [1991] 3 F.C. 325 (Abridged); (1991), 36 C.P.R. (3d) 289; 41 F.T.R. 202 (T.D.).

## CONSIDERED:

*Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1992] 1 F.C. 77; (1991), 46 F.T.R. 206 (T.D.); *Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1994] 3 F.C. 527; (1994), 115 D.L.R. (4th) 265; 77 F.T.R. 241 (T.D.); *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, T-426-95, Rouleau J. order dated 23/6/95 (F.C.T.D.); *Weiler v. Canada (Department of Justice)*, [1991] 3 F.C. 617; (1991), 37 C.P.R. (3d) 1; 46 F.T.R. 163 (T.D.); *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 362 (T.D.) (QL); *Terry v. Canada (Minister of National Defence)* (1994), 86 F.T.R. 266 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Perez Bramalea Ltd. v. Canada (National Capital Commission)*, [1995] F.C.J. No. 63 (T.D.) (QL); *Wells v. Canada (Minister of Transport)*, [1995] F.C.J. No. 822 (T.D.) (QL).

APPLICATION under section 41 of the *Access to Information Act* to review respondent's decision denying a request for the release of all records relating to the immigration status of a Nazi collaborator who had fled to Canada to avoid deportation from the United States. Application allowed in part.

## COUNSEL:

*Mark C. Katz* for applicant.  
*A. Leena Jaakkimainen* and *Donald A. Macintosh* for respondent.

## SOLICITORS:

*Blake, Cassels & Graydon*, Toronto, for applicant.

C.F. 63; (1986), 11 C.P.R. (3d) 81; 5 F.T.R. 287 (1<sup>re</sup> inst.); *Bland c. Canada (Commission de la capitale nationale)*, [1991] 3 C.F. 325 (abrégée); (1991), 36 C.P.R. (3d) 289; 41 F.T.R. 202 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre du Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1992] 1 C.F. 77; (1991), 46 F.T.R. 206 (1<sup>re</sup> inst.); *Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1994] 3 C.F. 527; (1994), 115 D.L.R. (4th) 265; 77 F.T.R. 241 (1<sup>re</sup> inst.); *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *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 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Weiler c. Canada (Ministère de la Justice)*, [1991] 3 C.F. 617; (1991), 37 C.P.R. (3d) 1; 46 F.T.R. 163 (1<sup>re</sup> inst.); *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] F.C.J. n° 362 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Terry c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1994), 86 F.T.R. 266 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Perez Bramalea Ltd. c. Canada (Commission de la capitale nationale)*, [1995] F.C.J. n° 63 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Wells c. Canada (ministre des Transports)*, [1995] A.C.F. n° 822 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

REQUÊTE en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* en vue de faire réviser la décision par laquelle l'intimé a refusé la demande visant à obtenir la communication de tous les dossiers se rapportant au statut d'immigrant d'un collaborateur nazi qui a fui au Canada pour éviter d'être expulsé des États-Unis. Requête accueillie en partie.

## AVOCATS:

*Mark C. Katz* pour le requérant.  
*A. Leena Jaakkimainen* and *Donald A. Macintosh* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Blake, Cassels & Graydon*, Toronto, pour le requérant.

*Deputy Attorney General of Canada for respondent.*

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

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

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

HEALD D.J.: This is an application pursuant to section 41 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act), for a review of the decision of the respondent Minister which denied the applicant's request for the release of all records in the Minister's control relating to the immigration status of Vladimir Sokolov as of January 15, 1992 (the date of the request).<sup>1</sup>

LE JUGE SUPPLÉANT HEALD: La Cour est saisie en l'espèce d'un recours exercé en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi), en vue de faire réviser la décision par laquelle le ministre intimé a rejeté la demande faite par le requérant en vue d'obtenir la communication de tous les dossiers relevant du ministre qui se rapportent au statut d'immigrant de Vladimir Sokolov au 15 janvier 1992 (la date de la demande)<sup>1</sup>.

## I. BACKGROUND FACTS

## 1. FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

Vladimir Sokolov was born in Russia in 1913. He became a citizen of the United States in 1957. On June 4, 1986, he was ordered denaturalized by a justice of the U.S. District Court because he had concealed his wartime activities as a Nazi collaborator when he applied for a U.S. visa in 1951 and again in 1957, when he applied for U.S. citizenship.

Vladimir Sokolov est né en Russie en 1913. Il est devenu citoyen des États-Unis en 1957. Le 4 juin 1986, un juge de la Cour de district des États-Unis a ordonné qu'il soit dénaturalisé parce qu'il avait dissimulé les activités qu'il avait exercées au cours de la guerre en tant que collaborateur nazi lorsqu'il avait, en 1951, demandé un visa des États-Unis et, à nouveau en 1957, lorsqu'il avait demandé la citoyenneté américaine.

On May 16, 1988, his petition for *certiorari* was denied by the Supreme Court of the United States. The U.S. Government immediately filed deportation proceedings against him. Mr. Sokolov's deportation hearing was scheduled to take place in July of 1988, however he failed to appear at this hearing. His whereabouts remained unknown until the Canadian media reported on January 9, 1988, that he had entered Canada and had applied for Convention refugee status at Montréal. The indication was that Mr. Sokolov's case would be treated as part of the normal refugee backlog and that considerable time would elapse before his refugee claim could be considered.

Le 16 mai 1988, la Cour suprême des États-Unis a rejeté sa demande de bref de *certiorari*. Le gouvernement américain a immédiatement engagé des poursuites contre lui en vue d'obtenir son expulsion. La tenue de l'audience relative à l'expulsion de M. Sokolov devait avoir lieu en juillet 1988. Il a toutefois fait défaut de comparaître à cette audience. Personne ne savait où il se trouvait jusqu'à ce que les médias canadiens rapportent, le 9 janvier 1988, qu'il était entré au Canada et qu'il avait revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention à Montréal. Il semblait alors que le cas de M. Sokolov serait traité dans le cadre de l'arriéré normal des revendications du statut de réfugié et qu'une très longue période de temps s'écoulerait avant que sa revendication ne puisse être examinée.

On January 15, 1992, a representative of the applicant wrote to an official of the respondent's depart-

Le 15 janvier 1992, un représentant du requérant a écrit à un fonctionnaire du ministère intimé pour

ment requesting information as to Mr. Sokolov's current immigration status. Ms. Kathy Wesley, Senior Public Rights Administrator with Employment and Immigration Canada (EIC), advised the applicant that after an examination of Mr. Sokolov's immigration file, she had decided that the entire file came within the "personal information" exemption set out in subsection 19(1) of the Act and could not be disclosed pursuant to the exceptions set out in subsection 19(2).<sup>2</sup>

The applicant then complained to the Information Commissioner regarding the Minister's refusal to release the information requested. By letter dated April 16, 1992, the Information Commissioner concurred in the Minister's refusal. The applicant then filed this application for judicial review on June 1, 1992.

On June 2, 1993, Justice Cullen ordered that the applicant's counsel be given access to Mr. Sokolov's immigration file in the respondent Minister's department for the purpose of preparing submissions to be made in this application for judicial review. It was clearly a term and condition of Justice Cullen's order that the applicant's counsel give an undertaking to not divulge the information obtained from that access to anyone, including his client.

Meanwhile, it became apparent that Ms. Wesley's review of the file, in January and February of 1992, did not include a review of certain "secret records" in existence at that time. On January 21, 1994, Justice Gibson ordered that the Minister review these records within the terms of the original request and these records be made available to the applicant's counsel, for the purpose of making argument in this review. Pursuant to this order, Mr. E. W. Aumand, the Access to Information and Privacy Coordinator of Citizenship and Immigration Canada, reviewed the secret record and disclosed only eight pages to the applicant. In a letter to the applicant, dated February 18, 1994, Mr. Aumand stated the reasons for his refusing to disclose the remainder of the secret record as being subsection 19(1) of the Act (personal information) and section 23

demander des renseignements au sujet du statut actuel d'immigrant de M. Sokolov. M<sup>me</sup> Kathy Wesley, agent supérieur des droits du public à Emploi et Immigration Canada (EIC) a informé le requérant qu'après examen du dossier d'immigration de M. Sokolov, elle avait conclu que tout le dossier en question était visé par l'exemption prévue au paragraphe 19(1) de la Loi en ce qui concerne les «renseignements personnels» et que le dossier en question ne pouvait être communiqué en vertu des exceptions énumérées au paragraphe 19(2)<sup>2</sup>.

Le requérant a alors déposé une plainte devant le Commissaire à l'information au sujet du refus du ministre de lui communiquer les renseignements demandés. Par lettre datée du 16 avril 1992, le Commissaire à l'information a approuvé le refus du ministre. Le requérant a ensuite exercé le présent recours en révision judiciaire le 1<sup>er</sup> juin 1992.

Le 2 juin 1993, le juge Cullen a ordonné à l'intimé de laisser l'avocat du requérant consulter le dossier d'immigration de M. Sokolov se trouvant dans les bureaux du ministre intimé pour lui permettre de préparer les observations qu'il devait formuler dans le cadre du présent recours en révision judiciaire. Dans son ordonnance, le juge Cullen a précisé dans les termes les plus nets que l'avocat du requérant devait s'engager à ne divulguer à personne, y compris à son client, les renseignements ainsi obtenus.

Dans l'intervalle, il est devenu évident que, lors de l'examen du dossier auquel elle avait procédé en janvier et en février 1992, M<sup>me</sup> Wesley n'avait pas examiné certains «dossiers secrets» qui existaient alors. Le 21 janvier 1994, le juge Gibson a ordonné au ministre d'examiner ces dossiers conformément aux conditions énoncées dans la demande initiale et de mettre les dossiers en question à la disposition de l'avocat du requérant pour qu'il puisse préparer ses arguments dans le cadre du présent recours en révision judiciaire. Conformément à cette ordonnance, M. E. W. Aumand, coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels à Citoyenneté et Immigration Canada, a examiné le dossier secret et n'en a communiqué que huit pages au requérant. Dans une lettre adressée au requérant le

of the Act (solicitor-client privilege).<sup>3</sup> In a second letter to the applicant, dated March 28, 1994, Mr. Aumand stated additional reasons for his refusal to disclose, being paragraph 13(1)(a) (confidential information from a foreign state or institution) and subsection 15(1) (international affairs) of the Act.<sup>4</sup>

On March 10, 1995, the Associate Chief Justice varied the January 21, 1994, order of Justice Gibson to permit the respondent to exempt from disclosure to the applicant's counsel those documents that the respondent claimed were subject to solicitor-client privilege. Thus, pursuant to the orders of Justice Gibson and the Associate Chief Justice, the applicant's counsel has been given access to all of the secret record, except those documents that the respondent claims are subject to solicitor-client privilege.

For simplicity, the main immigration file, not including the secret file, shall be referred to as the main record and the secret file shall be referred to as the secret record.

## II. ISSUES

The applicant states the issue herein as whether the respondent Minister improperly exercised his discretion in deciding that the main record and secret record are exempt from disclosure pursuant to either sections 19, 13, 15 or 23 of the *Access to Information Act*. The respondent accepts that characterization.

The respondent concedes, on this record, that Ms. Wesley, the Senior Public Rights Administrator, erred in the exercise of her discretion in deciding the main record was exempt from disclosure pursuant to subsection 19(2) of the Act.<sup>5</sup> Furthermore, the respondent concedes, on this record, that sections 13 and 15 of

18 février 1994, M. Aumand a déclaré que les raisons pour lesquelles il refusait de communiquer le reste du dossier secret étaient fondées sur le paragraphe 19(1) de la Loi (renseignements personnels) et sur l'article 23 de la Loi (secret professionnel de l'avocat)<sup>3</sup>. Dans une seconde lettre écrite au requérant le 28 mars 1994, M. Aumand a exposé d'autres raisons qui motivaient son refus de communiquer les renseignements demandés en invoquant l'alinéa 13(1)a) (renseignements obtenus à titre confidentiel d'États étrangers ou de leurs organismes) et le paragraphe 15(1) (affaires internationales) de la Loi<sup>4</sup>.

Le 10 mars 1995, le juge en chef adjoint a modifié l'ordonnance du 21 janvier 1994 du juge Gibson pour permettre à l'intimé de refuser de communiquer à l'avocat du requérant les documents qui, selon ce qu'affirmait l'intimé, étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat. Ainsi donc, conformément à l'ordonnance du juge Gibson et à celle du juge en chef adjoint, l'avocat du requérant a pu consulter tout le dossier secret, à l'exception des documents qui, selon ce qu'affirme l'intimé, sont protégés par le secret professionnel de l'avocat.

Par souci de simplicité, je désignerai désormais le dossier d'immigration principal—qui ne comprend pas le dossier secret—sous le nom de dossier principal, et je désignerai le dossier secret sous ce nom.

## II. QUESTIONS EN LITIGE

Suivant le requérant, la question en litige en l'espèce est celle de savoir si le ministre intimé a exercé de façon irrégulière son pouvoir discrétionnaire en décidant de refuser de communiquer le dossier principal et le dossier secret en vertu des exemptions prévues aux articles 19, 13, 15 ou 23 de la *Loi sur l'accès à l'information*. L'intimé souscrit à la façon dont le requérant qualifie la question en litige.

L'intimé reconnaît, en ce qui concerne ce dossier, que M<sup>me</sup> Wesley, l'agent supérieur des droits du public, a commis une erreur dans la façon dont elle a exercé son pouvoir discrétionnaire en décidant que le dossier principal ne pouvait être communiqué en vertu du paragraphe 19(2) de la Loi<sup>5</sup>. L'intimé reconnaît de

the Act have no application to the secret record.<sup>6</sup> However, the respondent further submits that the Access to Information and Privacy Coordinator properly exercised his discretion in February of 1994 when he decided the secret record was exempt from disclosure pursuant to sections 19 and 23 of the Act.

plus que les articles 13 et 15 de la Loi ne s'appliquent pas au dossier secret<sup>6</sup>. L'intimé ajoute toutefois que le coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels a exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire en février 1994 lorsqu'il a décidé de refuser de communiquer le dossier secret en invoquant les exemptions prévues aux articles 19 et 23 de la Loi.

Accordingly, I would summarize the issues between the parties as follows:

En conséquence, je résumerais de la façon suivante les questions en litige entre les parties:

#### Issue 1: The Main Record

As the respondent has conceded that the Minister, acting through the Senior Public Rights Administrator, erred in deciding the main record was exempt from disclosure in its entirety, should the applicant's request be referred back to the respondent to be redetermined by a different delegate of the Minister, or should this Court make a determination as to what portion of the main record, if any, is exempt from disclosure?

#### Question 1: le dossier principal

Comme l'intimé a reconnu que le ministre, qui agissait par l'intermédiaire de l'agent supérieur des droits du public, a commis une erreur en refusant de communiquer intégralement le dossier principal au motif qu'il faisait l'objet d'une exemption, la demande du requérant devrait-elle être renvoyée à l'intimé pour être tranchée par un autre représentant du ministre, ou la Cour devrait-elle déterminer quelle partie, s'il y a lieu, du dossier principal fait l'objet d'une exemption?

#### Issue 2: The Secret Record

Did the respondent Minister, acting through the Access to Information and Privacy Coordinator, Citizenship and Immigration Canada, err in deciding the secret record was exempt from disclosure? If so, what is the appropriate remedy?

#### Question 2: le dossier secret

Le ministre intimé, qui agissait par l'intermédiaire du coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels à Citoyenneté et Immigration Canada, a-t-il commis une erreur en refusant de communiquer le dossier secret au motif qu'il faisait l'objet d'une exemption? Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

### III. ANALYSIS

### III. ANALYSE

#### Issue 1: The Main Record

As the respondent has conceded that the Minister, acting through the Senior Public Rights Administrator, erred in deciding the main record was exempt from disclosure in its entirety, should the applicant's request be referred back to the respondent to be redetermined by a different delegate of the Minister, or should this Court make a determination as to what portion of the main record, if any, is exempt from disclosure?

#### Question 1: le dossier principal

Comme l'intimé a reconnu que le ministre, qui agissait par l'intermédiaire de l'agent supérieur des droits du public, a commis une erreur en refusant de communiquer intégralement le dossier principal au motif qu'il faisait l'objet d'une exemption, la demande du requérant devrait-elle être renvoyée à l'intimé pour être tranchée par un autre représentant du ministre, ou la Cour devrait-elle déterminer quelle partie, s'il y a lieu, du dossier principal fait l'objet d'une exemption?



This application was brought under section 41 of the *Access to Information Act*, set out above, which provides for a review by this Court of a decision to refuse access to a record requested under this Act. Section 49 of the Act gives this Court jurisdiction to make an appropriate order to remedy the situation, if the Court has determined that the head of the institution was not authorized in refusing access to the record.<sup>7</sup>

A. REMEDIES AVAILABLE UNDER SECTION 49 OF THE ACT

Pursuant to section 49 of the Act, if the Court has determined that the head of the institution, in this case, the Minister of Employment and Immigration, was not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, then the Court shall make an order to either disclose the information, subject to any conditions the Court deems appropriate, or any other order the Court deems appropriate. It is my interpretation of this provision, that before the Court acquires jurisdiction to make any order under this section, it must first determine that the head of the institution was not authorized to refuse disclosure. It is only once this determination is made that the Court must then decide what is an appropriate remedy in the circumstances.

It is the usual course in these cases for the Court to review the disputed record, document by document if necessary, to determine if the head of the institution was authorized in refusing disclosure.<sup>8</sup> The Court is given the authority to conduct such an examination under section 46 of the Act.<sup>9</sup> This approach has been followed by the Federal Court in numerous decisions relating to applications brought under sections 41 and 44 of the Act<sup>10</sup>: *Air Atonabee, supra*;<sup>11</sup> *X. v. Canada (Minister of National Defence)*;<sup>12</sup> *Perez Bramalea Ltd. v. Canada (National Capital Commission)*;<sup>13</sup> *Wells v. Canada (Minister of Transport)*;<sup>14</sup> *Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*;<sup>15</sup> *Terry v. Canada (Minister of National Defence)*.<sup>16</sup>

Le présent recours est exercé en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, précité, qui donne à cette Cour le pouvoir de réviser la décision par laquelle la communication d'un document demandé en vertu de la Loi a été refusée. L'article 49 de la Loi confère à cette Cour compétence pour rendre l'ordonnance appropriée pour corriger la situation si elle conclut que le refus du responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié<sup>7</sup>.

A. RÉPARATIONS QUE LA COUR PEUT ACCORDER EN VERTU DE L'ARTICLE 49 DE LA LOI

Aux termes de l'article 49 de la Loi, dans les cas où elle conclut que le responsable de l'institution fédérale, en l'occurrence, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, n'était pas justifié de refuser la communication totale ou partielle d'un document, la Cour ordonne au responsable de l'institution fédérale de donner communication du document demandé aux conditions qu'elle juge indiquées, ou rend toute autre ordonnance qu'elle estime appropriée. Suivant l'interprétation que je fais de cette disposition, avant d'acquiescer la compétence voulue pour rendre quelque ordonnance que ce soit en vertu de cet article, la Cour doit d'abord conclure que le responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié de refuser la communication. Ce n'est que lorsqu'elle a tiré cette conclusion que la Cour peut décider quelle est la réparation appropriée dans les circonstances.

D'habitude, dans ce type d'affaires, la Cour examine le dossier contesté, document par document s'il le faut, pour déterminer si le responsable de l'institution fédérale était justifié d'en refuser la communication<sup>8</sup>. C'est l'article 46 de la Loi qui accorde à la Cour le pouvoir de procéder à cet examen<sup>9</sup>. C'est la façon de procéder qu'a utilisée la Cour fédérale dans de nombreuses décisions relatives à des recours exercés en vertu des articles 41 et 44 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 45] de la Loi<sup>10</sup>: *Air Atonabee*, précitée<sup>11</sup>; *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*<sup>12</sup>; *Perez Bramalea Ltd. c. Canada (Commission de la capitale nationale)*<sup>13</sup>; *Wells c. Canada (ministre des Transports)*<sup>14</sup>; *Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord cana-*

dien)<sup>15</sup>; et *Terry c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*<sup>16</sup>.

The case at bar has been somewhat simplified by the concession that the Minister, acting through Ms. Wesley, the Senior Public Rights Administrator, erred in law in the exercise of his discretion in deciding that the entire main record was exempt from disclosure under subsection 19(2) of the Act.<sup>17</sup> Restating this in terms corresponding to those used in section 49 of the Act, it may therefore be said that the head of the institution was not authorized to refuse to disclose the record or part thereof.

As Ms. Wesley erred in the exercise of her discretion when deciding to refuse disclosure of the entire main record, it follows that had the discretion been properly exercised, the Minister would have disclosed at least part of the record. Thus, it has been conceded that, at least with respect to part of the record, the Minister was not authorized to refuse disclosure. Accordingly, I do not have to review the main record to satisfy the first part of section 49, i.e. to determine if the Minister was not authorized to refuse to disclose the record or a part thereof, as this point has been conceded.

As the first part of section 49 is satisfied, I have now acquired jurisdiction to make an order under this section. There are essentially three types of orders the Court may make pursuant to section 49: (1) an order that the Minister disclose the record or part thereof; (2) an order that the Minister disclose the record or a part thereof, subject to any conditions the Court deems appropriate; or (3) any such other order the Court deems appropriate. The type of order made pursuant to section 49 will depend upon the nature of the exemption sought.

Le fait d'admettre que le ministre, qui agissait par l'intermédiaire de M<sup>me</sup> Wesley, agent supérieur des droits du public, a commis une erreur de droit dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en refusant de communiquer intégralement le dossier principal en raison de l'exemption contenue au paragraphe 19(2) de la Loi simplifie quelque peu la présente affaire<sup>17</sup>. Si l'on reformule cet état de fait en des termes qui correspondent à ceux qui sont employés à l'article 49 de la Loi, on peut par conséquent dire que le responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié de refuser la communication totale ou partielle du dossier demandé.

Comme M<sup>me</sup> Wesley a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en décidant de refuser de communiquer intégralement le dossier principal, il s'ensuit que, si elle avait exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire, le ministre aurait communiqué à tout le moins une partie du dossier. L'intimé concède donc que, du moins en ce qui concerne une partie du dossier, le ministre n'était pas justifié de refuser la communication. En conséquence, je n'ai pas à réviser le dossier principal pour satisfaire à la première partie de l'article 49, c'est-à-dire pour déterminer si le responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié de refuser la communication totale ou partielle du dossier demandé, étant donné que l'intimé a concédé ce point.

Étant donné que les conditions prévues à la première partie de l'article 49 sont remplies, j'ai acquis la compétence nécessaire pour rendre une ordonnance en vertu de cet article. Les ordonnances que la Cour peut rendre en vertu de cet article se classent essentiellement en trois catégories: (1) les ordonnances enjoignant au ministre de donner communication totale ou partielle du document demandé; (2) les ordonnances enjoignant au ministre de donner communication totale ou partielle du document demandé aux conditions que la Cour juge indiquées; (3) toute autre ordonnance que la Cour estime indiquée. Le type d'ordonnance que la Cour rend en vertu de l'article 49 dépend de la nature de l'exemption revendiquée.

There are thirteen sections in the Act, sections 13 to 26 inclusive with the exception of section 25, that set out circumstances in which information is exempt from disclosure. Some of the exemptions are mandatory, meaning if the information requested falls within the description set out in the exempting provision, then the head of the institution shall refuse to disclose the said information. However, some of the exemptions are discretionary, meaning if the information requested falls within the description set out in the exempting provision, the head of the institution may nevertheless disclose the information, or may nevertheless refuse to disclose the information, in the case of an exception to an exemption provision.

Justice Strayer discussed the approach to be taken with respect to a discretionary exemption to disclosure of information, in *Kelly v. Canada (Solicitor General)*.<sup>18</sup> That case dealt with an application under section 41 of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21] as opposed to section 41 of the *Access to Information Act*.<sup>19</sup> These two provisions are essentially identical, except that section 41 of the *Privacy Act* applies to requests for information made under section 12 of the *Privacy Act* and section 41 of the *Access to Information Act* applies to requests for information made under the *Access to Information Act*. In his decision, Justice Strayer's discussion was in relation to exemption provisions set out in the *Privacy Act*, but again they operate essentially the same as those under the *Access to Information Act*, and accordingly Justice Strayer's discussion is relevant to the case at bar.

Justice Strayer stated at page 158 the following in regards to discretionary exemption provisions:

It will be seen that these exemptions require two decisions by the head of an institution: first, a factual determination as to whether the material comes within the description of material potentially subject to being withheld from disclosure; and second, a discretionary decision as to whether that material should nevertheless be disclosed.

La Loi renferme treize articles—les articles 13 à 26 inclusivement, à l'exception de l'article 25—qui énumèrent les circonstances dans lesquelles le responsable d'une institution fédérale est exempté de communiquer les renseignements demandés. Certaines de ces exemptions sont obligatoires, en ce sens que le responsable de l'institution fédérale est tenu de refuser la communication des renseignements qui sont visés par la disposition d'exemption. Toutefois, certaines des exemptions sont discrétionnaires, en ce sens que, si les renseignements demandés sont visés par la disposition d'exemption, le responsable de l'institution fédérale peut néanmoins les communiquer ou, dans le cas d'une exception à la disposition d'exemption, refuser de les communiquer.

Le juge Strayer a traité de la façon d'aborder l'exemption discrétionnaire relative à la communication de renseignements dans le jugement *Kelly c. Canada (Solliciteur général)*.<sup>18</sup> Cette affaire portait sur un recours exercé en vertu de l'article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21] plutôt qu'en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*.<sup>19</sup> Ces deux dispositions sont essentiellement identiques, à cette exception près que l'article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'applique aux demandes de renseignements formulées en vertu de l'article 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, tandis que l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique aux demandes de renseignements faites en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Dans sa décision, le juge Strayer fait porter son analyse sur les dispositions d'exemption contenues dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*; je répète toutefois qu'elles ont essentiellement le même effet que celles qui se trouvent dans la *Loi sur l'accès à l'information*. L'analyse du juge Strayer est donc pertinente au cas qui nous occupe.

Voici ce que le juge Strayer déclare à la page 58 au sujet des dispositions d'exemption discrétionnaire:

Comme on peut le voir, ces exemptions exigent que le responsable d'un établissement prenne deux décisions: 1) une décision de fait sur la question de savoir si les renseignements en question correspondent à la description de renseignements susceptibles de ne pas être divulgués; et 2) une décision discrétionnaire sur la question de savoir s'il convient néanmoins de divulguer lesdits renseignements.

The first type of factual decision is one which, I believe, the court can review and in respect of which it can substitute its own conclusion. This is subject to the need, I believe, for a measure of deference to the decisions of those whose institutional responsibilities put them in a better position to judge the matter. . . .

The second type of decision is purely discretionary. In my view, in reviewing such a decision, the court should not itself attempt to exercise the discretion de novo but should look at the document in question and the surrounding circumstances and simply consider whether the discretion appears to have been exercised in good faith and for some reason which is rationally connected to the purpose for which the discretion was granted.<sup>20</sup>

If the exemption provision was mandatory, then there is only one type of decision: the factual decision as to whether the material comes within the description of the exempting provision. There is no second type of decision, as if the material is found to fall within the description, then the head of the institution is obligated to refuse disclosure. If a decision made under a mandatory exemption provision were to come before this Court for review, as was discussed above, then firstly the Court would have to go through the record and determine whether or not the Minister was authorized to refuse disclosure. In so doing, the Court is effectually reviewing the factual decision. If the Court determined the Minister was in fact not authorized to refuse disclosure, then the Court would have to make an appropriate order. In the case of a mandatory exemption, an order for disclosure of the record would be an appropriate order if the Court determined the Minister had erred in the factual decision. The Act is clear in those cases that the material shall not be disclosed if falling within the exemption and the material shall be disclosed if it does not.<sup>21</sup>

If the exemption provision in question is a discretionary provision, then there are two decisions to be reviewed by the Court, as was stated above by Justice Strayer. Firstly, as in the case of a mandatory exemption, the Court shall review the record to determine if the head of the institution erred in the factual decision as to whether or not the requested information fell

Le premier type de décision est, je crois, révisable par la Cour et celle-ci peut y substituer sa propre conclusion, sous réserve, à mon avis, de la nécessité de faire preuve d'une certaine déférence envers les décisions des personnes qui, de par les responsabilités institutionnelles qu'elles assument, sont mieux placées pour juger la question.

Le second type de décision est purement discrétionnaire. À mon sens, en révisant une telle décision la Cour ne devrait pas tenter elle-même d'exercer de nouveau le pouvoir discrétionnaire, mais plutôt examiner le document en question et les circonstances qui l'entourent et se demander simplement si le pouvoir discrétionnaire semble avoir été exercé en bonne foi et pour un motif qui se rapporte de façon logique à la raison pour laquelle il a été accordé<sup>20</sup>.

Dans les cas où la disposition d'exemption est obligatoire, il ne peut y avoir qu'un type de décision: une décision de fait sur la question de savoir si le document demandé est visé par la disposition d'exemption. Il n'existe pas de second type de décision, étant donné que, si l'on conclut que le document demandé est visé par la disposition d'exemption, le responsable de l'institution est tenu d'en refuser la communication. Si elle est saisie d'un recours en révision d'une décision prise en vertu d'une disposition d'exemption obligatoire, notre Cour doit d'abord, ainsi que je l'ai déjà précisé, examiner le document et déterminer si le ministre était justifié ou non d'en refuser la communication. Ce faisant, la Cour révise en réalité la décision de fait. Si elle conclut que le ministre n'était pas en fait justifié de refuser la communication du document demandé, la Cour doit rendre l'ordonnance appropriée. Dans le cas d'une exemption obligatoire, le fait d'enjoindre au responsable de l'institution de communiquer le document demandé constitue une ordonnance appropriée si la Cour conclut que le ministre a commis une erreur dans sa décision de fait. La Loi précise bien en pareil cas que les renseignements ne doivent pas être communiqués s'ils tombent sous le coup de l'exemption, et qu'ils doivent être communiqués s'ils ne sont pas visés par l'exemption<sup>21</sup>.

Si la disposition d'exemption en question est une disposition discrétionnaire, la Cour a, comme le juge Strayer l'affirme dans le jugement précité, deux décisions à réviser. En premier lieu, tout comme dans le cas de l'exemption obligatoire, la Cour doit examiner le document pour déterminer si le responsable de l'institution a commis une erreur en prenant une

within the exempting provision. If the Court determines the material does fall within the exemption, then the Court must review the discretionary decision of the head of the institution. However, as was stated by Justice Strayer, the Court must only consider whether or not the discretion was properly exercised, but should not itself attempt to exercise the discretion *de novo*. If the Court finds the discretion was properly exercised, an appropriate order is simply to uphold the decision of the head of the institution to refuse disclosure. However, the determination of an appropriate order becomes somewhat more complicated if the Court finds the discretion was improperly exercised. If the Court strikes down the discretionary decision of the head of the institution, then the question arises as to whether it is appropriate for the Court to then proceed to make this discretionary decision, thereby exercising the discretion itself, or whether the Court ought to refer the matter back to the head of the institution to exercise his/her discretion properly.

It would seem that Justice Strayer does not advocate the Court exercising the discretion itself. Following his discussion of the factual and discretionary types of decisions, set out above, Justice Strayer stated the following:

In *Rubin v. Canada (Mortgage & Housing Corp.)*, ((1988), [1989] 1 F.C. 265, 32 Admin. L.R. 196, (sub nom. *Rubin v. Can. Mortgage & Housing Corp. (President)*) 86 N.R. 186, (sub nom. *Rubin v. President of Can. Mortgage & Housing Corp.*) 21 C.P.R. (3d) 1, 52 D.L.R. (4th) 671, at p. 191 [N.R.]) the Federal Court of Appeal, in exercising similar powers under s. 49 of the *Access to Information Act* held that this court can review the exercise of discretion by a head of an institution in refusing to disclose, to ensure that it is exercised "in accordance with recognized legal principles" and "in accord with the confirming statute." Stress was put on the policy and object of the *Access to Information Act* whose "general rule is disclosure." For reasons not directly pertinent to the present case the Court of Appeal did strike down the exercise of discretion in question there and referred the matter back to the C.M.H.C. for a proper exercise of discretion. (It will be noted that the court did not itself purport to exercise the discretion.)<sup>22</sup>

décision de fait sur la question de savoir si les renseignements demandés sont visés par la disposition d'exemption. Si elle conclut que le document est effectivement visé par l'exemption, la Cour doit réviser la décision discrétionnaire prise par le responsable de l'institution. Toutefois, ainsi que le juge Strayer le précise, la Cour doit uniquement se demander si le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé et elle ne doit pas essayer d'exercer elle-même de nouveau ce pouvoir discrétionnaire. Si la Cour conclut que le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé, une ordonnance appropriée peut consister simplement en une confirmation de la décision par laquelle le responsable de l'institution a refusé la communication. Il est toutefois plus difficile de déterminer quelle ordonnance il convient de rendre lorsque la Cour conclut que le pouvoir discrétionnaire n'a pas été régulièrement exercé. Si la Cour annule la décision discrétionnaire du responsable de l'institution, la question qui se pose alors est celle de savoir si la Cour peut à bon droit rendre elle-même cette décision discrétionnaire, exerçant ainsi elle-même le pouvoir discrétionnaire en question, ou si elle doit renvoyer l'affaire au responsable de l'institution pour qu'il exerce régulièrement son pouvoir discrétionnaire.

Il semble que le juge Strayer ne préconise pas la solution consistant à faire exercer le pouvoir discrétionnaire par la Cour elle-même. En effet, après avoir analysé les deux types de décisions susmentionnées, à savoir les décisions de fait et les décisions discrétionnaires, le juge Strayer déclare ce qui suit:

Dans l'affaire *Rubin c. Canada (Société centrale d'hypothèques et de logement)*, (1988), [1989] 1 C.F. 265, 32 Admin. L.R. 196, (sub nom. *Rubin c. Société canadienne d'hypothèques et de logement (Président)*) 86 N.R. 186, (sub nom. *Rubin c. Président de la Société centrale d'hypothèques et de logement*) 21 C.P.R. (3d) 1, 52 D.L.R. (4th) 671, à la p. 191 [N.R.], en exerçant des pouvoirs analogues en vertu de l'art. 49 de la *Loi sur l'accès à l'information*, la Cour d'appel fédérale a statué que la présente Cour peut réviser le pouvoir discrétionnaire exercé par le responsable d'un établissement en refusant de communiquer des renseignements, afin de veiller à ce que ce pouvoir soit exercé d'une manière conforme aux principes juridiques reconnus et en accord avec la loi de ratification. L'accent a été mis sur l'économie et l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information*, dont la règle générale est la communication de renseignements. Pour des motifs qui ne se rapportent pas directement à la présente espèce, la Cour d'appel a finalement annulé l'exercice du pouvoir discrétionnaire en question dans cette

affaire et elle a renvoyé cette dernière à la SCHL pour que le pouvoir soit convenablement exercé. (À noter que la Cour n'a pas exercé elle-même le pouvoir discrétionnaire en question.)<sup>22</sup>

It should be noted that in the *Rubin* case referred to by Justice Strayer, both counsel had agreed that in the event of a finding of a reviewable error by the head of the institution, an appropriate remedy would be to refer the matter back to be re-examined and redetermined by the CMHC [Canada Mortgage and Housing Corp.], the original decision-making body.<sup>23</sup>

a Il convient de noter que, dans l'affaire *Rubin*, à laquelle le juge Strayer renvoie, les deux avocats avaient convenu que, si la Cour concluait que le responsable de l'institution avait commis une erreur donnant ouverture à une révision, une réparation appropriée pourrait consister à renvoyer l'affaire à la SCHL [Société canadienne d'hypothèques et de logement], organisme qui avait initialement pris la décision, pour qu'elle la réexamine et qu'elle prenne une nouvelle décision<sup>23</sup>.

I do agree that it is appropriate, once it has been determined that discretion has been improperly exercised in a matter, to order the matter be referred back to the head of the institution to exercise his/her discretion properly. It is not appropriate for the Court to exercise the discretion. The mandate of the Court under section 41 of the Act is to review the decision of the head of institution.

d Je suis d'accord pour dire qu'une fois qu'elle a conclu qu'un pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon irrégulière dans une affaire, la Cour peut à bon droit renvoyer l'affaire au responsable de l'institution pour qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire de façon régulière. Il ne convient pas que la Cour exerce ce pouvoir discrétionnaire. Le mandat que l'article 41 e donne à la Cour consiste à réviser la décision du responsable de l'institution.

The exemption provision relied upon in the case at bar is section 19 of the Act. Before proceeding with a determination of what is an appropriate order in this case, the operation of section 19 must first be examined to determine if it provides for a discretionary exemption or a mandatory exemption.

f La disposition d'exemption invoquée en l'espèce est l'article 19 de la Loi. Avant de préciser quelle ordonnance il convient de rendre en l'espèce, il faut d'abord examiner l'effet de l'article 19 pour déterminer s'il prévoit une exemption discrétionnaire ou une exemption obligatoire.

#### B. SECTION 19: THE PERSONAL INFORMATION EXEMPTION

#### B. ARTICLE 19: L'EXEMPTION RELATIVE AUX RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

The exemption to disclosure of information provided for under section 19 of the Act applies if the material requested contains personal information. Subsection 19(1) states that if the record contains personal information, as defined in section 3 of the *Privacy Act*, then the head of the institution shall refuse to disclose the record.<sup>24</sup> Although this subsection may seem at first to set out a mandatory exemption, it is subject to subsection 19(2). Subsection 19(2) provides that if the personal information falls within one of the three exceptions listed in paragraphs

g  
h L'exemption relative à la communication de renseignements qui est prévue à l'article 19 de la Loi s'applique si les documents demandés contiennent des renseignements personnels. Le paragraphe 19(1) déclare en effet que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de tout document contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*<sup>24</sup>. Bien qu'à première vue, il puisse sembler énoncer une exemption obligatoire, ce paragraphe est

19(2)(a), (b) or (c), then the head of the institution may disclose the record. Accordingly, it follows that the exemption provided for by section 19 operates as a discretionary exemption in circumstances to which the exceptions in paragraphs 19(2)(a), (b) and (c) apply. A further discussion of this will follow later.

Justice Rothstein discussed in detail the operation of section 19 in the decision of *Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*.<sup>25</sup> The first step is to determine, pursuant to subsection 19(1), the information requested is personal information. Subsection 19(1) does not contain a definition of “personal information”, but rather embodies the definition set out in section 3 of the *Privacy Act*. Section 3 of the *Privacy Act* contains 13 paragraphs. Paragraphs (a) through (i) further define the definition of “personal information”, which is broadly stated as being “information about an identifiable individual that is recorded in any form”. Paragraphs (j) through (m) provide exceptions to what is included in the definition of “personal information”, for the purposes of sections 7, 8 and 26 of the *Privacy Act* and section 19 of the *Access to Information Act*.

As section 48 of the Act clearly puts the onus on the party who is refusing to disclose information to establish that he/she is authorized to do so, the burden is thus on the respondent to establish that the information requested falls within the definition of “personal information” set out in section 3 of the *Privacy Act*.<sup>26</sup> Once that has been established, the onus shifts to the applicant to establish that one of the four exceptions set out in paragraphs 3(j) through 3(m) apply. Justice Rothstein in *Sutherland, supra*, stated at page 539:

Because the purpose of the *Privacy Act* is to protect the privacy of “personal information,” the general rule is that

assujetti au paragraphe 19(2), qui prévoit que le responsable de l’institution peut donner communication des renseignements personnels qui sont visés par l’une des trois exceptions énumérées aux alinéas 19(2)(a), (b) ou (c). Il s’ensuit donc que l’exemption prévue à l’article 19 constitue une exemption discrétionnaire dans les cas où les exceptions prévues aux alinéas 19(2)(a), (b) ou (c) s’appliquent. Nous reviendrons plus loin sur cette question.

Le juge Rothstein a analysé en détail l’effet de l’article 19 dans le jugement *Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*.<sup>25</sup> Selon lui, la première étape consiste à déterminer si les renseignements demandés constituent des renseignements personnels au sens du paragraphe 19(1). Le paragraphe 19(1) ne définit pas l’expression «renseignements personnels» mais renvoie plutôt à la définition que l’on trouve à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* renferme 13 alinéas. Les alinéas a) à i) précisent davantage la définition des «renseignements personnels», qui sont définis de façon générale comme «les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable». Les alinéas j) à m) prévoient des exceptions à la définition des «renseignements personnels» aux fins de l’application des articles 7, 8 et 26 de *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de l’article 19 de la *Loi sur l’accès à l’information*.

Étant donné que l’article 48 de la Loi prévoit dans les termes les plus nets que la charge d’établir le bien-fondé du refus de communication incombe à l’institution fédérale concernée, c’est donc en l’espèce à l’intimé qu’il incombe d’établir que les renseignements demandés sont des «renseignements personnels» visés par l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.<sup>26</sup> Une fois cette preuve faite, la charge de la preuve est déplacée sur le requérant, à qui il incombe alors d’établir qu’une des quatre exceptions prévues aux alinéas 3j) à 3m) s’applique. Voici à cet égard ce que le juge Rothstein déclare dans le jugement *Sutherland*, précité, à la page 539:

Étant donné que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* vise à protéger les «renseignements personnels»,

information about identifiable individuals is “personal information” and only if a specific exception applies, would such information not be “personal information.” It follows that a party wishing to demonstrate that information about an identifiable individual is not “personal information” must show that an exception applies.

In this case, the applicant has not relied on any of the exceptions set out in paragraphs 3(j) to (m).

If the respondent is successful in establishing that the information requested is personal information, and if the applicant has not established that the information is excepted from this definition, then pursuant to subsection 19(1), the Minister shall refuse to disclose the information. However, as was discussed above, subsection 19(1) is subject to subsection 19(2), which provides that notwithstanding the information may be personal information, the Minister may disclose the information if it falls within the exceptions set out in paragraphs 19(2)(a), (b) or (c). Again, I am of the view that the onus is on the party claiming an exception pursuant to subsection 19(2), to establish that exception.

The applicant submits that the information requested may be excepted from the section 19 exemption pursuant to both paragraphs 19(2)(b) and (c). Paragraph 19(2)(b) provides an exception if the personal information is publicly available. Paragraph 19(2)(c) provides an exception if the “disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*”.<sup>27</sup> Subsection 8(2) of the *Privacy Act* allows for disclosure of personal information if it falls within the description set out in one of the 13 paragraphs of 8(2)(a) through (m). In the case at bar, the applicant has submitted that the requested information falls under subparagraph 8(2)(m)(i), which allows disclosure if the head of the institution is of the opinion that “the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure”.

les renseignements concernant des individus identifiables sont, en règle générale, des «renseignements personnels»; ce n'est que dans le cas où une exception précise s'appliquerait, qu'il ne s'agirait pas de «renseignements personnels». Par conséquent, la partie qui veut démontrer que les renseignements concernant un individu identifiable ne sont pas des «renseignements personnels» doit prouver qu'une exception s'applique.

En l'espèce, le requérant n'a invoqué aucune des exceptions prévues aux alinéas 3j) à 3m).

Si l'intimé réussit à établir que les renseignements demandés sont des renseignements personnels, et si le requérant n'a pas établi que les renseignements sont visés par l'une des exceptions à cette définition, le ministre doit alors, conformément au paragraphe 19(1), refuser de communiquer les renseignements demandés. Toutefois, ainsi que je l'ai déjà dit, le paragraphe 19(1) est assujéti au paragraphe 19(2), qui prévoit que, bien que les renseignements demandés soient des renseignements personnels, le ministre peut les communiquer s'ils sont visés par l'une des exceptions contenues aux alinéas 19(2)a), b) ou c). Je répète que c'est à celui qui affirme que les renseignements sont visés par l'une des exceptions prévues au paragraphe 19(2) qu'il incombe de faire la preuve de l'existence de cette exception.

Le requérant affirme que les renseignements demandés peuvent être soustraits à l'application de l'exemption prévue à l'article 19 tant en vertu de l'alinéa 19(2)b) qu'en vertu de l'alinéa 19(2)c). L'alinéa 19(2)b) prévoit une exception dans le cas des renseignements personnels auxquels le public a accès. L'alinéa 19(2)c) prévoit une exception dans le cas où «la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*»<sup>27</sup>. Le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* permet la communication des renseignements personnels qui sont visés par l'un des 13 alinéas contenus aux alinéas 8(2)a) à m). En l'espèce, le requérant soutient que les renseignements demandés tombent sous le coup du sous-alinéa 8(2)m)(i), qui en autorise la communication si, de l'avis du responsable de l'institution, «des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée».



If the applicant is successful in establishing that either or both of the exceptions set out in paragraphs 19(2)(b) and (c) apply, then, pursuant to subsection 19(2), the Minister may allow disclosure of the information. As was discussed above, it is my opinion that by using the word “may” rather than the word “shall”, Parliament intended this provision to operate as a discretionary exemption as opposed to a mandatory exemption.

However, Associate Chief Justice Jerome expressed a different opinion of the operation of section 19, which he enunciated in the decision of *Information Commissioner (Canada) v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.<sup>28</sup> The Associate Chief Justice rejected counsel’s argument that subsection 19(2) provided the head of the institution with a discretion not to disclose the personal information even though the “conditions” of subsection 19(2) were met. Rather, he held that once the “conditions” were fulfilled “it becomes tantamount to an obligation upon the head of the government institution” to disclose the information.<sup>29</sup>

Justice Muldoon seemed to take a similar approach in the decision of *Bland v. Canada (National Capital Commission)*.<sup>30</sup> That case also dealt with a review under section 41 of the Act, concerning a decision of the head of a governmental institution refusing to disclose information, on the basis of section 19 of the Act. Justice Muldoon decided that the information fell within the exception to the exemption set out in paragraph 19(2)(c), finding that the public interest in disclosure outweighed the privacy interest. He then proceeded to order disclosure of the information. Unfortunately, it is not clear as to whether Justice Muldoon ordered disclosure because he viewed subsection 19(2) as obliging the institutional head to disclose the information if one of the exceptions were satisfied, or whether he viewed subsection 19(2) as giving a discretion to the institutional head which he found had been improperly exercised in this case and then choosing to substitute the Court’s discretion therefor. However, with all due respect, I disagree with both of these rationales. For reasons to be discussed below, I do not agree with the Associate

Si le requérant réussit à établir que l’une ou l’autre des exceptions prévues aux alinéas 19(2)(b) et (c) s’applique, ou encore que les deux exceptions s’appliquent, le ministre peut, en vertu du paragraphe 19(2), autoriser la communication des renseignements demandés. Ainsi que je l’ai déjà précisé, j’estime qu’en employant le terme «peut» au lieu de l’expression «est tenu», le législateur fédéral voulait que cette disposition ait l’effet d’une exemption discrétionnaire plutôt que celui d’une exemption obligatoire.

Toutefois, le juge en chef adjoint Jerome a exprimé une opinion différente au sujet de l’effet de l’article 19 dans le jugement *Commissaire à l’information c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*.<sup>28</sup> Dans ce jugement, le juge en chef adjoint a jugé mal fondé l’argument de l’avocat suivant lequel le paragraphe 19(2) conférait au responsable de l’institution le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication des renseignements personnels demandés même si les «conditions» prévues au paragraphe 19(2) étaient remplies. Le juge a plutôt statué qu’une fois les «conditions» remplies, «le responsable de l’institution fédérale est tenu de communiquer ces renseignements»<sup>29</sup>.

Le juge Muldoon semble avoir adopté une façon de voir similaire dans le jugement *Bland c. Canada (Commission de la capitale nationale)*.<sup>30</sup> Cette affaire portait également sur un recours en révision exercé en vertu de l’article 41 de la Loi à l’encontre d’une décision par laquelle le responsable d’une institution fédérale avait refusé de communiquer des renseignements sur le fondement de l’article 19 de la Loi. Le juge Muldoon a jugé que les renseignements demandés étaient visés par l’exception à l’exemption prévue à l’alinéa 19(2)(c) au motif que des raisons d’intérêt public justifiaient nettement une éventuelle violation de la vie privée. Il a ensuite ordonné la communication des renseignements demandés. Malheureusement, on ne sait pas avec certitude si le juge Muldoon a ordonné la communication parce qu’il estimait que le paragraphe 19(2) obligeait le responsable de l’institution à communiquer les renseignements demandés si l’une des exceptions s’appliquait, ou s’il considérait plutôt que le paragraphe 19(2) conférait au responsable de l’institution un pouvoir discrétionnaire qui, selon lui, avait été mal exercé dans

Chief Justice's opinion that subsection 19(2) imposes an obligation to disclose the information. And, for reasons discussed *supra*, I do not believe it is the Court's role to substitute its discretion in place of the institutional head.

I am unable to agree that once an exception is established, that it becomes "tantamount to an obligation" to disclose the information. Parliament chose to use the word "may" in subsection 19(2), a term which has been interpreted as imposing a discretion. Parliament used the word "shall" in various other provisions throughout the Act, a term which has been interpreted as imposing a mandatory obligation. If it were intended that subsection 19(2) operate so as to impose a mandatory obligation on the head of the institution to disclose the information, it is my opinion that the appropriate wording would have been employed.

This interpretation of subsection 19(2) has been enunciated by this Court in several decisions. Justice Rothstein in *Sutherland*, *supra*, stated at page 543:

If the "personal information" does fall under subsection 8(2) of the *Privacy Act*, the opening words of subsection 8(2) of the *Privacy Act* and paragraph 19(2)(c) of the *Access to Information Act* confer a discretion on the head of a government institution as to whether or not such information should be disclosed.<sup>31</sup>

Justice Rouleau also took the position that subsection 19(2) imposed a discretion not an obligation in the case of *Terry*, *supra*, wherein he stated the following, at page 270:

According to s. 19(2) of the Act, National Defence had the discretion to withhold information that contains personal information and that is exactly what it did.<sup>32</sup>

cette affaire et s'il a ensuite décidé de substituer le pouvoir discrétionnaire de la Cour à celui du responsable de l'institution. Toutefois, en toute déférence, je ne souscris à aucun de ces deux raisonnements. Pour les motifs que j'exposerai plus loin, je ne suis pas d'accord avec l'opinion du juge en chef adjoint selon laquelle le paragraphe 19(2) impose l'obligation de communiquer les renseignements demandés. Et, pour les motifs dont j'ai déjà fait état, je ne crois pas qu'il appartienne à la Cour de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du responsable de l'institution.

Il m'est impossible de souscrire à l'idée qu'une fois qu'il est établi qu'une exception s'applique, «le responsable de l'institution fédérale est tenu» de communiquer les renseignements. Le législateur fédéral a choisi, au paragraphe 19(2), d'employer le mot «peut», un mot qui a été interprété comme conférant un pouvoir discrétionnaire. Le législateur a employé l'expression «est tenu» dans diverses autres dispositions de la Loi et cette expression a été interprétée comme imposant une obligation. Je suis d'avis que, s'il avait voulu que le paragraphe 19(2) ait pour effet d'imposer au responsable de l'institution l'obligation de communiquer les renseignements demandés, le législateur fédéral aurait employé le libellé approprié.

Cette interprétation du paragraphe 19(2) a été formulée par notre Cour dans diverses décisions. Ainsi, dans le jugement *Sutherland*, précité, le juge Rothstein déclare, à la page 543:

Si les «renseignements personnels» sont visés par le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le début du paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et l'alinéa 19(2)(c) de la *Loi sur l'accès à l'information* confèrent au responsable d'une institution fédérale un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de déterminer si pareils renseignements doivent être communiqués<sup>31</sup>.

Dans le jugement *Terry*, précité, le juge Rouleau s'est également dit d'avis que le paragraphe 19(2) prévoyait un pouvoir discrétionnaire et non une obligation. Le juge a tenu les propos suivants, à la page 270:

Selon le par. 19(2) de la Loi, le ministère de la Défense nationale avait le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de documents renfermant des renseignements personnels et c'est exactement ce qu'il a fait<sup>32</sup>.

Justice Rouleau reiterated his interpretation of subsection 19(2) in the recent decision of *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*,<sup>33</sup> wherein he stated:

As I read section 19(2), there is no obligation imposed on the respondent to disclose information even if “the individual to whom it relates consents to the disclosure”.

Accordingly, I conclude that when properly interpreted, subsection 19(2) sets out a discretionary exemption from disclosure and not a mandatory exemption.

### C. APPROPRIATE ORDER

Having decided that subsection 19(2) provides a discretionary exemption, rather than a mandatory exemption, the question now arises as to what is an appropriate order in this case. As was discussed above, if the exemption provision is discretionary, then there are two decisions to be made: the factual decision and the discretionary decision. The view enunciated by Justice Strayer in *Kelly, supra*, with which I agree, is that with respect to the discretionary decision the Court ought only decide whether or not the discretion was properly exercised and not exercise the discretion *de novo*. In this case, the respondent has conceded that the Minister, acting through Ms. Wesley, erred in the exercise of his discretion under subsection 19(2). It is therefore unnecessary for the Court to review the discretionary decision.

The question now arises as to who is to exercise the discretion and make the decision as to whether or not the record or any part thereof ought to be disclosed. In these circumstances, I think it is appropriate that the matter be referred back to the head of the institution to be redetermined by a proper exercise of the discretion granted under subsection 19(2). The respondent has requested an order directing that the request for information of the applicant be redetermined by a different official within 30 days of the order of this

Le juge Rouleau a répété son interprétation du paragraphe 19(2) dans la décision récente *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*<sup>33</sup>, dans laquelle il a déclaré:

À mon avis, le paragraphe 19(2) ne lui impose nullement l'obligation de communiquer ces renseignements même si «l'individu qu'ils concernent y consent».

En conséquence, je conclus que, lorsqu'on l'interprète comme il se doit, le paragraphe 19(2) renferme une exemption discrétionnaire, et non une exemption obligatoire.

### C. L'ORDONNANCE APPROPRIÉE

Ayant conclu que le paragraphe 19(2) prévoit une exemption discrétionnaire plutôt qu'une exemption obligatoire, je dois maintenant déterminer quelle est l'ordonnance qu'il convient de rendre en l'espèce. Ainsi que je l'ai déjà dit, si la disposition d'exemption est discrétionnaire, il y a deux décisions à prendre: une décision de fait et une décision discrétionnaire. En ce qui concerne la décision discrétionnaire, je souscris à l'avis exprimé par le juge Strayer dans le jugement *Kelly*, précité, selon lequel la Cour doit uniquement décider si le pouvoir discrétionnaire a été exercé régulièrement ou non, et non exercer de nouveau ce pouvoir discrétionnaire. En l'espèce, l'intimé concède que le ministre, qui agissait par l'intermédiaire de M<sup>me</sup> Wesley, a commis une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 19(2). Il n'est donc pas nécessaire que la Cour révise la décision discrétionnaire.

La question qui se pose maintenant est celle de savoir qui doit exercer ce pouvoir discrétionnaire et décider s'il y a lieu de donner communication totale ou partielle du document. Dans ces conditions, j'estime qu'il convient de renvoyer l'affaire au responsable de l'institution pour qu'il prenne une nouvelle décision en exerçant de façon régulière le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 19(2). L'intimé a demandé que la Cour ordonne que la demande de renseignements du requérant soit réexami-

Court. In my view, the suggested 30 day period is somewhat arbitrary.

Accordingly with respect to the main record, I order that the information request of the applicant, dated January 15, 1992, be referred back to the respondent for review and redetermination by a different delegate of the Minister, that review and redetermination to be made on an expedited basis.

### Issue 2: The Secret Record

Did the respondent Minister, acting through the Access to Information and Privacy Coordinator, Citizenship and Immigration Canada, err in deciding the secret record was exempt from disclosure? If so, what is the appropriate remedy?

The respondent Minister, acting through Mr. E. W. Aumand, the Access to Information and Privacy Coordinator, refused to disclose most of the secret record, claiming it was exempt from disclosure under sections 23 and 19 of the Act. Of the 174 pages contained in the secret record, Mr. Aumand did disclose to the applicant eight pages. The respondent submits the Minister did not err in the exercise of his discretion by refusing disclosure of most of the secret record. The applicant, however, submits that the Minister improperly exercised his discretion in deciding the secret record was exempt from disclosure, on the basis of sections 19 and/or 23 of the Act.

As was discussed above, it is my interpretation of section 49 of the Act that before the Court acquires jurisdiction to make an order under this section, it must first determine that the Minister was not authorized to refuse disclosure of the record or part thereof. While the respondent made major concessions with respect to the main record, as discussed *supra*, the respondent has not conceded that the Minister lacked

née par un autre fonctionnaire dans les 30 jours du prononcé de l'ordonnance. À mon avis, le délai suggéré de 30 jours est quelque peu arbitraire.

<sup>a</sup> En conséquence, en ce qui concerne le dossier principal, j'ordonne que la demande de renseignements faite le 15 janvier 1992 par le requérant soit renvoyée à l'intimé pour qu'elle soit examinée et jugée de nouveau par un autre représentant du ministre et ce, de façon accélérée.

### Question 2: le dossier secret

<sup>c</sup> Le ministre intimé, qui agissait par l'intermédiaire du coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels à Citoyenneté et Immigration Canada, a-t-il commis une erreur en refusant de communiquer le dossier secret au motif qu'il faisait l'objet d'une exemption? Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

<sup>d</sup> Le ministre intimé, qui agissait par l'intermédiaire de M. E. W. Aumand, coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, a refusé de communiquer la plus grande partie du dossier secret au motif qu'il faisait l'objet de l'exemption prévue aux articles 23 et 19 de la Loi. Sur les 174 pages que contient le dossier secret, M. Aumand n'a en fait communiqué au requérant que huit pages. L'intimé soutient que le ministre n'a pas commis d'erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en refusant de communiquer la plus grande partie du dossier secret. Le requérant affirme, en revanche, que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon irrégulière en refusant de communiquer le dossier secret au motif qu'il faisait l'objet de l'exemption prévue à l'article 19 ou à l'article 23 de la Loi, ou à ces deux articles.

<sup>e</sup> Ainsi que je l'ai déjà dit, suivant l'interprétation que je fais de l'article 49 de la Loi, avant d'acquiescer la compétence voulue pour rendre l'ordonnance prévue à cet article, la Cour doit d'abord conclure que le ministre n'était pas justifié de refuser la communication totale ou partielle du dossier. Bien que l'intimé ait, comme nous l'avons déjà vu, fait d'importantes concessions en ce qui concerne le dossier principal, il

authorization to refuse to disclose the secret record or any part thereof. It is therefore necessary for the Court to review the contents of the secret record, taking into consideration the exemptions claimed, to determine whether or not the Minister was authorized in refusing disclosure. It is only when this determination has been made by the Court, that the Court acquires jurisdiction to order a remedy under section 49 of the Act.

Justice MacKay considered the role of the Court when conducting a review under the Act in the case of *Air Atonabee*, *supra*.<sup>34</sup> In that case the applicant brought an application under section 44 of the Act for a review of the decision of the Minister concerning a request for information under the Act. Justice MacKay stated the following with respect to a review by the Court:

That the court should undertake a review of the records in issue and determine what is exempt from disclosure and what is not, and further what information should be severed from exempt information and then released, may well be an onerous task in some cases. Nevertheless, it is consistent with the role which implicitly Parliament has established for the court under the Act. Three sections provide for application to the court for review: by the requester who is refused information (s. 41), by one who objects to the release of third party information (s. 44), and by the Information Commissioner when his recommendations for disclosure are not met (s. 42). The first two provide for "review of the matter" and the last for "review of any refusal to disclose a record requested". Section 46 provides in the clearest terms that in proceedings arising from any of these applications "the Court may . . . examine any record . . . that is under the control of a government institution and no such record may be withheld from the court on any grounds". Finally, the remedies available by order of the court imply detailed examination, if necessary record by record, by the court, both where there has been refusal to disclose a record on a statutorily specified ground when the court determines that "the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the record or part thereof" (s. 50), and where the court determines that the head of an institution who proposes disclosure "is required to refuse to disclose the record or part thereof" (s. 51) (emphasis added). The reference to parts of records obviously reflects the obligation on the head of the institution concerned under s. 25, where this can be reasonably done, to sever and disclose parts of records where those parts do not contain exempt information.

ne reconnaît pas que le ministre n'était pas justifié de refuser la communication totale ou partielle du dossier secret. La Cour doit donc examiner le contenu du dossier secret, en tenant compte des exemptions invoquées, pour déterminer si le ministre était justifié ou non de refuser la communication. Ce n'est que lorsqu'elle a rendu cette décision que la Cour acquiert la compétence voulue pour accorder une réparation en vertu de l'article 49 de la Loi.

Dans le jugement *Air Atonabee*, précité<sup>34</sup>, le juge MacKay a examiné le rôle que joue la Cour lorsqu'elle procède à la révision prévue par la Loi. Dans cette affaire, le requérant avait exercé en vertu de l'article 44 de la Loi un recours en révision d'une décision prise par le ministre au sujet d'une demande de renseignements faite en vertu de la Loi. Le juge MacKay a déclaré ce qui suit au sujet de la révision effectuée par la Cour:

Il peut être très pénible dans certains cas pour la Cour d'entreprendre une révision des documents en litige et de déterminer lesquels échappent à la communication et lesquels doivent être divulgués et de décider quels sont les renseignements qui doivent être prélevés des renseignements exemptés et être communiqués. Néanmoins, cela s'accorde avec le rôle que le législateur a implicitement conféré à la Cour en vertu de la Loi. Il y a trois articles qui permettent d'exercer un recours en révision devant la Cour: l'article 41, qui accorde ce droit à la personne qui s'est vu refuser la communication d'un document; l'article 44, qui permet à la personne qui s'oppose à la communication de renseignements de tiers d'exercer un tel recours, et l'article 42, qui permet au Commissaire à l'information d'exercer ce recours lorsque ses recommandations de communication ne sont pas suivies. Les deux premiers articles parlent d'un «recours en révision», et le dernier, d'un «recours en révision pour refus de communication totale ou partielle d'un document». L'article 46 prévoit dans les termes les plus nets que la Cour a, pour les recours prévus aux articles en question, «accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale . . . ; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé». Finalement, les recours qui peuvent être exercés aux termes d'une ordonnance de la Cour impliquent un examen approfondi de la part de la Cour, s'il y a lieu document par document, tant dans le cas où le refus de communiquer un document s'appuie sur un motif prévu par la loi et que la Cour conclut que «le refus de communication totale ou partielle du document . . . n'était pas fondé sur des motifs valables» (art. 50), que lorsque la Cour conclut que le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de communiquer un document «est tenu de refuser la communication totale ou partielle du document

(art. 51) (non souligné dans l'original). Le fait que l'on parle de communication partielle d'un document s'explique de toute évidence par l'obligation faite au responsable de l'institution concernée en vertu de l'art. 25 de communiquer les parties de document dépourvues de renseignements exemptés.

a

The role of the court, to conduct a "review of the matter" de novo, including examination document by document of the records proposed to be disclosed which the applicant third party seeks to have prohibited from disclosure, does not seem to have been thoroughly discussed previously, perhaps because it has been seen to be so obvious in previous cases that no issue was raised about it. That is, however, the role implicit in the statute, consistent with the purposes of the Act and one that the court has adopted in practice in previous cases arising under s. 44: (See e.g., *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture) et al.*, supra; *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1988), 18 F.T.R. 15 (F.C.T.D.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of Health and Welfare)*, et al., supra). In light of the jurisprudence evolving in relation to the Act there can no longer be doubt that upon application for review, the court's function is to consider the matter de novo including, if necessary, a detailed review of the records in issue document by document.<sup>35</sup>

b

c

d

e

Le rôle de la Cour, en l'occurrence celui de procéder à une nouvelle «révision», et notamment à examiner chacun des documents qu'on a l'intention de communiquer et dont le tiers requérant cherche à interdire la communication, ne semble pas avoir déjà été examiné à fond, peut-être parce qu'il a été perçu comme étant tellement évident dans les affaires antérieures qu'aucun point litigieux n'a été soulevé à cet égard. C'est cependant le rôle qui est implicitement conféré par la Loi à la Cour, qui s'accorde avec l'objet de la Loi, et que la Cour a adopté en pratique dans les affaires antérieures relatives à l'art. 44. (Voir, par ex., *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture) et autre*, précité; *Bande indienne de Montana c. Canada (ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, (1988), 18 F.T.R. 15 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social) et autre*, précité). Compte tenu de la jurisprudence qui a été élaborée relativement à la Loi, il ne peut plus faire de doute que lorsque la Cour est saisie d'un recours en révision, son rôle consiste à examiner l'affaire de nouveau et à procéder au besoin à une révision détaillée de chacun des documents en litige<sup>35</sup>.

Justice Denault reviewed the decision of a minister's refusal to disclose information, pursuant to an application under section 41 of the Act, in the case of *X*, supra.<sup>36</sup> It would appear Justice Denault took the approach enunciated above in *Air Atonabee*, supra, as is indicated in the following passage:

f

As indicated previously, the respondents have provided one or more exemption provisions with respect to each record or severed portion thereof and have, through secret affidavits, attempted to explain and justify the rationale behind each exemption. I have considered each record, together with the explanation provided and have, based on the information before me, determined that the decision to withhold was properly made in all but one circumstance. Where I had doubt, I sought additional clarification from counsel for the respondents and I am satisfied that, but for records numbered 0616 and 0617, this application for review must be dismissed.<sup>37</sup> [Emphasis added.]

g

h

i

Saisi d'un recours exercé en vertu de l'article 41 de la Loi, le juge Denault a, dans le jugement *X*, précité<sup>36</sup>, révisé la décision du ministre de refuser la communication des renseignements demandés. Il semblerait que le juge Denault ait fait sien le raisonnement suivi dans le jugement *Air Atonabee*, précité, comme le passage suivant le démontre:

Comme indiqué précédemment, les intimés ont invoqué une ou plusieurs dispositions portant exemption à l'égard de chaque dossier ou de chaque élément occulté et, au moyen d'affidavits secrets, ont essayé d'expliquer et de justifier chaque exemption. J'ai examiné chaque dossier ainsi que l'explication qui s'y rapporte et, à la lumière des faits ressortant du dossier, j'ai décidé que le refus de communication était justifié à l'exception d'un seul cas. Chaque fois que j'avais des doutes, j'ai demandé des éclaircissements à l'avocate des intimés et je conclus qu'à l'exception des dossiers n<sup>os</sup> 0616 et 0617, le recours en révision doit être rejeté<sup>37</sup>. [Non souligné dans l'original.]

Before proceeding to conduct the document by document review of the secret record, it is first necessary to discuss the nature of the exemptions claimed.

j

Avant de passer à l'examen document par document du dossier secret, il est d'abord nécessaire d'examiner la nature des exemptions invoquées.

A. NATURE OF THE EXEMPTION PROVISIONSi. Section 23: Solicitor-Client Privilege

One ground relied upon by the respondent as authorization for the Minister's refusal to disclose the secret record is section 23 of the Act. This provision allows the head of the institution to refuse to disclose any record that contains information that is subject to solicitor-client privilege. Section 23 says the head of a government institution may refuse to disclose the information, and thus this section provides a discretionary exemption. Accordingly, there are two types of decisions to be made in relation to section 23: firstly, a factual decision as to whether or not the requested information is subject to solicitor-privilege, and secondly, a discretionary decision as to whether or not it ought to be nevertheless disclosed.

a. The Factual Decision: Solicitor-Client Privilege

The *Access to Information Act* does not define "solicitor-client privilege", thus it is necessary to refer to the common law definition. A substantial body of law in relation to solicitor-client privilege has developed. Justice Cullen stated the following in the decision of *Weiler v. Canada (Department of Justice)*:

In Canada, the privilege has been elevated beyond a rule of evidence, and accorded the status of a substantive rule of law. The legal effect of the privilege has been expanded beyond protection of solicitor-client communications from disclosure in legal proceedings involving the parties to any circumstances where such communications may be disclosed without the client's consent.<sup>38</sup>

Justice Lamer (as he then was) formulated the following four-part substantive rule with respect to solicitor-privilege in the Supreme Court of Canada decision of *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*:

A. NATURE DES DISPOSITIONS D'EXEMPTIONi. Article 23: le secret professionnel de l'avocat

L'intimé invoque notamment l'article 23 de la Loi pour justifier le refus du ministre de communiquer le dossier secret. Cette disposition autorise le responsable d'une institution fédérale à refuser la communication de tout document qui contient des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat. L'article 23 dispose que le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements demandés; cet article prévoit donc une exemption discrétionnaire. Par conséquent, il y a deux types de décisions à prendre en ce qui concerne l'article 23: en premier lieu, une décision de fait sur la question de savoir si les renseignements demandés sont protégés ou non par le secret professionnel de l'avocat et, en second lieu, une décision discrétionnaire sur la question de savoir si les renseignements devraient quand même être communiqués.

e a. La décision de fait: le secret professionnel de l'avocat

La *Loi sur l'accès à l'information* ne définit pas le «secret professionnel de l'avocat». Il faut donc se référer à la définition que la common law en donne. Une quantité importante de règles de droit ont été élaborées en ce qui concerne le privilège du secret professionnel qui lie un avocat à son client. Voici, à cet égard, ce que le juge Cullen a déclaré dans le jugement *Weiler c. Canada (Ministère de la Justice)*:

Au Canada, ce privilège a dépassé le statut de règle de preuve pour recevoir celui de règle de fond. L'effet juridique du privilège a été porté au-delà de la protection accordée aux communications entre l'avocat et son client contre leur divulgation au cours des procédures judiciaires mettant en cause les parties, pour s'étendre à toutes les circonstances où ces communications pourraient être divulguées sans le consentement du client concerné<sup>38</sup>.

Dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, le juge Lamer (maintenant juge en chef) a formulé la règle de droit à quatre volets suivante en ce qui concerne le privilège du secret professionnel des avocats:

It would, I think, be useful for us to formulate this substantive rule, as the judges formerly did with the rule of evidence; it could, in my view, be stated as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent. <sup>a</sup>
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality. <sup>b</sup>
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation. <sup>c</sup>
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.<sup>39</sup> <sup>d</sup>

However, before one can apply the substantive rule of law, it is first necessary to define what is included under the umbrella of "solicitor-client privilege". The Exchequer Court of Canada in the decision of *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue* enunciated the following principles, which have been followed in several decisions: <sup>f</sup>

As it seems to me, there are really two quite different principles usually referred to as solicitor and client privilege, viz:

- (a) all communications, verbal or written, of a confidential character, between a client and a legal adviser directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or legal assistance (including the legal adviser's working papers, directly related thereto) are privileged; and <sup>h</sup>
- (b) all papers and materials created or obtained specially for the lawyer's "brief" for litigation, whether existing or contemplated, are privileged.<sup>40</sup> <sup>i</sup>

The Court then went on to state the following at pages 34 and 35: <sup>j</sup>

Il est, je crois, opportun que nous formulions cette règle de fond, tout comme l'ont fait autrefois les juges pour la règle de preuve; elle pourrait, à mon avis, être énoncée comme suit:

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La Loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.<sup>39</sup>

Toutefois, avant de pouvoir appliquer la règle de fond, il faut d'abord définir ce que la notion de «secret professionnel de l'avocat» englobe. Dans la décision *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, la Cour de l'Échiquier du Canada a énoncé les principes suivants, qui ont été suivis dans plusieurs décisions: <sup>g</sup>

[TRADUCTION] À mon sens, on parle en réalité de deux principes tout à fait distincts lorsqu'on parle du secret professionnel de l'avocat, à savoir:

- a) toutes les communications, verbales ou écrites, de nature confidentielle, qui sont échangées entre l'avocat et son client et qui se rapportent directement à la consultation de l'avocat ou aux conseils ou services juridiques que l'avocat donne (y compris les documents de travail de l'avocat qui s'y rapportent directement) sont protégées;
- b) tous les documents, existants ou à venir, qui sont créés ou obtenus spécialement pour le dossier constitué par l'avocat en vue du procès sont protégés.<sup>40</sup>

La Cour a poursuivi en déclarant, aux pages 34 et 35:



What is important to note about both of these rules is that they do not afford a privilege against the discovery of facts that are or may be relevant to the determination of the facts in issue. What is privileged is the communications or working papers that came into existence by reason of the desire to obtain a legal opinion or legal assistance in the one case and the materials created for the lawyer's brief in the other case. The facts or documents that happen to be reflected in such communications or materials are not privileged from discovery if, otherwise, the party would be bound to give discovery of them.

[TRADUCTION] Ce qu'il importe de signaler au sujet de ces deux principes, c'est le fait qu'ils ne créent pas un privilège qui permettrait de refuser la communication préalable de faits qui sont ou qui peuvent être pertinents pour la détermination des faits en litige. Ce qui est protégé, ce sont les communications ou les documents de travail qui sont nés en raison du désir d'obtenir, dans un cas, un avis juridique ou l'aide d'un avocat, et, dans l'autre cas, en raison des documents créés par l'avocat en vue de constituer un dossier en vue du procès. On ne peut invoquer le secret professionnel pour refuser de communiquer au préalable les faits ou les documents auxquels on se trouve à faire allusion dans les communications ou les documents en question si la partie était par ailleurs tenue d'en donner communication préalable.

In my view, it follows that, whether we are thinking of a letter to a lawyer for the purpose of obtaining a legal opinion or of a statement of facts in a particular form requested by a lawyer for use in litigation, the letter or statement itself is privileged but the facts contained therein or the documents from which those facts were drawn are not privileged from discovery if, apart from the facts having been reflected in the privileged documents, they would have been subject to discovery. For example, the financial facts of a business would not fall within the privilege merely because they had been set out in a particular way as requested by a solicitor for purposes of litigation, but the statement so prepared would be privileged. [Emphasis added.]<sup>41</sup>

À mon avis, il s'ensuit que, peu importe qu'on pense à la lettre adressée à un avocat dans le but d'obtenir une opinion juridique ou à l'exposé des faits formulé sous une forme déterminée que l'avocat demande pour l'utiliser dans le cadre d'un procès, la lettre ou l'exposé lui-même est protégé par le secret professionnel, tandis que les faits qu'ils renferment ou les documents desquels ces faits sont tirés ne sont pas protégés contre la communication préalable si, exception faite des faits auxquels on fait allusion dans les documents protégés, ils auraient été soumis à la communication préalable. Par exemple, les faits financiers concernant une entreprise ne seraient pas protégés du simple fait qu'ils ont été exposés d'une certaine façon conformément à la demande faite par l'avocat en vue d'un procès, mais l'exposé ainsi préparé serait protégé. [Non souligné dans l'original.]<sup>41</sup>

The principle stated in the above quotation is important to the case at bar, as the applicant has submitted that at least part of the secret record ought to be disclosed by virtue of section 25 of the Act, which allows for severance of any part of the record that does not fall within an exempting provision. However, more will be said of this later.

Le principe énoncé dans la citation qui précède est important en l'espèce, étant donné que le requérant soutient que le dossier secret devrait être communiqué, en partie du moins, en vertu de l'article 25 de la Loi, qui prévoit le prélèvement de toute partie du dossier qui ne tombe pas sous le coup d'une disposition d'exemption. Nous reviendrons sur cette question plus loin.

In regards to the scope of the solicitor-client privilege, I agree with the following statement of Justice Halvorson of the Saskatchewan Court of Queen's Bench, who stated the following in the decision of *International Minerals & Chemicals Corp. (Canada) Ltd. et al. v. Commonwealth Insurance Co. et al.*:

En ce qui concerne la portée du secret professionnel de l'avocat, je souscris à la déclaration suivante faite par le juge Halvorson de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan dans le jugement *International Minerals & Chemicals Corp. (Canada) Ltd. et al. v. Commonwealth Insurance Co. et al.*:

To engage solicitor-client privilege, it must be shown that the communication or document was made confidentially for the purpose of legal advice. Those objectives must be construed broadly. Where there is a continuum of communications and meetings between the solicitor and client, and

[TRADUCTION] Pour que le secret professionnel de l'avocat s'applique, il faut qu'on démontre que la communication ou le document a été donné confidentiellement dans le but de prodiguer un conseil d'ordre juridique. Ces objectifs doivent être interprétés de façon large. Lorsqu'il existe un conti-

information is passed by the solicitor or client to the other as part of the continuum aimed at keeping both informed so that advice may be sought and given as required, the privilege will attach to those communications and documents (see *Balabel*). [Emphasis added.]<sup>42</sup>

The above quotation essentially reiterates the first principle stated in *Susan Hosiery, supra*. Justice Halvorson's use of the phrase "continuum of communications" emphasizes the importance that "all communications . . . between a client and a legal advisor directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or legal assistance" fall under the protection of the solicitor-client privilege.

In a case similar to the case at bar, Associate Chief Justice Jerome discussed the law of solicitor-client privilege in the context of a review under section 41 of the Act, with respect to a decision refusing disclosure of information on the basis of section 23 of the Act. The Associate Chief Justice stated the following:

The proper method to substantiate a claim of privilege was explained by the Supreme Court of Canada in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821 at 837:

As Mr. Justice Addy notes, privilege can only be claimed document by document, with each document being required to meet the criteria for the privilege—(i) a communication between solicitor and client, (ii) which entails the seeking or giving of legal advice; and (iii) which is intended to be confidential by the parties. To make the decision as to whether the privilege attaches, the letters must be read by the judge, which requires, at a minimum, that the documents be under the jurisdiction of a court.

As it is unlikely that all records or transactions between a solicitor and client fall within this privilege, the burden falls on the moving party to demonstrate that each and every document in question fits squarely within the scope of the rule. Consequently, it is clear that that party must produce for the Court all material for which it is seeking to assert privilege, to enable the judge to make an informed evaluation of the contents: [*Nabisco Brands Ltd. v. Procter & Gamble Co. et al* (1989), 24 C.P.R. (3d) 570 (F.C.A.)].

nuum de communications et de rencontres entre l'avocat et son client, et que l'avocat ou le client se transmettent l'un à l'autre des éléments d'information dans le cadre de ce continuum dans le but de se tenir au courant pour que des conseils puissent être demandés ou donnés au besoin, les communications et les documents en question sont protégés par le secret professionnel (voir la décision *Balabel*). [Non souligné dans l'original]<sup>42</sup>.

Dans cette citation, le tribunal reprend essentiellement le premier principe posé dans le jugement *Susan Hosiery*, précité. Par son emploi de l'expression «continuum de communications», le juge Halvorson souligne l'importance du fait que «toutes les communications . . . qui sont échangées entre l'avocat et son client et qui se rapportent directement à la consultation de l'avocat ou aux conseils ou services juridiques que l'avocat donne» sont protégées par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

Dans une affaire semblable à celle qui nous occupe, le juge en chef adjoint Jerome a analysé les règles de droit relatives au secret professionnel de l'avocat dans le contexte d'un recours exercé en vertu de l'article 41 de la Loi relativement à une décision de refuser la communication de renseignements sur le fondement de l'article 23 de la Loi. Le juge en chef adjoint a déclaré ce qui suit:

Dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 837, la Cour suprême du Canada expose la méthode appropriée pour établir le bien-fondé d'une revendication du privilège du secret professionnel de l'avocat:

Comme le souligne le juge Addy, le privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement, et chacun doit répondre aux critères du privilège: (i) une communication entre un avocat et son client; (ii) qui comporte une consultation ou un avis juridiques; et (iii) que les parties considèrent de nature confidentielle. Le juge doit lire les lettres afin de décider si le privilège s'y rattache, ce qui exige, à tout le moins, qu'elles relèvent de la juridiction d'un tribunal.

Comme il est peu probable que tous les documents échangés ou toutes les opérations effectuées entre un avocat et son client fassent l'objet de ce privilège, il incombe à la partie requérante de prouver que la portée de la règle s'étend sans équivoque à chacun des documents en question. Il est donc évident que cette partie doit produire devant le tribunal tous les documents à l'égard desquels elle invoque le privilège pour permettre au juge d'apprécier leur contenu de manière éclairée [*Nabisco Brands Ltd. c. Procter & Gamble Co. et autres*, (1989), 24 C.P.R. (3d) 570 (C.A.F.)].

The onus is on the government department in question to establish that the information was communicated to or by a government lawyer in order to provide senior department officials with advice on the legal ramifications of proposed departmental actions. In addition, it must be demonstrated that the information given was and is confidential; there must have been confidentiality at the time it was communicated and since that time: *Canadian Jewish Congress v. M.E.I. (Canada)*, T-1284-92, March 10, 1995, unreported, (F.C.T.D.) [Please see [1995] F.C.J. No. 362].<sup>43</sup>

The above cases set out the common law definition of solicitor-client privilege and the substantive rule of law applicable to information protected under this definition. It is within this framework that I will review the documents in the secret record to determine whether the Minister erred in concluding that the documents were properly subject to solicitor-client privilege.

#### b. The Discretionary Decision

As was discussed above in the context of the main record, it is my view that the Court ought only review the discretionary decision to determine if the discretion was exercised properly. In the decision of *Rubin*, *supra*, the Federal Court of Appeal stated:

In my view, section 49 clothes the Court with jurisdiction to determine whether the head of the institution is authorized to refuse disclosure. The discretion given to the institutional head is not unfettered. It must be exercised in accordance with recognized legal principles. It must also be used in a manner which is in accord with the conferring statute. (Lord Reid in *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.) at pages 1030, 1034). The applicable legal principles are well stated by Wilson J. in the *Oakwood* case when she said that an administrative decision-maker "must be seen not only to have restricted its gaze to factors within its statutory mandate but must also be seen to have turned its mind to all the factors relevant to the proper fulfillment of its statutory decision-making function."<sup>44</sup>

If the Court determines that the discretion was properly exercised, then the decision of the Minister will be upheld. However, if the Court determines

Il appartient au ministère intéressé d'établir que l'information a été communiquée à, ou par, un avocat du gouvernement en vue de fournir aux fonctionnaires supérieurs des conseils sur les ramifications juridiques des actes ministériels proposés. En outre, il faut montrer que l'information donnée était et demeure de nature confidentielle; ce caractère confidentiel devait exister au moment où l'information a été communiquée et doit continuer d'exister depuis ce temps *Congrès juif canadien c. M.E.I. (Canada)*, T-1284-92, le 10 mars 1995, non publié (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) [Voir [1995] F.C.J. No. 362]<sup>43</sup>.

Dans les décisions précitées, les tribunaux ont énoncé la définition que la common law donne du secret professionnel des avocats, ainsi que la règle de fond qui s'applique aux renseignements protégés en vertu de cette définition. C'est dans ce cadre que je réviserai les documents contenus dans le dossier secret pour déterminer si le ministre a commis une erreur en concluant que les documents étaient à bon droit protégés par le secret professionnel de l'avocat.

#### b. La décision discrétionnaire

Ainsi que je l'ai déjà dit en ce qui concerne le dossier principal, j'estime que la Cour doit se contenter de réviser la décision discrétionnaire pour déterminer si le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé. À cet égard, dans l'arrêt *Rubin*, précité, la Cour d'appel fédérale déclare:

À mon avis, l'article 49 confère à la Cour le pouvoir de déterminer si le responsable de l'institution peut refuser de donner communication. Le pouvoir discrétionnaire du responsable de l'institution n'est pas absolu. Il doit être exercé conformément aux principes de droit reconnus. On doit en faire usage d'une manière compatible avec la loi habilitante (lord Reid dans l'affaire *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), aux pages 1030, 1034). Dans l'affaire *Oakwood*, le juge Wilson a bien formulé les principes juridiques applicables lorsqu'elle a dit que: «Il faut donc non seulement (qu'un organisme de décision administrative) ait tenu compte uniquement de facteurs qui relèvent de la compétence que lui a conférée la loi, mais aussi qu'elle ait pris en considération tous les facteurs dont elle doit tenir compte pour bien remplir la fonction de prise de décisions qu'elle a aux termes de la loi»<sup>44</sup>.

Si elle conclut que le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé, la Cour confirme la décision du ministre. Cependant, si la Cour en vient à une autre

otherwise, then as was discussed above in relation to the main record, an appropriate order of this Court would be to refer the matter back to the Minister to exercise his/her discretion properly.

ii. Section 19: Personal Information Exemption

The second ground upon which the respondent claims that the documents contained within the secret record are exempt from disclosure is the personal information exemption set out in section 19 of the Act. The operation of section 19 was discussed in detail above, and accordingly nothing more need be said about it at this time.

iii. Section 25: Severance Provision

When reviewing the secret record, the Court must also consider the applicability of section 25 of the Act.<sup>45</sup> This section obliges the head of the institution to disclose any part of the record that does not contain information that the head of the institution is authorized to refuse to disclose, if that part of the record can reasonably be severed. Associate Chief Justice Jerome stressed the importance of the requirement that information only be disclosed if it could reasonably be severed in the decision of *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, wherein he stated the following:

Indeed, Parliament seems to have intended that severance of exempt and non-exempt portions be attempted only when the result is a reasonable fulfillment of the purposes of these statutes.

...

Disconnected snippets of releasable information taken from otherwise exempt passages are not, in my view, reasonably severable. [Emphasis added.]<sup>46</sup>

Applying the common law definition of solicitor-client privilege together with section 25 to this record,

conclusion, une ordonnance appropriée pourrait consister pour la Cour, comme nous en avons déjà parlé au sujet du dossier principal, à renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il exerce régulièrement son pouvoir discrétionnaire.

ii. L'article 19: l'exemption relative aux renseignements personnels

Le second moyen qu'invoque l'intimé pour affirmer qu'il est exempté de communiquer les documents contenus dans le dossier secret est tiré de l'exemption prévue à l'article 19 de la Loi en ce qui concerne les renseignements personnels. J'ai déjà discuté en détail de l'application de l'article 19 et il n'est donc pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit à ce sujet pour le moment.

iii. Article 25: la disposition relative aux prélèvements

Lorsqu'elle révisé le dossier secret, la Cour doit également se demander si l'article 25 de la Loi s'applique<sup>45</sup>. Cet article oblige le responsable de l'institution à communiquer les parties du dossier qui sont dépourvues de renseignements que le responsable de l'institution peut refuser de communiquer, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. Dans le jugement *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, le juge en chef adjoint Jerome a souligné l'importance de la condition suivant laquelle les renseignements ne peuvent être communiqués que si leur prélèvement ne pose pas de problèmes sérieux. Voici en quels termes il s'est exprimé:

En effet, le Parlement semble avoir eu l'intention de ne procéder au prélèvement d'extraits protégés et non protégés que si le résultat s'avère raisonnablement conforme aux objets de ces lois

...

Des bribes de renseignements pouvant être divulgués, extraits de passages par ailleurs protégés ne peuvent être prélevés sans poser de problèmes sérieux. [Non souligné dans l'original.]<sup>46</sup>

J'estime que, si l'on applique ensemble la définition que la common law donne du secret professionnel ce

it is my opinion that when the head of the institution has refused to disclose information on the basis of the solicitor-client privilege exemption of section 23, and where the Court determines that solicitor-client privilege is applicable, it will be infrequent that section 25 should apply to sever part of the record, making it releasable. The quotation from *Susan Hosiery*, set out above, made it clear that although the facts contained within a communication between a solicitor and his/her client may not themselves be privileged, the document within which they are contained is privileged. As was discussed above, section 23 does provide a discretionary exemption, as it only states that the head of the institution may refuse to disclose information protected by solicitor-client privilege. Accordingly, it could be argued, in a case where the facts contained within a solicitor-client privileged document are not privileged in and of themselves, that such would be an appropriate case for the Minister to sever this portion of the document and exercise his/her discretion under section 23 of the Act to release this severed portion of information. The applicant has submitted that an appropriate approach is to order such background facts severed and disclosed.<sup>47</sup>

In theory, under the Act this would be permissible, as section 23 is a discretionary exemption rather than a mandatory exemption, so although the factual portion of a communication may be "privileged" under the *Susan Hosiery* definition, section 23 gives the Minister the discretion to release it, and section 25 gives the Minister the authority to sever and release parts of the record. However, it is my opinion, that if the Minister chooses to exercise his/her discretion to retain solicitor-client privilege and therefore refuses disclosure of the information, that would not constitute an improper exercise of discretion. The concept of solicitor-client privilege is well established in our common-law, and the reasons behind it remain of utmost importance today. The Exchequer Court articulated those reasons as follows, in the *Susan Hosiery* decision:

l'avocat et l'article 25, lorsque le responsable de l'institution refuse, comme en l'espèce, de communiquer les renseignements demandés en invoquant l'exemption prévue à l'article 23 en ce qui concerne les renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat, et lorsque la Cour conclut que le privilège du secret professionnel de l'avocat s'applique, l'article 25 ne devrait s'appliquer que rarement pour permettre le prélèvement des parties du dossier qui peuvent être communiquées. Il ressort de l'extrait précité du jugement *Susan Hosiery* que, bien que les faits contenus dans une communication échangée entre un avocat et son client puissent ne pas être eux-mêmes protégés, le document duquel ils sont tirés l'est. Ainsi que je l'ai déjà dit, l'article 23 prévoit effectivement une exemption discrétionnaire, car il porte simplement que le responsable de l'institution peut refuser de communiquer les renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat. En conséquence, on pourrait, dans un cas où les faits contenus dans un document protégé par le secret professionnel de l'avocat ne sont pas eux-mêmes protégés, soutenir qu'il y aurait lieu pour le ministre de prélever cette partie du document et exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 23 de la Loi pour communiquer la partie du document ainsi prélevée. Le requérant affirme que la façon de procéder qu'il convient de suivre consiste à ordonner que les faits de base en question soient prélevés et communiqués<sup>47</sup>.

En théorie, selon la Loi, cette façon de procéder serait permise, étant donné que l'article 23 constitue une exemption discrétionnaire plutôt qu'une exemption obligatoire, de sorte que même, si la partie factuelle d'une communication est «protégée» au sens de la définition contenue dans le jugement *Susan Hosiery*, l'article 23 confère au ministre le pouvoir discrétionnaire de la communiquer, et l'article 25 lui donne le pouvoir de prélever et de divulguer des parties du dossier. J'estime toutefois que si le ministre choisit d'exercer son pouvoir discrétionnaire en invoquant le privilège du secret professionnel de l'avocat et qu'il refuse en conséquence de communiquer les renseignements demandés, cette décision ne constitue pas un exercice irrégulier de son pouvoir discrétionnaire. Le concept du secret professionnel de l'avocat est solidement implanté en common law, et les raisons qui

justifient son existence conservent toujours une importance capitale. La Cour de l'Échiquier a exposé de la façon suivante les raisons en question dans le jugement *Susan Hosiery*:

In so far as the solicitor-client communications are concerned, the reason for the rule, as I understand it, is that, if a member of the public is to receive the real benefit of legal assistance that the law contemplates that he should, he and his legal adviser must be able to communicate quite freely without the inhibiting influence that would exist if what they said could be used in evidence against him so that bits and pieces of their communications could be taken out of context and used unfairly to his detriment unless their communications were at all times framed so as not only to convey their thoughts to each other but so as not to be capable of being misconstrued by others. The reason for the rule, and the rule itself, extends to the communications for the purpose of getting legal advice, to incidental materials that would tend to reveal such communications, and to the legal advice itself. It is immaterial whether they are verbal or in writing.

Turning to the "lawyer's brief" rule, the reason for the rule is, obviously, that, under our adversary system of litigation, a lawyer's preparation of his client's case must not be inhibited by the possibility that the materials that he prepares can be taken out of his file and presented to the court in a manner other than that contemplated when they were prepared. What would aid in determining the truth when presented in the manner contemplated by the solicitor who directed its preparation might well be used to create a distortion of the truth to the prejudice of the client when presented by someone adverse in interest who did not understand what gave rise to its preparation. If lawyers were entitled to dip into each other's briefs by means of the discovery process, the straightforward preparation of cases for trial would develop into a most unsatisfactory travesty of our present system.<sup>48</sup>

Furthermore, I do not believe that disclosing "disconnected snippets of information" constitutes reasonable severance of the record.

## B. REVIEW OF THE SECRET RECORD

Bearing in the mind the exempting provisions discussed above, I have reviewed the documents contained in the secret record. The documents in the secret record can be divided into the following four groups:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] En ce qui concerne les communications entre l'avocat et son client, la raison d'être du principe tient, sauf erreur, au fait que pour qu'un simple citoyen puisse bénéficier véritablement du droit de consulter un avocat que la loi lui reconnaît, lui et son avocat doivent pouvoir communiquer entre eux tout à fait librement sans l'influence inhibitrice à laquelle ils seraient soumis si ce qu'ils disent pouvait être utilisé en preuve contre eux de sorte que des fragments de leurs communications pourraient être tirés de leur contexte et être utilisés de façon injuste à leur détriment sauf si leurs communications étaient conçues en tout temps de manière non seulement à se transmettre mutuellement leur pensée mais de manière aussi à ne pas être mal interprétés par autrui. La raison d'être du principe, et le principe lui-même, s'appliquent aux communications échangées en vue d'obtenir des conseils juridiques, aux documents accessoires qui seraient susceptibles de révéler la teneur de ces communications et aux conseils juridiques eux-mêmes. Il importe peu qu'ils soient verbaux ou écrits.

<sup>e</sup> Pour en venir au principe applicable au «dossier de l'avocat», sa raison d'être tient évidemment à ce que, dans notre système judiciaire fondé sur le principe du débat contradictoire, l'avocat ne doit pas être gêné dans la préparation du dossier de son client par la possibilité que des documents qu'il rédige soient retirés de son dossier et déposés devant le tribunal à des fins autres que celles qu'il envisage. Les documents qui aideraient à mettre à jour la vérité s'ils étaient préparés de la façon prévue par l'avocat qui en a dirigé la préparation pourraient fort bien servir à fausser la vérité s'ils étaient soumis par une partie adverse qui ne comprend pas ce qui a donné lieu à leur rédaction. Si les avocats pouvaient fouiller dans les dossiers les uns des autres au moyen du processus de la communication préalable, la simple préparation des dossiers pour l'instruction se transformerait en une regrettable parodie de notre système actuel<sup>48</sup>.

<sup>h</sup> Qui plus est, je ne crois pas que la divulgation de «bribes de renseignements» constitue un prélèvement qui ne pose pas un problème sérieux.

## <sup>i</sup> B. EXAMEN DU DOSSIER SECRET

Tenant compte des dispositions d'exemption que je viens d'analyser, j'ai examiné les documents contenus dans le dossier secret. On peut les diviser en quatre catégories:

- |   |  |
|---|--|
| <p>1. Documents that the respondent claims are exempt from disclosure under section 23 of the Act, as being subject to solicitor-client privilege.</p> <p>2. Documents that the respondent claims are exempt from disclosure under section 19 of the Act, as containing personal information.</p> <p>3. Documents that the respondent claims are exempt from disclosure because they are not relevant as they contain no information.</p> <p>4. Documents that the respondent has not claimed are exempt from disclosure and which have been released to the applicant (8 pages).</p> | <p>1. Les documents dont l'intimé affirme être justifié de refuser la communication en vertu de l'article 23 de la Loi au motif qu'ils sont protégés par le secret professionnel de l'avocat.</p> <p>2. Les documents dont l'intimé affirme devoir refuser la communication en vertu de l'article 19 de la Loi au motif qu'ils contiennent des renseignements personnels.</p> <p>3. Les documents dont l'intimé affirme être justifié de refuser la communication au motif qu'ils ne sont pas pertinents, étant donné qu'ils ne contiennent aucun renseignement.</p> <p>4. Les documents pour lesquels l'intimé n'invoque pas d'exemption et qui ont été communiqués au requérant (8 pages).</p> |
|---|--|

#### Section 23 Exemption

I have reviewed the secret record, document by document, to determine if the Minister was authorized to refuse disclosure of the record or part thereof, on the basis of solicitor-client privilege. As was discussed above, since section 23 is a discretionary exemption provision, there are two decisions to review: the factual decision and the discretionary decision.

In regards to the factual decision, after reviewing the documents I am of the opinion that nearly all of these documents are subject to solicitor-client privilege. With respect to a small number of pages, I found they were not protected by solicitor-client privilege, however I have decided they are irrelevant to the applicant's request for information regarding Mr. Sokolov's current immigration status, and have found the Minister's refusal to disclose them authorized on that basis. However, more will be said of those documents later. Also, with respect to one page, I found it was not protected by solicitor-client privilege, however it did contain personal information and as such I have included it in the discussion below, with respect to the section 19 exemption provision. I therefore find the following pages of the secret record are subject to solicitor-client privilege: 249, 250, 253-255, 258, 263, 268, 274-277, 280-282, 286, 288-290,

#### d L'exemption prévue à l'article 23

J'ai examiné le dossier secret, document par document, pour déterminer si le ministre était justifié de refuser d'en donner communication totale ou partielle sur le fondement du secret professionnel de l'avocat. Ainsi que je l'ai déjà dit, comme l'article 23 constitue une disposition d'exemption discrétionnaire, il y a deux décisions à réviser: la décision de fait et la décision discrétionnaire.

En ce qui concerne la décision de fait, après avoir examiné les documents, je suis d'avis que presque tous ces documents sont protégés par le secret professionnel de l'avocat. J'ai constaté, en ce qui a trait à un petit nombre de pages, qu'elles ne sont pas protégées par le secret professionnel, mais j'ai conclu qu'elles ne se rapportaient pas à la demande de renseignements relative au statut actuel d'immigrant de M. Sokolov, et je suis arrivé à la conclusion que le refus du ministre de les communiquer était, pour cette raison, justifié. Je reviendrai toutefois sur ces documents plus loin. En outre, en ce qui concerne une page, j'en suis venu à la conclusion qu'elle n'était pas protégée par le secret professionnel de l'avocat, mais j'ai constaté qu'elle contenait effectivement des renseignements personnels, ce qui explique pourquoi je l'ai incluse dans la discussion qui suit au sujet de la disposition d'exemption contenue à l'article 19. Je conclus donc

293, 304-310, 313-314, 316-326, 345-347, 350-357, 375-388, 395-397, 398, 400-418, 420, 423-424, 426-432, 434, 438-447, 449-453.

With respect to the documents that I have found are subject to solicitor-client privilege, I must now review the discretionary decision of the respondent, to not release these documents pursuant to section 23. I have discussed above, in the context of the main record, the role of the Court in reviewing a discretionary decision of the Minister. In this case, I am satisfied that the Minister properly exercised his discretion in deciding to refuse disclosure. As the Associate Chief Justice stated in an earlier application before this Court by these same two parties: "From time immemorial it has been a fundamental principle of our system of justice that information or advice given in confidence between lawyer and client is privileged from disclosure to the public."<sup>49</sup> Accordingly, I uphold the decision of the respondent to refuse disclosure of the above listed documents on the basis of solicitor-client privilege.

### Section 19 Exemption

After a review of the documents, I found that nearly all of the documents that the respondent claimed were exempt as containing personal information do in fact contain personal information, and as such are *prima facie* exempt from disclosure pursuant to subsection 19(1) of the Act. With respect to a small number of pages, I found they did not contain personal information, however were irrelevant to the request of the applicant for information pertaining to Mr. Sokolov's immigration status, and thus the Minister was authorized to refuse disclosure on that basis. This will be discussed further below. I therefore find the following pages of the secret record contain personal information: 248, 251-252, 256-257, 260-262, 264-267, 270-

que les pages suivantes du dossier secret sont protégées par le secret professionnel de l'avocat: 249, 250, 253 à 255, 258, 263, 268, 274 à 277, 280 à 282, 286, 288 à 290, 293, 304 à 310, 313 et 314, 316 à 326, 345 à 347, 350 à 357, 375 à 388, 395 à 397, 398, 400 à 418, 420, 423 et 424, 426 à 432, 434, 438 à 447, 449 à 453.

Je dois maintenant réviser la décision discrétionnaire par laquelle l'intimé a refusé, en vertu de l'article 23, de communiquer les documents qui, selon ma conclusion, sont protégés par le secret professionnel. J'ai déjà parlé, dans le cadre du dossier principal, du rôle que joue la Cour lorsqu'elle révisé une décision discrétionnaire du ministre. En l'espèce, je suis convaincu que le ministre a régulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant de communiquer les renseignements demandés. Ainsi que le juge en chef adjoint l'a déclaré au sujet d'une demande antérieurement soumise à notre Cour par les deux mêmes parties: «Depuis toujours, il existe un principe fondamental inhérent à notre système de justice, c'est-à-dire que l'information ou les conseils circulant en confidence entre l'avocat et son client sont protégés par le secret professionnel contre toute intrusion du public»<sup>49</sup>. En conséquence, je confirme la décision par laquelle l'intimé a refusé la communication des documents ci-dessus énumérés en invoquant le secret professionnel de l'avocat.

### L'exemption prévue à l'article 19

Après avoir examiné les documents, j'en suis venu à la conclusion que la presque totalité des documents qui, selon ce qu'affirme l'intimé, sont soustraits à l'obligation de communication au motif qu'ils contiennent des renseignements personnels contiennent effectivement des renseignements personnels et qu'à ce titre, le ministre était à première vue tenu d'en refuser la communication aux termes du paragraphe 19(1) de la Loi. J'en suis venu à la conclusion qu'un petit nombre de pages ne contenaient pas de renseignements personnels; j'estime toutefois que ces pages ne se rapportaient pas à la demande de renseignements faite par le requérant au sujet du statut d'immigrant de M. Sokolov. Le ministre était donc justifié de refuser



272, 279, 287, 295, 297, 301, 303, 312, 315, 327, 329-331, 333-335, 338, 344, 349, 358-363, 365-374, 389-394, 399, 419, 425, 448, 454.

However, I must also review the discretionary decision that must be made under subsection 19(2) of the Act. Mr. Aumand, the Access to Information and Privacy Coordinator, was the delegate of the Minister who refused to disclose these documents to the applicant. In his letter to the applicant, dated February 18, 1994, Mr. Aumand stated that he refused disclosure on the basis of subsection 19(1) and section 23, however only subsection 19(1) is important to this discussion. As has been discussed in detail *supra*, subsection 19(2) provides exceptions to the otherwise mandatory exemption provision of subsection 19(1). Mr. Aumand does not indicate whether or not he took into consideration the potential exceptions from exemption provided for under subsection 19(2). As was also discussed above, even if Mr. Aumand had found that an exception in subsection 19(2) applied, it would then be in his discretion as to whether or not the information ought to be disclosed. It is not the role of this Court to substitute its discretion for that of the Minister's. I am not satisfied that there was sufficient evidence indicating that Mr. Aumand improperly exercised his discretion, and accordingly I uphold the decision of the respondent to refuse disclosure of the above listed documents, pursuant to the section 19 exemption provision.

#### Irrelevant Documents

The applicant's request for information of January 15, 1992, by Mr. Eric Vernon of the Canadian Jewish Congress, specifically requested information as to Mr. Sokolov's "current immigration status".<sup>50</sup> Section 6 of

la communication pour cette raison. Je reviendrai plus loin sur cette question. Je conclus donc que les pages suivantes du dossier secret renferment des renseignements personnels: 248, 251 et 252, 256 et 257, 260 à 262, 264 à 267, 270 à 272, 279, 287, 295, 297, 301, 303, 312, 315, 327, 329 à 331, 333 à 335, 338, 344, 349, 358 à 363, 365 à 374, 389 à 394, 399, 419, 425, 448 et 454.

Il me faut cependant aussi réviser la décision discrétionnaire qui doit être prise en vertu du paragraphe 19(2) de la Loi. M. Aumand, coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, est le représentant du ministre qui a refusé de communiquer les documents en question au requérant. Dans la lettre qu'il a adressée au requérant le 18 février 1994, M. Aumand déclare qu'il refuse la communication sur le fondement du paragraphe 19(1) et de l'article 23. Toutefois, seul le paragraphe 19(1) est important dans le cadre de la présente analyse. Ainsi que je l'ai déjà expliqué en détail, le paragraphe 19(2) prévoit des exceptions à la disposition d'exemption par ailleurs obligatoire du paragraphe 19(1). M. Aumand ne précise s'il a tenu compte ou non des exceptions potentielles à l'exemption qui sont prévues au paragraphe 19(2). Ainsi que je l'ai également déjà dit, si M. Aumand avait conclu qu'une des exceptions prévues au paragraphe 19(2) s'appliquait, il aurait alors eu le pouvoir discrétionnaire de décider si les renseignements demandés devaient ou non être communiqués. Il n'appartient pas à notre Cour de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du ministre. Je ne suis pas convaincu qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir penser que M. Aumand a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon irrégulière, et je confirme par conséquent la décision de l'intimé de refuser la communication des documents ci-dessus énumérés en vertu de la disposition d'exemption contenue à l'article 19.

#### Documents non pertinents

Dans la demande de renseignements qu'il a formulée le 15 janvier 1992 par la voix de M. Eric Vernon du Congrès juif canadien, le requérant a expressément demandé des renseignements au sujet du «statut actuel

the Act requires the request for information to be in writing and to “provide sufficient detail to enable an experienced employee of the institution with a reasonable effort to identify the record”.<sup>51</sup> Furthermore, section 49 of the Act only applies when the Minister has refused to “disclose a record requested under this Act”. It is my interpretation of the Act that the government institution is only obliged to search for documents relevant to the request, and is likewise only obliged to disclose relevant information. Justice Denault of this Court stated the following in regards to section 6 in the decision of *X*, *supra*, at page 87:

Section 6 imposes an obligation on the applicant to state precisely what he is seeking and a corresponding obligation is imposed on the Canadian institution to make all efforts to locate and identify documents relevant to the request.<sup>52</sup>

However, Justice Denault did state later in the same decision that “[t]he fact that information is not directly related to an access request is not a basis for exemption under the Act”.<sup>53</sup> With all due respect, I find that in the circumstances of the case at bar, if there was a document in the secret record that did not pertain to Mr. Sokolov’s current immigration status, then it is not a record that has been requested, and thus there is no obligation on the respondent to disclose it.

I have reviewed the documents that the respondent claimed were irrelevant and contained no information and I agree with the decision of the respondent not to disclose these documents. They are irrelevant and do not contain any meaningful information, notwithstanding they do not contain any information pertaining to the request of the applicant. I find it is not reasonable to sever these documents and release them. Severance of these documents would result in the release of “disconnected snippets of information”, which is not the purpose of section 25 of the Act. Furthermore, as discussed above, I interpret the Act as only requiring the respondent to search for and disclose those documents relevant to the information requested by the applicant. In addition, as was mentioned above, with

d’immigrant» de M. Sokolov<sup>50</sup>. L’article 6 de la Loi exige que la demande de renseignements soit faite par écrit et qu’elle soit «rédigée en des termes suffisamment précis pour permettre à un fonctionnaire expérimenté de l’institution de trouver le document sans problèmes sérieux»<sup>51</sup>. En outre, l’article 49 de la Loi ne s’applique qu’en cas de refus du ministre de communiquer un document demandé en vertu de la Loi. Suivant l’interprétation que je fais de la Loi, l’institution fédérale est uniquement tenue de chercher les documents qui se rapportent à la demande et elle n’est tenue de communiquer que les renseignements pertinents qu’ils renferment. Voici à cet égard les propos que le juge Denault de notre Cour a tenus au sujet de l’article 6 dans la décision *X*, précitée, à la page 87:

L’article 6 fait au demandeur l’obligation d’indiquer en termes précis ce qu’il cherche à se faire communiquer, et à l’institution fédérale intéressée l’obligation correspondante de faire tous les efforts pour trouver les documents visés par la demande<sup>52</sup>.

Toutefois, le juge Denault a effectivement déclaré plus loin dans la même décision «[q]ue ces renseignements n’aient pas un rapport direct avec la demande de communication ne constitue pas un motif d’exemption prévu par la Loi»<sup>53</sup>. En toute déférence, je conclus que, eu égard aux circonstances de la présente affaire, s’il y avait un document dans le dossier secret qui ne se rapportait pas au statut actuel d’immigrant de M. Sokolov, ce n’est pas un document qui a été demandé et l’intimé n’est donc pas tenu de le communiquer.

J’ai examiné les documents qui, selon ce qu’affirme l’intimé, ne sont pas pertinents et qui ne contiennent aucun renseignement et je souscris à la décision de l’intimé de ne pas les communiquer. Ils ne sont pas pertinents et ils ne contiennent aucun renseignement utile, et encore moins de renseignements se rapportant à la demande du requérant. J’estime qu’on ne pourrait pas sans problème sérieux prélever des extraits de ces documents et les divulguer. Le prélèvement d’extraits de ces documents donnerait lieu à la communication de simples «bribes de renseignements» et ce n’est pas l’objet que vise l’article 25 de la Loi. En outre, ainsi que je l’ai déjà dit, suivant l’interprétation que j’en fais, la Loi oblige uniquement l’intimé à chercher et à communiquer les documents qui se rapportent aux

respect to a small number of pages that the respondent claimed were exempt on the sections 19 or 23 basis, I find they fall under the category of irrelevant documents, and I uphold the Minister's decision to refuse disclosure, on this basis. Therefore, I find the following pages of the secret record are irrelevant to the information requested by the applicant, and the respondent need not disclose them to the applicant: 259, 269, 273, 294, 296, 298-300, 311, 328, 336-337, 339-343, 348, 364, 421-422, 433, 435-437.

#### Documents Already Disclosed

According to Exhibit B of the supplementary affidavit of Helen Sparks,<sup>54</sup> sworn August 30, 1994, the following pages of the secret record were disclosed to the applicant in February of 1994, by Mr. Aumand: 278, 283, 284, 285, 291, 292, 302, 332. If these documents have not already been disclosed to the applicant, then I hereby order they be disclosed forthwith.

#### IV. CONCLUSION

With respect to the main record, I order that the information request of the applicant, dated January 15, 1992, be referred back to the respondent for review and redetermination by a different delegate of the respondent, that review and redetermination to be made on an expedited basis.

I uphold the respondent's decision to refuse disclosure of the following pages of the secret record on the basis of section 23 of the Act: 249-250, 253-255, 258, 263, 268, 274-277, 280-282, 286, 288-290, 293, 304-310, 313-314, 316-326, 345-347, 350-357, 375-388, 395-396, 397, 398, 400-418, 420, 423-424, 426-432, 434, 438-447, 449-453.

Similarly, I uphold the respondent's decision to refuse disclosure of the following pages of the secret record on the basis they contain personal information

renseignements demandés par le requérant. Qui plus est, ainsi que je l'ai déjà mentionné, je conclus que le petit nombre de pages qui, selon ce qu'affirme l'intimé, sont protégées en vertu de l'article 19 ou de l'article 23, font partie de la catégorie des documents qui ne sont pas pertinents, et je confirme la décision du ministre de refuser leur communication pour ce motif. Par conséquent, je conclus que les pages suivantes du dossier secret ne se rapportent pas aux renseignements demandés par le requérant et que l'intimé n'est pas tenu de les lui communiquer: 259, 269, 273, 294, 296, 298 à 300, 311, 328, 336 et 337, 339 à 343, 348, 364, 421 et 422, 433, 435 à 437.

#### Documents déjà communiqués

Suivant l'annexe B de l'affidavit supplémentaire souscrit le 30 août 1994 par M<sup>me</sup> Helen Sparks<sup>54</sup>, les pages suivantes du dossier secret ont été communiquées au requérant en février 1994 par M. Aumand: 278, 283, 284, 285, 291, 292, 302 et 332. Si ces documents n'ont pas déjà été communiqués au requérant, j'ordonne par la présente qu'ils le soient sans délai.

#### IV. DISPOSITIF

En ce qui concerne le dossier principal, j'ordonne que la demande de renseignements faite le 15 janvier 1992 par le requérant soit renvoyée à l'intimé pour qu'un autre de ses représentants la réexamine et prenne une nouvelle décision à son sujet de façon accélérée.

Je confirme la décision par laquelle l'intimé a refusé la communication des pages suivantes du dossier secret en vertu de l'article 23 de la Loi: 249 et 250, 253 à 255, 258, 263, 268, 274 à 277, 280 à 282, 286, 288 à 290, 293, 304 à 310, 313 et 314, 316 à 326, 345 à 347, 350 à 357, 375 à 388, 395 et 396, 397, 398, 400 à 418, 420, 423 et 424, 426 à 432, 434, 438 à 447, 449 à 453.

De la même façon, je confirme la décision par laquelle l'intimé a refusé la communication des pages suivantes du dossier secret au motif qu'elles contien-

and are exempt from disclosure under section 19 of the Act: 248, 251-252, 256-257, 260-262, 264-267, 270-272, 279, 287, 295, 297, 301, 303, 312, 315, 327, 329-331, 333-335, 338, 344, 349, 358-363, 365-374, 389-394, 399, 419, 425, 448, 454.

As for the following pages of the secret record, I find the Minister was authorized in refusing disclosure, as they are irrelevant to the information requested by the applicant: 259, 269, 273, 294, 296, 298-300, 311, 328, 336-337, 339-343, 348, 364, 421-422, 433, 435-437.

If the following pages of the secret record have not already been disclosed to the applicant, then I order the respondent to disclose them forthwith: 278, 283, 284, 285, 291, 292, 302, 332.

<sup>1</sup> S. 41 reads as follows:

**41.** Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

<sup>2</sup> S. 19 reads as follows:

**19.** (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

- (a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;
- (b) the information is publicly available; or
- (c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

<sup>3</sup> S. 23 reads as follows:

**23.** The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that is subject to solicitor-client privilege.

<sup>4</sup> The relevant portions of ss. 13 and 15 read as follows:

ment des renseignements personnels et qu'elles ne peuvent être communiquées en vertu de l'article 19 de la Loi: 248, 251 et 252, 256 et 257, 260 à 262, 264 à 267, 270 à 272, 279, 287, 295, 297, 301, 303, 312, 315, 327, 329 à 331, 333 à 335, 338, 344, 349, 358 à 363, 365 à 374, 389 à 394, 399, 419, 425, 448 et 454.

Quant aux pages suivantes du dossier secret, je conclus que le ministre était justifié d'en refuser la communication, étant donné qu'elles ne se rapportent pas aux renseignements demandés par le requérant: 259, 269, 273, 294, 296, 298 à 300, 311, 328, 336 et 337, 339 à 343, 348, 364, 421 et 422, 433, 435 à 437.

J'ordonne à l'intimé de communiquer sans délai au requérant, s'il ne l'a déjà fait, les pages suivantes du dossier secret: 278, 283, 284, 285, 291, 292, 302 et 332.

<sup>1</sup> L'art. 41 dispose:

**41.** La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

<sup>2</sup> L'art. 19 dispose:

**19.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où:

- a) l'individu qu'ils concernent y consent;
- b) le public y a accès;
- c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

<sup>3</sup> L'art. 23 dispose:

**23.** Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

<sup>4</sup> Voici les dispositions pertinentes des art. 13 et 15:

13. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that was obtained in confidence from

(a) the government of a foreign state or an institution thereof.

...

15. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs. . . . [Emphasis added.]

<sup>5</sup> Respondent's application record, paras. 9, 14 and 22.

<sup>6</sup> Respondent's application record, paras. 14 and 24.

<sup>7</sup> S. 49 reads as follows:

49. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

<sup>8</sup> *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.) (hereinafter *Air Atonabee*).

<sup>9</sup> S. 46 reads as follows:

46. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution and no such record may be withheld from the Court on any grounds.

<sup>10</sup> S. 44 of the Act is a comparable provision to s. 41 of the Act, however it makes provision for a third party to apply for review of a decision regarding disclosure, whereas if the requester of the information seeks a review of such a decision, he/she applies under s. 41. Both of these sections provide for a review by the Federal Court.

<sup>11</sup> *Air Atonabee*, *supra*, note 8.

<sup>12</sup> [1992] 1 F.C. 77 (T.D.) (hereinafter *X*).

<sup>13</sup> [1995] F.C.J. No. 63 (T.D.) (QL).

<sup>14</sup> [1995] F.C.J. No. 822 (T.D.) (QL) (hereinafter *Wells*).

<sup>15</sup> [1994] 3 F.C. 527 (T.D.) (hereinafter *Sutherland*).

13. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements obtenus à titre confidentiel:

a) des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes.

...

15. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales . . . [Non souligné dans l'original.]

<sup>5</sup> Dossier de la demande de l'intimé, par. 9, 14 et 22.

<sup>6</sup> Dossier de la demande de l'intimé, par. 14 et 24.

<sup>7</sup> L'art. 49 dispose:

49. La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

<sup>8</sup> *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre du transport)* (1989), 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelé *Air Atonabee*).

<sup>9</sup> L'art. 46 dispose:

46. Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

<sup>10</sup> L'art. 44 de la Loi est comparable à l'art. 41 de la Loi. Il permet toutefois à un tiers d'exercer un recours en révision de la décision relative à la communication, tandis que, si la personne qui demande la communication des renseignements sollicite la révision de cette décision, elle exerce son recours en vertu de l'art. 41. Ces deux articles donnent à la Cour fédérale le pouvoir de réviser la décision en question.

<sup>11</sup> *Air Atonabee*, précitée, note 8.

<sup>12</sup> [1992] 1 C.F. 77 (1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelée *X*).

<sup>13</sup> [1995] F.C.J. n° 63 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

<sup>14</sup> [1995] A.C.F. n° 822 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (ci-après appelée *Wells*).

<sup>15</sup> [1994] 3 C.F. 527 (1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelée *Sutherland*).

<sup>16</sup> (1994), 86 F.T.R. 266 (F.C.T.D.) (hereinafter *Terry*).

<sup>17</sup> Respondent's application record, paras. 9, 14 and 22.

<sup>18</sup> (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (F.C.T.D.) (hereinafter *Kelly*).

<sup>19</sup> S. 41 of the *Privacy Act* reads as follows:

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

<sup>20</sup> *Kelly*, *supra*, note 18, at p. 58.

<sup>21</sup> The purpose of the Act is set out in s. 2(1), which reads as follows:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

A person's right to access is provided by subsection 4(1), which reads as follows:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

<sup>22</sup> *Kelly*, *supra*, note 18, at pp. 58-59.

<sup>23</sup> *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.), at p. 277 (hereinafter *Rubin*).

<sup>24</sup> S. 3 of the *Privacy Act* reads as follows:

3. In this Act,

...

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

<sup>16</sup> (1994), 86 F.T.R. 266 (1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelée *Terry*).

<sup>17</sup> Dossier de demande de l'intimé, par. 9, 14 et 22.

<sup>18</sup> (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelé *Kelly*).

<sup>19</sup> L'art. 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* dispose:

41. L'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

<sup>20</sup> *Kelly*, précité, note 18, à la p. 58.

<sup>21</sup> L'objet de la Loi est énoncé à l'art. 2(1), qui énonce:

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

Le droit d'accès des personnes est prévu à l'art. 4(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144], qui est ainsi libellé:

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande:

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

<sup>22</sup> *Kelly*, précité, note 18, aux p. 58 et 59.

<sup>23</sup> *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.), à la p. 277 (ci-après appelé *Rubin*).

<sup>24</sup> L'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* dispose:

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présent loi.

...

«renseignements personnels» Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment:

- (a) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age or marital status of the individual,
- (b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,
- (c) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,
- (d) the address, fingerprints or blood type of the individual,
- (e) the personal opinions or views of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,
- (f) correspondence sent to a government institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and replies to such correspondence that would reveal the contents of the original correspondence,
- (g) the views or opinions of another individual about the individual,
- (h) the views or opinions of another individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual by an institution or a part of an institution referred to in paragraph (e), but excluding the name of the other individual where it appears with the views or opinions of the other individual, and
- (i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

but, for the purposes of section 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act*, does not include

- (j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,
  - (i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,
  - (ii) the title, business address and telephone number of the individual,
  - (iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,
  - (iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and
  - (v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment,
- (k) information about an individual who is or was performing services under contract for a government

- a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;
- b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;
- c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;
- d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;
- e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;
- f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;
- g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;
- h) les idées ou opinions d'un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l'alinéa e), à l'exclusion du nom de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;
- i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

toutefois, il demeure entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26 et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant:

- j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment:
  - (i) le fait même qu'il est ou a été employé par l'institution,
  - (ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,
  - (iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste,
  - (iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu'il a établi au cours de son emploi,
  - (v) les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de son emploi;
- k) un individu qui, au titre d'un contrat, assure ou a assuré la prestation de services à une institution fédérale

institution that relates to the services performed, including the terms of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of those services,

(l) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and  
(m) information about an individual who has been dead for more than twenty years.

<sup>25</sup> *Sutherland, supra*, note 15.

<sup>26</sup> S. 48 reads as follows:

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

<sup>27</sup> S. 8 of the *Privacy Act* reads as follows:

8. (1) Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

...

(m) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, or

(ii) disclosure would clearly benefit the individual to whom the information relates.

<sup>28</sup> [1986] 3 F.C. 63 (T.D.) (hereinafter *Information Commissioner*).

<sup>29</sup> *Ibid.*, at p. 67.

<sup>30</sup> [1991] 3 F.C. 325 (T.D.) (hereinafter *Bland*).

<sup>31</sup> *Sutherland, supra*, note 15, at p. 543.

<sup>32</sup> *Terry, supra*, note 16, at p. 270.

<sup>33</sup> T-426-95, order dated 23/6/95, F.C.T.D., not yet reported, at p. 3 of reasons.

<sup>34</sup> *Air Atonabee, supra*, note 8.

<sup>35</sup> *Ibid.*, at p. 206.

<sup>36</sup> *X, supra*, note 12.

<sup>37</sup> *Ibid.*, at pp. 107-108.

<sup>38</sup> [1991] 3 F.C. 617 (T.D.), at p. 622.

<sup>39</sup> [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875.

<sup>40</sup> [1969] 2 Ex. C.R. 27, at p. 33 (hereinafter *Susan Hosiery*).

et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du contrat, le nom de l'individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de la prestation;

l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d'un permis ou d'une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;

m) un individu décédé depuis plus de vingt ans.

<sup>25</sup> *Sutherland, précité*, note 15.

<sup>26</sup> L'art. 48 dispose:

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

<sup>27</sup> L'art. 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est ainsi libellé:

8. (1) Les renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l'individu qu'ils concernent, que conformément au présent article.

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants:

...

m) communication à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution:

(i) des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée,

(ii) l'individu concerné en tirerait un avantage certain.

<sup>28</sup> [1986] 3 C.F. 63 (1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelé *Commissaire à l'information*).

<sup>29</sup> *Id.*, à la p. 67.

<sup>30</sup> [1991] 3 C.F. 325 (1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelé *Bland*).

<sup>31</sup> *Sutherland, précité*, note 15, à la p. 543.

<sup>32</sup> *Terry, précité*, note 16, à la p. 270.

<sup>33</sup> T-426-95, ordonnance en date du 23-6-95, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite, à la p. 3 des motifs.

<sup>34</sup> *Air Atonabee, précité*, note 8.

<sup>35</sup> *Ibid.*, à la p. 206.

<sup>36</sup> *X, précité*, note 12.

<sup>37</sup> *Ibid.*, aux p. 107 et 108.

<sup>38</sup> [1991] 3 C.F. 617 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 622 et 623.

<sup>39</sup> [1982] 1 R.C.S. 860, à la p. 875.

<sup>40</sup> [1969] 2 R.C.É. 27, à la p. 33 (ci-après appelé *Susan Hosiery*).



<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> (1991), 89 Sask. R. 1 (Q.B.), at p. 8.

<sup>43</sup> *Wells, supra*, note 14, at pp. 5-7.

<sup>44</sup> *Rubin, supra*, note 23, at pp. 273-274.

<sup>45</sup> S. 25 reads as follows:

25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material.

<sup>46</sup> [1988] 3 F.C. 551 (T.D.), at pp. 558-559.

<sup>47</sup> Applicant's memorandum of fact and law, para. 112.

<sup>48</sup> *Susan Hosiery, supra*, note 40, at pp. 33-34.

<sup>49</sup> *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 362 (T.D.) (QL), at p. 11.

<sup>50</sup> Respondent's application record, Exhibit A of affidavit of Kathy Wesley, dated August 11, 1995.

<sup>51</sup> S. 6 reads as follows:

6. A request for access to a record under this Act shall be made in writing to the government institution that has control of the record and shall provide sufficient detail to enable an experienced employee of the institution with a reasonable effort to identify the record.

<sup>52</sup> *X, supra*, note 12, at p. 87.

<sup>53</sup> *Ibid.*, at p. 108.

<sup>54</sup> Applicant's application record, Tab 7.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> (1991), 89 Sask. R. 1 (B.R.), à la p. 8.

<sup>43</sup> *Wells*, précité, note 14, aux p. 6 et 7.

<sup>44</sup> *Rubin*, précité, note 23, aux p. 273 et 274.

<sup>45</sup> L'art. 25 dispose:

25. Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

<sup>46</sup> [1988] 3 C.F. 551 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 558 et 559.

<sup>47</sup> Exposé des faits et du droit du requérant, par. 112.

<sup>48</sup> *Susan Hosiery*, précité, note 40, aux p. 33 et 34.

<sup>49</sup> *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] F.C.J. n° 362 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), à la p. 11.

<sup>50</sup> Dossier de la demande de l'intimé, annexe A de l'affidavit souscrit par M<sup>me</sup> Kathy Wesley le 11 août 1995.

<sup>51</sup> L'art. 6 dispose:

6. La demande de communication d'un document se fait par écrit auprès de l'institution fédérale dont relève le document; elle doit être rédigée en des termes suffisamment précis pour permettre à un fonctionnaire expérimenté de l'institution de trouver le document sans problèmes sérieux.

<sup>52</sup> *X*, précité, note 12, à la p. 87.

<sup>53</sup> *Ibid.*, à la p. 108.

<sup>54</sup> Dossier de la demande du requérant, onglet 7.

IMM-1023-95

IMM-1023-95

**An Li Cen** (*Applicant*)**An Li Cen** (*requérante*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration** (*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** (*intimé*)*INDEXED AS: CEN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: CEN c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Gibson J.—Toronto, October 31 and November 2, 1995.

Section de première instance, juge Gibson—Toronto, 31 octobre et 2 novembre 1995.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee — Applicant, citizen of People's Republic of China, drugged, sexually assaulted by employer's client while on trade promotion trip — Manager, communist party member, blackmailing her into silence, compliance with further sexual demands — Tried in absentia, convicted, sentenced to seven years' imprisonment for prostitution — CRDD finding story not credible, no nexus between fear of persecution and grounds giving rise to finding of implausibility not reasonably drawn on totality of evidence — Open to CRDD to find applicant member of particular social group — Punishment so disproportionate to objective of law as to be persecutory although law of general application.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire d'une décision de la SSR selon laquelle la requérante n'était pas un réfugié au sens de la Convention — La requérante, qui est citoyenne de la République populaire de Chine, a été droguée et agressée sexuellement par un client de son employeur au cours d'un voyage de promotion du commerce — Sa directrice, qui était membre du parti communiste, l'a forcée par le chantage à garder le silence et à répondre à d'autres avances sexuelles — La requérante a été jugée par contumace, déclarée coupable et condamnée à une peine de sept ans d'emprisonnement pour prostitution — La SSR a conclu que son récit n'était pas crédible et qu'il n'existait aucun lien entre la crainte d'être persécutée et les motifs pouvant justifier le statut de réfugié au sens de la Convention — Les conclusions que la SSR a tirées quant à l'in vraisemblance n'auraient pas pu raisonnablement l'être de l'ensemble de la preuve — La SSR pouvait juger que la requérante faisait partie d'un groupe social — La punition était tellement disproportionnée avec l'objectif de la règle qu'on pouvait y voir de la persécution même s'il s'agissait d'une règle d'application générale.*

This was an application for judicial review of the CRDD decision that the applicant was not a Convention refugee. The applicant is a citizen of the People's Republic of China. She worked in a "travel agency" where trade promotion was a priority. Her manager was a member of the communist party. She accompanied her manager and a Japanese businessman on a tour of China which, it was hoped, would lead to lucrative contracts. On the second night of the trip, the applicant had been drugged and sexually assaulted by the businessman. Her manager threatened to report her as a prostitute if she told others about the assault, and used photographs taken during the assault to guarantee her silence and compliance with further sexual demands during the remainder of the trip. The assaults continued for the balance of the 15-day trip. Upon their return, the applicant refused to go to work. Her manager reported applicant to the Public Security Bureau. She was detained and interrogated, but became ill and was hospitalized. After recovering, the

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle la SSR a jugé que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention. La requérante est citoyenne de la République populaire de Chine. Elle travaillait dans une «agence de voyages» où la promotion du commerce constituait une priorité. Sa directrice était membre du parti communiste. Elle a accompagné cette dernière et un homme d'affaires japonais au cours d'un voyage en Chine qui, espérait-on, amènerait de lucratifs contrats. La deuxième nuit de ce voyage, la requérante a été droguée et agressée sexuellement par l'homme d'affaires. Sa directrice l'a menacée de la dénoncer comme prostituée si elle parlait de l'agression à d'autres personnes, et elle a utilisé des photos prises pendant l'agression sexuelle pour obtenir de la requérante qu'elle garde le silence et continue de répondre à d'autres avances sexuelles pendant le reste du voyage. Les agressions se sont poursuivies durant le reste du voyage d'une durée de quinze jours. À leur retour, la

applicant went into hiding. She discovered that she was pregnant and underwent an abortion. She was tried, convicted and sentenced *in absentia* to seven years' imprisonment for prostitution. If required to return to the PRC, the applicant feared assignment to a "reeducation through labour" camp. The CRDD did not believe the applicant's story and found that there was no nexus between her fear of persecution and the definition of Convention refugee.

*Held*, the application should be allowed.

The CRDD made no comment on the documentary evidence that lent credence to the applicant's tale of exploitation. It gave no weight to the fact that the applicant's manager was a member of the communist party, a manager in a state enterprise and engaged, through the exploitation of the applicant, in trade promotion, a priority of the PRC. The applicant showed that the inferences drawn by the CRDD in reaching its finding of implausibility could not reasonably have been drawn on the totality of the evidence.

The CRDD's conclusion regarding nexus to the definition of Convention refugee could not stand. The applicant was the victim of exploitation and blackmail. The fundamental human right in question was her right to security of the person. It was open to the CRDD to find that the applicant was a member of a particular social group within either the first or second category set out by the Supreme Court of Canada in *Canada (Attorney General) v. Ward*, i.e., a group defined by an innate or unchangeable characteristic or a group whose members voluntarily associate for reasons so fundamental to their human dignity that they should not be forced to forsake the association. The particular social group might be defined as "women who have been subjected to exploitation resulting in the violation of their security of the person and who, in consequence of the exploitation have been tried, convicted and sentenced to imprisonment".

If the punishment under a law of general application is so Draconian as to be completely disproportionate to the objective of the law, it may be viewed as persecutory. The seven-year sentence fell within this category.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

requérante a refusé de retourner au travail. Sa directrice l'a dénoncée au Bureau de la sécurité publique. Elle a été détenue et interrogée, mais elle est tombée malade et a été hospitalisée. Après son rétablissement, la requérante s'est cachée. Elle a découvert qu'elle était enceinte et a ensuite subi un avortement. Elle a été jugée, déclarée coupable et condamnée par contumace à une peine de sept ans d'emprisonnement pour prostitution. Si elle devait retourner dans la RPC, la requérante craignait d'être envoyée dans un camp de «rééducation par le travail». La SSR n'a pas ajouté foi au récit de la requérante et a conclu qu'il n'existait aucun lien entre sa crainte d'être persécutée et la définition de réfugié au sens de la Convention.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

La SSR n'a formulé aucune remarque au sujet de la preuve documentaire qui ajoutait foi au récit de la requérante relativement à l'exploitation des femmes. Elle n'a accordé aucun poids au fait que la directrice de la requérante était membre du parti communiste, gestionnaire dans une entreprise d'État et participait, en exploitant la requérante, à la promotion du commerce, qui constituait une priorité de la RPC. La requérante a prouvé que les conclusions que la SSR a tirées quant à l'invraisemblance n'auraient pas pu raisonnablement l'être de l'ensemble de la preuve.

La conclusion que la SSR avait tirée au sujet du lien existant avec la définition de réfugié au sens de la Convention ne pouvait pas tenir. La requérante a été victime d'exploitation et de chantage. Le droit fondamental en cause était le droit à la sécurité de sa personne. La SSR pouvait juger que la requérante faisait partie d'un groupe social au sens de la première ou de la deuxième catégorie énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, c'est-à-dire d'un groupe défini par une caractéristique naturelle ou immuable ou d'un groupe dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints de renoncer à cette association. Le groupe social pourrait être défini comme étant constitué des «femmes qui ont été soumises à une forme d'exploitation qui a entraîné la violation de la sécurité de leur personne et qui, par suite de cette exploitation, ont été jugées, déclarées coupables et condamnées à une peine d'emprisonnement».

Si la punition imposée en vertu d'une règle d'application générale est draconienne au point d'être complètement disproportionnée avec l'objectif de la règle, on peut y voir de la persécution. La peine de sept ans imposée à la requérante entre dans cette catégorie.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Aguebor v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593; (1995), 187 N.R. 321; *Ye v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] F.C.J. No. 584 (C.A.) (QL).

## CONSIDERED:

*Giron v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 143 N.R. 238 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Sajous v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-1588-92, Tremblay-Lamer J., order dated 12/11/93, F.C.T.D., not reported; *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 189 (T.D.) (QL); *Leon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1253 (T.D.) (QL).

## AUTHORS CITED

*Country Reports on Human Rights Practices for 1993*: Report submitted to the Committee on Foreign Relations U.S. Senate and the Committee on Foreign Affairs, U.S. House of Representatives by the Department of State. Washington: U.S. Government Printing Office, 1994.

Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, March 9, 1993.

APPLICATION for judicial review of the CRDD decision that the applicant, a citizen of the People's Republic of China who, after being sexually assaulted, was tried, convicted and sentenced *in absentia* for prostitution, was not a Convention refugee because her story was implausible and there was no nexus between

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Aguebor c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 160 N.R. 315 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593; (1995), 187 N.R. 321; *Ye c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] F.C.J. n° 584 (C.A.) (QL).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Giron c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 143 N.R. 238 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Sajous c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-1588-92, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 12-11-93, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publiée; *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] F.C.J. n° 189 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Leon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] F.C.J. n° 1253 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DOCTRINE

Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration: Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*. Ottawa: Commission de l'immigration et du statut de réfugié, le 9 mars 1993.

*Country Reports on Human Rights Practices for 1993*: Report submitted to the Committee on Foreign Relations, U.S. Senate and the Committee on Foreign Affairs, U.S. House of Representatives by the Department of State. Washington: U.S. Government Printing Office, 1994.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a jugé que la requérante, une citoyenne de la République populaire de Chine qui, après avoir été agressée sexuellement, a été jugée, déclarée coupable et condamnée par contumace pour prostitution, n'était pas une réfugiée au sens de la Convention

her fear of persecution and the grounds that give rise to Convention refugee status. Application allowed.

parce que son récit était invraisemblable et qu'il n'existait aucun lien entre sa crainte d'être persécutée et les motifs qui peuvent justifier le statut de réfugié au sens de la Convention. Demande accueillie.

COUNSEL:

*John O. Grant* for applicant.  
*Glen J. Johnson* for respondent.

a

AVOCATS:

*John O. Grant* pour la requérante.  
*Glen J. Johnson* pour l'intimé.

b

SOLICITORS:

*Rosenbaum, Dickison, McKay & Grant*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

PROCUREURS:

*Rosenbaum, Dickison, McKay & Grant*, Toronto, pour la requérante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

c

*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*

d

GIBSON J.: These reasons arise out of an application for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division (the CRDD) of the Immigration and Refugee Board wherein the CRDD determined the applicant not to be a Convention refugee within the meaning of that term assigned by subsection 2(1) of the *Immigration Act*.<sup>1</sup> The decision of the CRDD is dated the 5th day of April, 1995.

LE JUGE GIBSON: Les présents motifs font suite à une demande de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle la section du statut de réfugié (la SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a jugé que la requérante n'était pas un réfugié au sens de la Convention selon le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*<sup>1</sup>. La décision de la SSR porte la date du 5 avril 1995.

e

The applicant is a citizen of the People's Republic of China (the PRC). In 1987, she commenced work as a clerk in a "travel agency" of the Chinese government where her duties apparently involved trade promotion and business dealings. Leaders at her work unit were all members of the communist party. By 1990, she had been promoted to the position of assistant manager by her manager Ms. Xiao. She interacted with foreign business persons as trade with other countries became more prevalent. In June 1993, the applicant and her manager received word of lucrative potential contracts through a Japanese businessman if a trip were arranged that would allow the businessman to see China. As the applicant spoke Japanese, she was invited to accompany her manager and the businessman on the trip.

La requérante est citoyenne de la République populaire de Chine (la RPC). En 1987, elle a commencé à travailler en tant que commis dans une «agence de voyages» du gouvernement chinois, où ses fonctions avaient apparemment rapport à la promotion du commerce et aux relations d'affaires. Les dirigeants de son service étaient tous membres du parti communiste. Dès 1990, elle a été promue au poste d'adjointe à la directrice par sa directrice M<sup>me</sup> Xiao. Elle était en rapport avec des gens d'affaires étrangers car le commerce avec d'autres pays se développait. En juin 1993, la requérante et sa directrice ont reçu d'un homme d'affaires japonais la promesse d'éventuels contrats lucratifs si un voyage était organisé afin de lui permettre de visiter la Chine. Comme la requérante parlait japonais, elle a été invitée à accompagner sa directrice et l'homme d'affaires lors de ce voyage.

g

h

i

j

During the course of the trip with the businessman, he began buying expensive gifts for the applicant who accepted them at the insistence of her manager. On the second night of the trip, according to the applicant, she was somehow drugged and was sexually assaulted by the businessman. She reported this to her manager who urged her to maintain "cordial" relationships with the businessman until the contracts had been signed. Her manager threatened to report the applicant to the Public Security Bureau (the PSB) as a prostitute if the applicant told others about the assault. Her manager showed the applicant photographs that had been taken during the course of the sexual assault. Under these threats, the applicant felt compelled to allow the businessman to continue to assault her sexually for the balance of the 15-day trip.

Following the trip, the applicant refused to go to work. Once again her manager threatened to report her as a prostitute if she did not return to work. Some eight days after the trip was over, the applicant's manager did report her to the PSB. The applicant was taken to the PSB facilities for questioning. She was detained for 10 days, interrogated, urged to write a confession of her prostitution and was shown the photographs that had been taken during the trip. The applicant refused to sign a confession. While in detention she became ill. Her father was allowed to take her to a hospital. After recovering, the applicant went into hiding. She was tried, convicted and sentenced *in absentia* to seven years' imprisonment for prostitution. Her father was detained for a period of time. The applicant discovered she was pregnant. She attempted to commit suicide. She underwent an abortion. Her father arranged for her to be smuggled out of the PRC and she made her way to Canada.

In its reasons for decision, the CRDD identified the issues before it as the applicant's credibility and the nexus of her fear of persecution to one of the five grounds that can give rise to Convention refugee status.

Au cours du voyage, l'homme d'affaires a commencé à acheter des cadeaux dispendieux pour la requérante, qui les a acceptés par suite de l'insistance de sa directrice. La deuxième nuit de ce voyage, selon les dires de la requérante, elle a été droguée de quelque façon et agressée sexuellement par l'homme d'affaires. Elle en a informé sa directrice, qui lui a conseillé vivement de maintenir des rapports «cordiaux» avec l'homme d'affaires jusqu'à la signature des contrats. Sa directrice l'a menacée de la dénoncer au Bureau de la sécurité publique (le BSP) comme prostituée si elle parlait de l'agression à d'autres personnes. Sa directrice lui a montré des photos prises pendant l'agression sexuelle. Sous ces menaces, la requérante s'est sentie forcée de continuer à laisser l'homme d'affaires l'agresser sexuellement pendant le reste du voyage d'une durée de 15 jours.

Le voyage terminé, la requérante a refusé de retourner au travail. Encore une fois, sa directrice l'a menacée de la dénoncer comme prostituée si elle ne reprenait pas son travail. Quelques huit jours après la fin du voyage, la directrice de la requérante l'a effectivement dénoncée au BSP. La requérante a été conduite aux locaux du BSP pour y être interrogée. Elle a été détenue pendant 10 jours, interrogée, pressée de faire des aveux au sujet de ses activités de prostituée et a pris connaissance des photos prises durant le voyage. La requérante a refusé de signer des aveux. Elle est tombée malade durant sa détention. Son père a été autorisé à la conduire à l'hôpital. Après son rétablissement, la requérante s'est cachée. Elle a été jugée, déclarée coupable et condamnée par contumace à une peine de sept ans d'emprisonnement pour prostitution. Son père a été gardé en détention pendant un certain temps. La requérante a découvert qu'elle était enceinte. Elle a tenté de se suicider. Elle a ensuite subi un avortement. Son père a pris des mesures pour la faire sortir clandestinement de la RPC, et elle est parvenue au Canada.

Dans les motifs de sa décision, la SSR a indiqué que les questions dont elle était saisie portaient sur la crédibilité de la requérante et l'existence d'un lien entre sa crainte d'être persécutée et l'un des cinq motifs qui peuvent justifier le statut de réfugié au sens de la Convention.

The CRDD concluded that it did not believe the applicant's story. It stated in its reasons:

The tribunal is of the opinion that the claimant's story that Ms. Xiao took pictures of the claimant's sexual encounter with the businessman and then showed them to the police as proof that the claimant was a prostitute is implausible. It would follow that if Ms. Xiao took the pictures, then she was complicit in the activity. It is reasonable to assume that Ms. Xiao, by the very act of providing the PSB with the pictures, would risk self-incrimination and would therefore be reluctant to show the pictures to the authorities as alleged by the claimant. The claimant stated that Ms. Xiao was afraid that the claimant would report her as procuring the claimant for the businessman. Having said that, it does not follow that Ms. Xiao would take such a chance as to expose her involvement by producing pictures, nor is it plausible that she would jeopardize her employment. If, indeed, such pictures were taken at all, they probably were used more as a threat to keep the claimant in line than anything else; in other words, to continue providing the businessman with her sexual favours. We would then have to ask why the businessman would allow compromising pictures to be taken of him. Would he not be fearful of blackmail? Surely he would have been aware that Ms. Xiao was in the room and that the pictures were being taken since the claimant stated that Ms. Xiao was in the room taking the photographs.

The claimant said that she was raped on the second night of the Beijing trip and that she was shown the pictures on the third day. When the claimant was asked why she did not report the rape to the authorities, she replied that she had no proof that she was forced into sexual activity and that no one would believe her.

The CRDD made no reference to documentary evidence that was before it regarding exploitation of women, albeit generally speaking not women of the applicant's employment and education level, in the PRC and regarding close and mutually advantageous working relationships between heads of work units and the PSB. This despite the fact that the applicant's story was to a significant degree consistent with such documentary evidence.

In his argument, counsel for the applicant relied on the decision of the Federal Court of Appeal in *Giron v. Minister of Employment and Immigration*<sup>2</sup> in

La SSR a conclu qu'elle n'ajoutait pas foi au récit de la requérante. Elle a déclaré à cet égard:

[TRADUCTION] Le tribunal estime que le récit de la revendicatrice selon lequel M<sup>me</sup> Xiao a pris des photos des rapports sexuels que la revendicatrice a eus avec l'homme d'affaires et les a ensuite montrées à la police afin de prouver que la revendicatrice était une prostituée n'est pas vraisemblable. Il s'ensuivrait que, si M<sup>me</sup> Xiao a pris les photos, elle a alors été complice de cette activité. Il est raisonnable de supposer que M<sup>me</sup> Xiao, du fait même d'avoir remis les photos au BSP, risquerait de s'incriminer et hésiterait donc à montrer les photos aux autorités comme le soutient la revendicatrice. Cette dernière a dit que M<sup>me</sup> Xiao craignait qu'elle ne la dénonce pour avoir offert les services de la revendicatrice à l'homme d'affaires. Cela dit, il ne s'ensuit pas que M<sup>me</sup> Xiao prendrait le risque de révéler sa participation à l'affaire en remettant les photos, et il n'est pas vraisemblable non plus qu'elle compromette son emploi. Si, en effet, de telles photos ont jamais été prises, elles ont probablement servi davantage à garder une emprise sur la revendicatrice qu'autre chose; autrement dit, à s'assurer que la revendicatrice continue de fournir ses faveurs sexuelles à l'homme d'affaires. Nous devrions alors nous demander pourquoi l'homme d'affaires aurait permis que l'on prenne de lui des photos compromettantes. Ne craindrait-il pas le chantage? Il aurait certainement su que M<sup>me</sup> Xiao se trouvait dans la chambre et qu'elle avait pris des photos puisque la revendicatrice a déclaré que M<sup>me</sup> Xiao se trouvait dans la chambre en train de prendre les photos.

La revendicatrice a dit qu'elle avait été violée durant la deuxième nuit du voyage à Beijing et avait vu les photos le troisième jour. Lorsqu'on lui a demandé pourquoi elle n'avait pas signalé le viol aux autorités, elle a répondu qu'elle ne possédait aucune preuve indiquant qu'elle avait été contrainte à avoir des rapports sexuels et que personne ne la croirait.

La SSR n'a pas fait mention de la preuve documentaire qui avait été portée à sa connaissance relativement à l'exploitation des femmes, même si en général il ne s'agissait pas de femmes occupant le même genre d'emploi que la requérante et ayant le même niveau d'instruction, dans la RPC et relativement aux relations de travail étroites et réciproquement avantageuses entre les dirigeants des unités de travail et le BSP. Et ce, malgré le fait que le récit de la requérante était grandement compatible avec cette preuve documentaire.

Dans sa plaidoirie, l'avocat de la requérante a invoqué l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Giron c. Ministre de l'Emploi et de*

support of his position that a Court which hears an application for judicial review may more easily intervene where there is a finding of implausibility rather than a finding of internal contradictions, inconsistencies and evasions. In *Aguebor v. Minister of Employment and Immigration*,<sup>3</sup> Décary J.A. commented on *Giron* in the following terms:

It is correct, as the court said in *Giron*, that it may be easier to have a finding of implausibility reviewed [*sic*] where it results from inferences than to have a finding of non-credibility review where it results from the conduct of the witness and from inconsistencies in the testimony. The court did not, in saying this, exclude the issue of the plausibility of an account from the Board's field of expertise, nor did it lay down a different test for intervention depending on whether the issue is "plausibility" or "credibility".

There is no longer any doubt that the Refugee Division, which is a specialized tribunal, has complete jurisdiction to determine the plausibility of testimony: who is in a better position than the Refugee Division to gauge the credibility of an account and to draw the necessary inferences? As long as the inferences drawn by the tribunal are not so unreasonable as to warrant our intervention, its findings are not open to judicial review. In *Giron*, the court merely observed that in the area of plausibility, the unreasonableness of a decision may be more palpable, and so more easily identifiable, since the account appears on the face of the record. In our opinion, *Giron* in no way reduces the burden that rests on an appellant, of showing that the inferences drawn by the Refugee Division could not reasonably have been drawn.

As indicated earlier, the CRDD made no comment on the documentary evidence before it that lent credence to the applicant's tale of exploitation and blackmail. Further, it apparently gave no weight to the fact that the applicant's manager was a member of the communist party, a manager in a state enterprise and engaged, through the exploitation of the applicant, in trade promotion, a priority of the PRC at the time. Against the test set out in the quotation from *Aguebor* above, I am satisfied that, here, the applicant has shown that, based upon the CRDD's limited analysis in this area, the inferences drawn by it in reaching its finding of implausibility could not reasonably have

*l'Immigration*<sup>2</sup> à l'appui de la position selon laquelle le tribunal qui entend une demande de contrôle judiciaire peut intervenir plus facilement si on a conclu à l'invraisemblance plutôt qu'à l'existence de contradictions, d'incohérences et d'imprécisions intrinsèques. Dans l'arrêt *Aguebor c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*<sup>3</sup>, le juge Décary, J.C.A., a fait les remarques suivantes au sujet de l'arrêt *Giron*:

Il est exact, comme la cour l'a dit dans *Giron*, qu'il peut être plus facile de faire réviser une conclusion d'implausibilité qui résulte d'inférences que de faire réviser une conclusion d'incrédibilité qui résulte du comportement du témoin et de contradictions dans le témoignage. La cour n'a pas, ce disant, exclu le domaine de la plausibilité d'un récit du champ d'expertise du tribunal, pas plus qu'elle n'a établi un critère d'intervention différent selon qu'il s'agit de «plausibilité» ou de «crédibilité».

Il ne fait pas de doute que le tribunal spécialisé qu'est la section du statut de réfugié a pleine compétence pour apprécier la plausibilité d'un témoignage. Qui, en effet, mieux que lui, est en mesure de jauger la crédibilité d'un récit et de tirer les inférences qui s'imposent? Dans la mesure où les inférences que le tribunal tire ne sont pas déraisonnables au point d'attirer notre intervention, ses conclusions sont à l'abri du contrôle judiciaire. Dans *Giron*, la cour n'a fait que constater que, dans le domaine de la plausibilité, le caractère déraisonnable d'une décision peut être davantage palpable, donc plus facilement identifiable, puisque le récit apparaît à la face même du dossier. *Giron*, à notre avis, ne diminue en rien le fardeau d'un appelant de démontrer que les inférences tirées par le tribunal ne pouvaient pas raisonnablement l'être.

Comme je l'ai indiqué précédemment, la SSR n'a formulé aucune remarque au sujet de la preuve documentaire portée à sa connaissance qui ajoutait foi au récit de la requérante relativement à l'exploitation des femmes et au chantage. En outre, elle n'a apparemment accordé aucun poids au fait que la directrice de la requérante était membre du parti communiste, gestionnaire dans une entreprise d'État et participait, en exploitant la requérante, à la promotion du commerce, qui constituait une priorité de la RPC à l'époque. Par rapport au critère énoncé dans la citation ci-dessus tirée de l'arrêt *Aguebor*, je suis convaincu que, en l'espèce, la requérante a prouvé que, compte



been drawn on the totality of the evidence that was before it.

In *Ye v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>4</sup> MacGuigan J.A., after referring to *Giron*, stated:

We may well wonder whether this judgment [the CRDD's judgment regarding the implausibility of the appellant's story] does not involve the imposition of Western concepts on a subtle oriental totalitarianism, and whether it is correct to interpret Chinese law enforcement in the light of the more linear Western model, when the social control exercised by the Chinese State is omnipresent, through the co-opting of the vigilance of its citizens generally.

I am satisfied that the same might be said here. But that is not the end of the matter. The CRDD went on in its reasons to state:

Even if we did believe the claimant's story, we find that there is no nexus to the definition of Convention refugee.

...

Counsel, in submissions, argued that the claimant was a member of a particular social group because of her gender and, as a woman, she was harassed and that she would not be facing prosecution through either the regular legal system or administrative detention, if she were not a woman.

The CRDD then quoted the three types of "particular social groups" described by La Forest J. in *Canada (Attorney General) v. Ward*.<sup>5</sup> The CRDD considered guidelines issued by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board entitled "*Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*". The CRDD then disposed of the issue with the following rather brief analysis:

The claimant was allegedly coerced or tricked by her manager, Ms. Xiao, into a sexual relationship with a visiting businessman. Clearly, this alleged act would be of a criminal nature. The claimant said she was chosen to "be nice"

tenu de l'analyse restreinte de la SSR dans ce domaine, les conclusions que celle-ci a tirées quant à l'in vraisemblance n'auraient pas pu raisonnablement l'être de l'ensemble de la preuve portée à sa connaissance.

a

Dans l'arrêt *Ye c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>4</sup>, le juge d'appel MacGuigan, après avoir mentionné l'arrêt *Giron*, a déclaré:

Nous pouvons bien nous demander si cette opinion [l'opinion de la SSR sur l'in vraisemblance de l'histoire de la requérante] n'implique pas le fait d'imposer des concepts occidentaux à un totalitarisme oriental subtil, et s'il est juste d'interpréter la façon dont la loi chinoise est exécutée à la lumière du modèle occidental plus linéaire, alors que l'État chinois exerce un contrôle social omniprésent en cooptant la vigilance de ses citoyens en général.

Je suis convaincu qu'on peut dire la même chose en l'espèce. Mais ce n'est pas tout. La SSR a ajouté dans ses motifs:

[TRADUCTION] Même si nous avons cru effectivement le récit de la revendicatrice, nous concluons qu'il n'existe aucun lien avec la définition de réfugié au sens de la Convention.

...

Dans ses observations, l'avocat a soutenu que la revendicatrice faisait partie d'un groupe social en raison de son sexe et que, en tant que femme, elle a été harcelée et qu'elle ne serait pas victime de poursuites par le biais du système juridique régulier ou de la détention administrative, si elle n'était pas une femme.

g

La SSR a ensuite cité les trois types de «groupes sociaux» décrits par le juge La Forest dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*<sup>5</sup>. La SSR a examiné les lignes directrices données par la présidente de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et intitulées *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration: Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*. Puis, la SSR a tranché la question à la suite de l'analyse plutôt brève qui suit:

[TRADUCTION] La revendicatrice aurait été forcée par sa directrice, M<sup>me</sup> Xiao, ou amenée par une ruse de celle-ci à avoir des relations sexuelles avec un homme d'affaires en visite dans le pays. Il est évident que l'acte allégué serait de

to the businessman because she speaks Japanese. This, in our opinion, is not sufficient to constitute a particular social group. Japanese is a second language that the claimant learned while working at her place of employment.

Having considered the evidence as it pertains to the preceding, and the potential application of each category as set out in Ward, the tribunal finds that the harm feared falls outside the scope of the definition of Convention refugee.

With great respect, and bearing in mind the deference that my colleagues have held should be accorded to the CRDD in findings regarding membership in a particular social group,<sup>6</sup> I am satisfied that the CRDD's conclusion regarding nexus to the definition of Convention refugee cannot stand. If the applicant's evidence is believed, she was the victim of exploitation and blackmail. In a minority opinion not, in this respect, in conflict with the majority opinion, in *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>7</sup> La Forest J. wrote [at page 642]:

As I believed apparent at the time of that decision, [the *Ward* decision] only a working rule was enunciated in *Ward*, not an unyielding deterministic approach to resolving whether a refugee claimant could be classified within a particular social group. The "general underlying themes of the defence of human rights and anti-discrimination" were to remain the paramount consideration in determining a claimant's membership in any particular social group.

And later [at pages 644-645]:

In order to avoid any confusion on this point let me state incontrovertibly that a refugee alleging membership in a particular social group does not have to be in voluntary association with other persons similar to him- or herself. Such a claimant is in no manner required to voluntarily associate, ally, or consort with kindred persons.

And finally [at pages 645-646]:

As Professor Macklin recognizes, the question that must be asked is whether the appellant is voluntarily associated with a particular status for reasons so fundamental to his human dignity that he should not be forced to forsake that association. The association or group exists by virtue of a common attempt made by its members to exercise a fundamental human right.

nature criminelle. La revendicatrice a dit qu'elle avait été choisie afin de «plaire» à l'homme d'affaires parce qu'elle parle le japonais. Cela, à notre avis, ne suffit pas à constituer un groupe social. Le japonais est une langue seconde que la revendicatrice a apprise au travail.

<sup>a</sup> Après avoir examiné la preuve qui se rapporte à ce qui précède et l'application possible de chaque catégorie énoncée dans l'arrêt Ward, le tribunal conclut que le préjudice craint n'est pas visé par la définition de réfugié au sens de la Convention.

<sup>b</sup> En toute déférence et compte tenu des égards que mes collègues ont estimé devoir accorder aux conclusions de la SSR concernant l'appartenance à un groupe social<sup>6</sup>, je suis convaincu que la conclusion que la SSR a tirée au sujet du lien existant avec la définition de réfugié au sens de la Convention ne peut pas tenir. Si on ajoute foi au témoignage de la requérante, elle a été victime d'exploitation et de chantage. Dans une opinion minoritaire qui, sur ce point, n'était pas en opposition avec l'opinion majoritaire, le juge La Forest a dit [à la page 642] dans l'arrêt *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*:<sup>7</sup>

<sup>e</sup> Comme cela m'apparaissait évident au moment de cette décision [l'arrêt *Ward*], la règle énoncée dans l'arrêt *Ward* n'est qu'une règle pratique et non une règle absolue visant à déterminer si le demandeur du statut de réfugié peut être classé dans un groupe social donné. Les «thèmes sous-jacents généraux de la défense des droits de la personne et de la lutte contre la discrimination» doivent demeurer le facteur primordial en vue de la détermination de l'appartenance du demandeur à un groupe social.

<sup>g</sup> Et ensuite [à la page 645]:

Pour éviter toute confusion sur ce point, permettez-moi d'affirmer, d'une manière indéniable, que le demandeur qui dit appartenir à un groupe social n'a pas besoin d'être associé volontairement avec d'autres personnes semblables à lui. Il n'est d'aucune façon tenu de s'associer, de s'allier ou de frayer volontairement avec des personnes qui lui ressemblent.

Et en dernier lieu [aux pages 645-646]:

<sup>i</sup> Comme le reconnaît le professeur Macklin, il faut se demander si l'appelant est volontairement associé de par un statut particulier, pour des raisons si essentielles à sa dignité humaine, qu'il ne devrait pas être contraint de renoncer à cette association. L'association ou le groupe existe parce que ses membres ont tenté, ensemble, d'exercer un droit fondamental de la personne.

Here, it cannot be argued that there is no fundamental human right in question. The applicant's security of the person was clearly violated. She was sexually assaulted first, apparently by resort to the employment of drugs, and then by resort to blackmail. In the result, she became pregnant and underwent an abortion. She was prosecuted *in absentia*, convicted and sentenced to seven years' imprisonment.

I conclude that it would have been open to the CRDD in this matter to find that the applicant was a member of a particular social group within either the first or second category set out in the *Ward* decision, that is, a group defined by an innate or unchangeable characteristic or a group whose members voluntarily associate for reasons so fundamental to their human dignity that they should not be forced to forsake the association. The particular social group might be defined as: "women who have been subjected to exploitation resulting in the violation of their security of the person and who, in consequence of the exploitation have been tried, convicted and sentenced to imprisonment."

If required to return to the PRC, the applicant fears assignment to a "reeducation through labour" camp. In the U.S. *Country Reports on Human Rights Practices for 1993*, the following appears, at page 608:

In addition to the formal judicial system, government authorities [in the PRC] can assign persons accused of "minor" public order and "counterrevolutionary" offenses to "reeducation through labor" camps in an extrajudicial process. In 1990 Chinese officials stated that 869,934 Chinese citizens had been assigned to these camps since 1980, with about 80,000 assigned each year. Chinese officials report 120,000 prisoners were undergoing "reeducation through labor" at the end of 1993. Other estimates of the number of inmates are considerably higher. Terms of detention run from a normal minimum of 1 year to a maximum of 3 years. The "labor reeducation" committee which determines the term of detention may extend an inmate's sentence for an additional year. Under a State Council regulation issued in early 1991, those sentenced to "reeducation through labor" may ask the committee to reconsider their decision. Since 1990, "reeducation through labor" sentences may also be judicially challenged under the Administrative Procedures Law. While some persons have

On ne peut pas soutenir en l'espèce qu'aucun droit fondamental n'est en cause. Il y a manifestement eu atteinte à la sécurité de la personne de la requérante. Elle a d'abord été victime d'une agression sexuelle, apparemment sous l'effet de la drogue, et ensuite au moyen du chantage. Par la suite, elle est devenue enceinte et a subi un avortement. Elle a été poursuivie par contumace, déclarée coupable et condamnée à une peine de sept ans d'emprisonnement.

Je conclus que la SSR aurait pu en l'espèce juger que la requérante faisait partie d'un groupe social au sens de la première ou de la deuxième catégorie énoncée dans l'arrêt *Ward*, c'est-à-dire d'un groupe défini par une caractéristique naturelle ou immuable ou d'un groupe dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints de renoncer à cette association. Le groupe social pourrait être défini comme étant constitué des «femmes qui ont été soumises à une forme d'exploitation qui a entraîné la violation de la sécurité de leur personne et qui, par suite de cette exploitation, ont été jugées, déclarées coupables et condamnées à une peine d'emprisonnement».

Si elle doit retourner dans la RPC, la requérante craint d'être envoyée dans un camp de «rééducation par le travail». Dans les U.S. *Country Reports on Human Rights Practices for 1993*, on peut lire à la page 608:

[TRADUCTION] En plus du système judiciaire officiel, les autorités gouvernementales [dans la RPC] peuvent envoyer les personnes accusées d'infractions «mineures» à l'ordre public ou d'infractions «contre-révolutionnaires» dans des camps de «rééducation par le travail» suivant un processus extrajudiciaire. En 1990, des dirigeants chinois ont déclaré que 869 934 citoyens chinois avaient été envoyés dans ces camps depuis 1980, c'est-à-dire environ 80 000 chaque année. Les dirigeants chinois mentionnent que 120 000 prisonniers se trouvaient soumis à la «rééducation par le travail» à la fin de l'année 1993. Selon d'autres estimations, le nombre de détenus est beaucoup plus élevé. La détention dure normalement un an au minimum jusqu'à concurrence de trois ans au maximum. Le comité de «rééducation par le travail» qui fixe la durée de la détention peut prolonger la peine d'un détenu d'une année supplémentaire. En vertu d'un règlement pris par le Conseil d'État au début de 1991, les personnes condamnées à la «rééducation par le travail» peuvent demander au comité de reconsidérer sa décision.

gained reduction or withdrawal of their sentence after reconsideration or appeal, in practice these procedures are rarely used, and short appeal times, lack of access to lawyers, and other problems weaken their potential assistance in preventing or reversing arbitrary decisions.

In *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>8</sup> Linden J.A. stated, at page 323:

Furthermore, if the punishment or treatment under a law of general application is so Draconian as to be completely disproportionate to the objective of the law, it may be viewed as persecutory. This is so regardless of whether the intent of the punishment or treatment is persecution. Cloaking persecution with a veneer of legality does not render it less persecutory. Brutality in furtherance of a legitimate end is still brutality.

I conclude that on the facts of this matter, the seven-year sentence imposed on the applicant can only be described as “so Draconian as to be completely disproportionate to the objective of the law” allegedly breached by the applicant. This the more so, when the applicant apparently fears, with some justification, assignment to a “reeducation through labor” camp.

Based upon the foregoing analysis, I will allow this application for judicial review, set aside the decision of the CRDD and refer this matter back for rehearing and redetermination by a differently constituted panel.

Both counsel tentatively suggested certification of a question on the issue of membership in a particular social group. With the addition of the reasons of Mr. Justice La Forest in *Chan* to his reasons on this subject in *Ward*, I am satisfied that the law in this area should now be well settled. No question will be certified.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1].

<sup>2</sup> (1992), 143 N.R. 238 (F.C.A.).

<sup>3</sup> (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.), at pp. 316-317.

<sup>4</sup> [1992] F.C.J. No. 584 (C.A.) (QL), at pp. 8-9.

Depuis 1990, les peines de «rééducation par le travail» peuvent également être contestées devant les tribunaux en vertu du droit relatif aux procédures administratives. Bien que certaines personnes aient obtenu une réduction ou une annulation de leur peine après réexamen ou appel, en pratique ces procédures sont rarement utilisées, et les brefs délais d'appel, la difficulté d'avoir accès aux services d'un avocat et d'autres problèmes restreignent leur utilité à prévenir ou à renverser des décisions arbitraires.

Dans *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>8</sup>, le juge d'appel Linden a dit aux pages 323 et 324:

De plus, si la punition ou le traitement imposés en vertu d'une règle d'application générale sont si draconiens au point d'être complètement disproportionnés avec l'objectif de la règle, on peut y voir de la persécution, et ce, indépendamment de la question de savoir si le but de la punition ou du traitement est la persécution. Camoufler la persécution sous un vernis de légalité ne modifie pas son caractère. La brutalité visant une fin légitime reste toujours de la brutalité.

Je conclus que, selon les faits de l'espèce, la peine de sept ans imposée à la requérante ne peut être décrite que comme étant «si draconien[ne] au point d'être complètement disproportionné[e] avec l'objectif de la règle» à laquelle aurait contrevenu la requérante, et ce, d'autant plus que la requérante craint apparemment, avec quelque raison, d'être envoyée dans un camp de «rééducation par le travail».

Me fondant sur l'analyse ci-dessus, j'accueillerai la présente demande de contrôle judiciaire, j'annulerai la décision de la SSR et je renverrai l'affaire pour qu'elle soit entendue et jugée de nouveau par un tribunal différemment constitué.

Les deux avocats m'ont suggéré de certifier une question relativement à l'appartenance à un groupe social. Conjuguant les motifs formulés par le juge La Forest dans l'arrêt *Chan* à ceux qu'il a formulés à ce sujet dans l'arrêt *Ward*, je suis convaincu que le droit est maintenant bien établi dans ce domaine. Aucune question ne sera donc certifiée.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1].

<sup>2</sup> (1992), 143 N.R. 238 (C.A.F.).

<sup>3</sup> (1993), 160 N.R. 315 (C.A.F.), aux p. 316 et 317.

<sup>4</sup> [1992] F.C.J. n° 584 (C.A.) (QL), aux p. 8 et 9.

<sup>5</sup> [1993] 2 S.C.R. 689, at p. 726.

<sup>6</sup> See *Sajous v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-1588-92, Tremblay-Lamer J., order dated 12/11/93, F.C.T.D., not reported; *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 189 (T.D.) (QL); and *Leon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1253 (T.D.) (QL).

<sup>7</sup> [1995] 3 S.C.R. 593.

<sup>8</sup> [1993] 2 F.C. 314 (C.A.).

<sup>5</sup> [1993] 2 R.C.S. 689, à la p. 726.

<sup>6</sup> Voir *Sajous c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'immigration)*, A-1588-92, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 12-11-93, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publiée; *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] F.C.J. n° 189 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); et *Leon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] F.C.J. n° 1253 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

<sup>7</sup> [1995] 3 R.C.S. 593.

<sup>8</sup> [1993] 2 C.F. 314 (C.A.).

<p><b>Attorney General of Canada</b> (<i>Applicant</i>)</p> <p>v.</p> <p><b>Enrique Hoefele</b> (<i>Respondent</i>)</p>	<p>A-484-94</p> <p>A-491-94</p> <p>A-547-94<sup>c</sup></p> <p>A-604-94</p> <p>A-123-95<sup>f</sup></p>	<p><b>Procureur général du Canada</b> (<i>requérant</i>)</p> <p>c.</p> <p><sup>a</sup> <b>Enrique Hoefele</b> (<i>intimé</i>)</p> <p><sup>b</sup> <b>Procureur général du Canada</b> (<i>requérant</i>)</p> <p>c.</p> <p><b>Thomas D. Zaugg</b> (<i>intimé</i>)</p> <p><sup>d</sup> <b>Peter Mikkelsen</b> (<i>intimé</i>)</p> <p><sup>e</sup> <b>Procureur général du Canada</b> (<i>requérant</i>)</p> <p>c.</p> <p><b>Dan Krall</b> (<i>intimé</i>)</p> <p><sup>f</sup> <b>David Krull</b> (<i>requérant</i>)</p> <p>c.</p> <p><sup>g</sup> <b>Procureur général du Canada</b> (<i>intimé</i>)</p>	<p>A-484-94</p> <p>A-491-94</p> <p>A-547-94</p> <p>A-604-94</p> <p>A-123-95</p>
<p><b>INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. HOEFELE (C.A.)</b></p>		<p><b>RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. HOEFELE (C.A.)</b></p>	
<p>Court of Appeal, MacGuigan, Linden and Robertson J.J.A. — Toronto, September 7; Ottawa, October 11, 1995.</p> <p><i>Income tax — Income calculation — Whether mortgage interest subsidy taxable benefit under Income Tax Act, ss. 6(1)(a), 80(4) — Taxpayers required by employer to relocate from Calgary to Toronto in corporate reorganization — Mortgage interest subsidy offered to offset higher interest costs on costlier Toronto homes — Case law on meaning of “benefit” — Receipt not taxable benefit under s. 6(1)(a) if taxpayer’s economic position not improved — No economic</i></p>		<p>Cour d’appel, juges MacGuigan, Linden et Robertson, J.C.A. — Toronto, 7 septembre; Ottawa, 11 octobre 1995.</p> <p><i>Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — L’aide au paiement de l’intérêt hypothécaire constitue-t-elle un avantage imposable aux fins des art. 6(1)a) et 80(4) de la Loi de l’impôt sur le revenu — L’employeur des contribuables a exigé de ceux-ci qu’ils quittent Calgary pour s’établir à Toronto dans le cadre de la restructuration de l’entreprise — L’aide au paiement de l’intérêt hypothécaire a été offerte pour compenser l’augmentation des frais d’intérêt due au</i></p>	

*gain to taxpayers as result of subsidy — Net worth not increased — S. 80.4(1) requiring close connection between loan or debt and employment — No strong causal relationship herein — No loan or debt incurred “because of”, “as a consequence of” or “by virtue of” employment — Mortgage interest subsidy neither benefit under s. 6(1)(a) nor loan or debt under s. 80.4(1).*

These were applications to set aside Tax Court of Canada decisions holding that a mortgage interest subsidy is not a taxable benefit under paragraph 6(1)(a) of the *Income Tax Act*. In 1991, the five taxpayers were required by their employer, Petro-Canada, to relocate from Calgary to the Toronto area as part of a company-wide reorganization. To help defray higher housing costs in the Toronto region and thus encourage the employees to accept relocation, Petro-Canada offered to pay any increase in interest charges on their new mortgages to a maximum set by the market price differential between similar homes in Calgary and Toronto, which at the time of relocation came to 1.55. The subsidy was payable for a maximum of ten years on a declining percentage basis, 100% in the first year to 50% in the tenth; it was directed solely at defraying increased interest charges and could not be applied to principal. The issue was whether this subsidy was a taxable benefit under either paragraph 6(1)(a) or section 80.4 of the *Income Tax Act*.

*Held* (Robertson J.A. dissenting), the applications by the Crown should be dismissed; the application by the taxpayer should be allowed.

*Per* Linden J.A.: To be taxable as a “benefit”, a receipt must confer an economic benefit upon its recipient and increase his net worth. The question is whether the taxpayer was restored or enriched. If, on the whole of a transaction, an employee’s economic position is not improved, that is, if the transaction is a zero-sum situation when viewed in its entirety, a receipt is not a benefit and, therefore, is not taxable under paragraph 6(1)(a). In the absence of a complete code regarding the tax treatment of costs incurred by relocating workers, that issue must often be decided on a case by case basis in accordance with general principles established in the case law. The form of a transaction is important in characterizing receipts as income or “benefit”. If a company gives a lump sum payment to an employee to offset higher housing costs on relocation, the payment is

*coût plus élevé des maisons à Toronto — Jurisprudence relative à la signification du mot «avantage» — Une rentrée ne constitue un avantage imposable aux termes de l’art. 6(1)a que si elle a pour effet d’améliorer la situation financière du contribuable — Les contribuables n’ont réalisé aucun gain financier par suite du versement de l’aide — Aucune augmentation de la valeur nette — L’art. 80.4(1) exige l’existence d’un lien étroit entre le prêt ou la dette et l’emploi — Absence d’un lien causal important en l’espèce — Aucun prêt ou dette contracté «en raison ou par suite» ou «en raison» de l’emploi — L’aide au paiement de l’intérêt hypothécaire ne constitue ni un avantage au sens de l’art. 6(1)a ni un prêt ou une dette au sens de l’art. 80.4(1).*

Il s’agit de demandes d’annulation de décisions de la Cour canadienne de l’impôt selon lesquelles une aide au paiement de l’intérêt hypothécaire ne constitue pas un avantage imposable au sens de l’alinéa 6(1)a) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. En 1991, l’employeur des cinq contribuables, Pétro-Canada, a exigé de ceux-ci qu’ils quittent Calgary pour s’établir dans la région de Toronto dans le cadre de la restructuration globale de l’entreprise. Pour compenser en partie le coût plus élevé du logement dans la région de Toronto et inciter les employés à accepter la réinstallation, Pétro-Canada a offert de prendre à sa charge toute majoration des frais d’intérêt hypothécaire afférents à leurs nouvelles maisons, jusqu’à concurrence d’un montant établi en fonction de l’écart entre les prix sur le marché de maisons comparables à Calgary et à Toronto. Cet écart s’établissait à 1,55 au moment de la réinstallation. L’aide était versée pendant au plus dix ans, sur une base dégressive, à raison de 100 p. cent la première année jusqu’à 50 p. cent la dixième; elle visait uniquement la majoration des frais d’intérêt, à l’exclusion du capital. La question était de savoir si cette aide constituait un avantage imposable aux fins de l’alinéa 6(1)a) ou de l’article 80.4 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

*Arrêt* (le juge Robertson, J.C.A., dissident): il y a lieu de rejeter les demandes du ministère public et d’accueillir la demande du contribuable.

Le juge Linden, J.C.A.: Pour qu’un «avantage» soit imposable, la rentrée doit conférer un avantage économique à son bénéficiaire et accroître la valeur nette de son patrimoine. La question est de savoir si le contribuable a été rétabli dans sa situation financière antérieure ou s’il s’est enrichi. Si, dans le cadre de l’opération globale, la situation financière de l’employé n’est pas améliorée, c’est-à-dire s’il s’agit d’une opération où les différents éléments s’annulent lorsqu’on les considère dans leur ensemble, la rentrée n’est pas un avantage et, par conséquent, elle n’est pas imposable en vertu de l’alinéa 6(1)a). Vu l’absence de dispositions exhaustives concernant le traitement fiscal des frais engagés par un employé dans le cadre d’une réinstallation, la question doit souvent être tranchée selon les faits de l’espèce conformément aux principes généraux dégagés par la

taxable, if he is better off as a result. But if such aid comes by way of a reimbursement for the loss of a favourable mortgage rate, it is not taxable. Or if a company reimburses its employees for expenses incurred by means of a general wage increase, the amount of the increase is taxable. The fact that different forms of transaction may be treated differently is neither inequitable nor an improper circumvention of the tax laws. The majority of the Tax Court judges who tried these five cases rightly decided that the mortgage interest subsidy is not a taxable benefit mainly because it did not increase the mortgagors' equity in their homes. No economic gain accrued to any of the taxpayers as a result of the subsidy and their net worth was not increased. As to whether the interest subsidy qualifies as a taxable benefit under subsection 80.4(1) of the Act, the question to be determined is whether those portions of the mortgage loans taken out by the taxpayers in respect of the Toronto homes, and to which the interest subsidy was directed, came about "because of", "as a consequence of" or "by virtue of" employment. Subsection 80.4(1) requires a close connection between the loan or debt and employment, a connection much closer than that required by paragraph 6(1)(a) as between benefit and employment. There is no strong causal relationship on the facts herein. The employees who accepted the interest subsidy all owned houses prior to being relocated and traded like for like in the relocation. Each did what was needed to finance the trade and obtained such financing largely independently of employer involvement. There was no loan or debt incurred "because of", "as a consequence of" or "by virtue of" employment. Such loans or debts were incurred in order to retain ownership of a house. The mortgage interest subsidy was neither a benefit under paragraph 6(1)(a) nor a loan or debt under subsection 80.4(1).

*Per* Robertson J.A. (dissenting): The case law reveals two emerging factual patterns relating to the tax treatment of payments received by employees required to relocate. One pattern involves payments to compensate for higher housing costs at the new work location. Such cases are governed by the rule in *M.N.R. v. Phillips*, where the Court held that a \$10,000 lump sum payment made by an employer to an employee, for the purpose of defraying higher housing costs at the latter's new work location, was a taxable employment benefit under paragraph 6(1)(a) of the Act. The other pattern, represented by *Ransom*, involves reimbursement of

jurisprudence. La forme que revêt l'opération en cause importe aux fins d'assimiler la rentrée à un revenu ou à un «avantage». Lorsqu'une entreprise verse une somme forfaitaire à un employé pour le dédommager de l'augmentation du coût du logement dans le cadre d'une réinstallation, la somme est imposable si la situation de l'employé s'en trouve améliorée. Par contre, l'aide financière qui consiste à dédommager de la perte d'un taux hypothécaire avantageux n'est pas imposable. Lorsqu'une entreprise rembourse les dépenses engagées par un employé en lui accordant une augmentation de salaire, le montant de l'augmentation est imposable. Le fait que différentes sortes d'opérations commandent des traitements différents n'est ni inequitable ni équivalent au contournement inapproprié des dispositions fiscales. La majorité des juges de la Cour canadienne de l'impôt appelés à statuer dans les cinq affaires ont conclu à juste titre que l'aide au paiement de l'intérêt hypothécaire ne constitue pas un avantage imposable, principalement parce qu'elle n'a pas pour effet d'accroître la valeur réelle de la résidence des débiteurs hypothécaires. Les contribuables n'ont réalisé aucun gain financier en raison de l'aide, et la valeur nette de leur patrimoine ne s'est pas accrue. En ce qui concerne la question de savoir si l'aide au paiement de l'intérêt constitue un avantage imposable au sens du paragraphe 80.4(1) de la Loi, la question qui doit être tranchée est celle de savoir si la partie du prêt hypothécaire contracté par chacun des contribuables à l'égard d'une maison à Toronto et à laquelle l'aide au paiement de l'intérêt s'appliquait a été reçue «en raison» ou «par suite» de l'emploi. Le paragraphe 80.4(1) exige un lien étroit entre le prêt ou la dette et l'emploi, un lien beaucoup plus étroit que celui exigé à l'alinéa 6(1)a) entre l'avantage et l'emploi. Les faits de la présente affaire ne font pas ressortir l'existence d'un lien causal important. Les employés qui ont accepté l'aide au paiement de l'intérêt étaient tous propriétaires, avant leur réinstallation, d'une maison qu'ils ont remplacée par une autre comparable. Chacun a fait ce qui était nécessaire pour financer le remplacement et a obtenu le financement requis en grande partie sans le concours de l'employeur. Il ne s'agit pas d'un prêt ou d'une dette contracté «en raison ou par suite» ou «en raison» de l'emploi. Chacun des prêts a été reçu et chacune des dettes a été contractée afin de conserver la propriété d'une maison. L'aide au paiement de l'intérêt hypothécaire n'était ni un avantage au sens de l'alinéa 6(1)a) ni un prêt ou une dette au sens du paragraphe 80.4(1).

Le juge Robertson, J.C.A. (dissent): La jurisprudence fait ressortir deux tendances quant au traitement fiscal des sommes reçues par les employés qui doivent se réinstaller. Selon la première tendance, les sommes sont versées pour compenser le coût plus élevé du logement dans le nouveau lieu de travail. Ce cas est régi par la règle formulée dans *M.R.N. c. Phillips*, où la Cour a statué que la somme forfaitaire de 10 000 \$ versée par un employeur à un employé pour indemniser ce dernier du coût plus élevé du logement dans la ville où se trouvait son nouveau lieu de travail, constitue un avantage imposable accordé à un



actual monetary losses incurred on the sale of an employee's home. The legal reasoning and the result reached in *Phillips* are equally applicable to the decisions under review. The proper question was whether the payments had the effect of enhancing the taxpayers' overall financial worth, that is to say, whether they conferred an "economic benefit" on the taxpayers. The payments in question represented Petro-Canada's way of compensating its employees for the higher cost of living in the Toronto area, without resorting to an increase in salaries. They were a means of defraying a personal living expense and clearly conferred an "economic benefit" on the taxpayers. The monthly interest subsidies increased the taxpayers' net worth in the sense that the latter did not have to shoulder the full cost of acquiring a more valuable asset. They were monetary compensation not reflected in wages or salaries, and as such were taxable benefits within paragraph 6(1)(a) of the Act. The form in which the payment is made should not detract from the legal reality that the taxpayers have received financial assistance to defray what is, in fact, a personal living expense. As to the applicability of section 80.4 and its related provisions, it can be said that, but for their employment with Petro-Canada, the taxpayers would not have received a monthly interest subsidy. But for that subsidy, and for the fact that Petro-Canada paid that subsidy directly to Confederation Life, the taxpayers would not have received a mortgage loan in which their monthly mortgage obligations were reduced by the amount of the subsidy paid by Petro-Canada. They received their loans at a reduced interest rate, which is exactly what section 80.4 was designed to capture. The mortgage interest subsidies in question are taxable benefits under paragraph 6(1)(a) of the Act.

employé au sens de l'alinéa 6(1)a) de la Loi. Suivant l'autre tendance, qui correspond à la règle dégagée dans *Ransom*, l'employé est remboursé des pertes financières réelles subies à l'occasion de la vente de sa résidence. Le jugement rendu dans *Phillips* et le raisonnement juridique qui le sous-tend s'appliquent également en l'espèce. La question qu'il convient de trancher est de savoir si l'aide a eu pour effet d'accroître la valeur globale du patrimoine des contribuables, c'est-à-dire si elle a conféré un «avantage économique» à ces derniers. C'est au moyen des versements en cause que Pétro-Canada a choisi d'indemniser ses employés relativement au coût de la vie plus élevé dans la région de Toronto, sans recourir à une augmentation de salaire. Ils visaient à compenser les frais de subsistance personnels des contribuables et leur conféraient de toute évidence un «avantage économique». L'aide mensuelle au paiement de l'intérêt a accru la valeur nette du patrimoine des contribuables du fait que ces derniers n'ont pas eu à supporter le coût total de l'acquisition d'un actif de plus grande valeur. Il s'agissait d'une indemnité monétaire qui n'était pas incluse dans le traitement ou le salaire et, à ce titre, c'était un avantage imposable aux fins de l'alinéa 6(1)a) de la Loi. La forme que revêt le paiement effectué ne doit pas faire écran à la réalité juridique, c'est-à-dire que les contribuables ont bénéficié d'une aide financière visant à les indemniser de ce qui constitue, en fait, des frais de subsistance personnels. En ce qui concerne l'applicabilité de l'article 80.4 et des dispositions connexes, on peut dire que, s'ils n'avaient pas travaillé pour Pétro-Canada, les contribuables n'auraient pas eu droit à l'aide mensuelle au paiement de l'intérêt. Sans cette aide, et si Pétro-Canada n'avait pas payé le montant de celle-ci directement à La Confédération, les contribuables n'auraient pas obtenu un prêt hypothécaire dans le cadre duquel les mensualités étaient réduites grâce au montant de l'aide consentie par Pétro-Canada. Les contribuables ont obtenu un prêt à un taux d'intérêt réduit, ce que vise précisément l'article 80.4. L'aide au paiement de l'intérêt hypothécaire accordée en l'espèce constitue un avantage imposable aux fins de l'alinéa 6(1)a) de la Loi.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 6.
- Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 6(1)(a) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 1), (b), (6) (as am. by S.C. 1977-78, c. 32, s. 1; 1985, c. 45, s. 2), (9) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 1), 8, 62, 80.4 (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 35; S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 44; 1984, c. 45, s. 25; 1985, c. 45, s. 38; 1986, c. 6, s. 40; 1991, c. 49, s. 60; 1993, c. 24, s. 32), 110(1)(j) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 49; 1986, c. 6, s. 55; 1987, c. 46, s. 38), 110.7 (as enacted by S.C. 1986, c. 55, s. 33; S.C. 1991, c.

#### 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. 6.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 6(1)a) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 1), b), (6) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 32, art. 1; 1985, ch. 45, art. 2), (9) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 1), 8, 62, 80.4 (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 35; S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 44; 1984, ch. 45, art. 25; 1985, ch. 45, art. 38; 1986, ch. 6, art. 40; 1991, ch. 49, art. 60; 1993, ch. 24, art. 32), 110(1j) (mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 49; 1986, ch. 6, art. 55; 1987, ch. 46, art. 38),

49, s. 82), 245, 248(1) "home relocation loan" (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 126; S.C. 1991, c. 49, s. 192).

110.7 (édicte par S.C. 1986, ch. 55, art. 33; S.C. 1991, ch. 49, art. 82), 245, 248(1) «prêt à la réinstallation» (édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 126; S.C. 1991, ch. 49, art. 192).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428; [1983] CTC 393; (1983), 83 DTC 5409; 50 N.R. 321; *Ransom, Cyril John v. Minister of National Revenue*, [1968] 1 Ex. C.R. 293; [1967] C.T.C. 346; (1967), 67 DTC 5235; *Huffman v. Canada* (1990), 71 D.L.R. (4th) 385; [1990] 2 C.T.C. 132; 90 DTC 6405; 112 N.R. 78 (F.C.A.); *Splane (R.O.J.) v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 199; (1990), 90 DTC 6442; 36 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); aff'd *The Queen v. Splane, R.O.J.* (1991), 92 DTC 6021 (F.C.A.); *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41.

##### DISTINGUISHED:

*M.N.R. v. Phillips*, [1994] 2 F.C. 680; (1994), 2 C.C.P.B. 1; [1994] 1 C.T.C. 383; 94 DTC 6177; 167 N.R. 123 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (1994), 5 C.C.P.B. 41n.

##### REFERRED TO:

*Funnell (R.) v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 2498; (1991), 91 DTC 787 (T.C.C.); *Greisinger v. M.N.R.* (1986), 15 C.C.E.L. 29; [1986] 2 C.T.C. 2441; 86 DTC 1802 (T.C.C.); *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; (1994), 119 D.L.R. (4th) 405; 125 Sask. R. 81; 173 N.R. 321; 6 R.F.L. (4th) 161; 81 W.A.C. 81; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86; *Friedberg (A.D.) v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 1; (1991), 92 DTC 6031; 135 N.R. 61; *MacDonald (R.M.) v. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 48; (1994), 94 DTC 6262 (F.C.A.); *Blanchard v. Canada*, [1995] F.C.J. No. 1045 (C.A.) (QL).

#### AUTHORS CITED

Krishna, V. "Taxation of Employee Benefits" (1986), 1:35 *Can. Curr. Tax C* 173.

APPLICATIONS by the Crown to set aside Tax Court of Canada decisions (*Hoefele (E.) v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2177; (1994), 94 DTC 1878 (T.C.C.)); *Zaugg, T. D. v. The Queen* (1994), 94 DTC

#### <sup>a</sup> JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428; [1983] CTC 393; (1983), 83 DTC 5409; 50 N.R. 321; *Ransom, Cyril John v. Minister of National Revenue*, [1968] 1 R.C.É. 293; [1967] C.T.C. 346; (1967), 67 DTC 5235; *Huffman c. Canada* (1990), 71 D.L.R. (4th) 385; [1990] 2 C.T.C. 132; 90 DTC 6405; 112 N.R. 78 (C.A.F.); *Splane (R.O.J.) c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 199; (1990), 90 DTC 6442; 36 F.T.R. 35 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par *La Reine c. Splane, R.O.J.* (1991), 92 DTC 6021 (C.A.F.); *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41.

#### <sup>d</sup>

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*M.R.N. c. Phillips*, [1994] 2 C.F. 680; (1994), 2 C.C.P.B. 1; [1994] 1 C.T.C. 383, 94 DTC 6177; 167 N.R. 123 (C.A.), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée par (1994), 5 C.C.P.B. 41n.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Funnell (R.) c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 2498; (1991), 91 DTC 787 (C.C.I.); *Greisinger c. M.R.N.* (1986), 15 C.C.E.L. 29; [1986] 2 C.T.C. 2441; 86 DTC 1802 (C.C.I.); *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; (1994), 119 D.L.R. (4th) 405; 125 Sask. R. 81; 173 N.R. 321; 6 R.F.L. (4th) 161; 81 W.A.C. 81; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86; *Friedberg (A.D.) c. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 1; (1991), 92 DTC 6031; 135 N.R. 61; *MacDonald (R.M.) c. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 48; (1994), 94 DTC 6262 (C.A.F.); *Blanchard c. Canada*, [1995] F.C.J. n° 1045 (C.A.) (QL).

#### DOCTRINE

Krishna, V. «Taxation of Employee Benefits» (1986), 1:35 *Can. Curr. Tax C* 173.

DEMANDES du ministère public visant l'annulation de décisions rendues par la Cour canadienne de l'impôt (*Hoefele (E.) c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2177; (1994), 94 DTC 1878 (C.C.I.); *Zaugg, T. D. c.*

1882 (T.C.C.); *Mikkelsen, P. v. The Queen* (1994), 95 DTC 118 (T.C.C.); *Krall (D.) v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2570; (1995), 95 DTC 411 (T.C.C.); that a mortgage interest subsidy is not a taxable benefit under paragraph 6(1)(a) or section 80.4 of the *Income Tax Act*. APPLICATION by taxpayer to set aside Tax Court of Canada decision (*Krull (D.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2204; (1995), 95 DTC 206 (T.C.C.)) that the subsidy was a taxable benefit. Applications by Crown dismissed, application by taxpayer allowed.

*La Reine* (1994), 94 DTC 1882 (C.C.I.); *Mikkelsen, P. c. La Reine* (1994), 95 DTC 118 (C.C.I.); *Krall (D.) c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2570; (1995), 95 DTC 411 (C.C.I.)) selon lesquelles l'aide au paiement de l'intérêt hypothécaire ne constitue pas un avantage imposable au sens de l'alinéa 6(1)a) ou de l'article 80.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. DEMANDE du contribuable visant l'annulation de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (*Krull (D.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2204; (1995), 95 DTC 206 (C.C.I.)) selon laquelle l'aide constitue un avantage imposable. Demandes du ministère public rejetées, demande du contribuable accueillie.

## COUNSEL:

*Donald G. Gibson and Judith Sheppard* for applicant in Court File Nos. A-484-94, A-491-94, A-547-94, A-604-94, and for respondent in Court File No. A-123-95.

*Alan D. MacLeod and Edward A. Heakes* for respondents in Court File Nos. A-484-94, A-491-94, A-547-94, A-604-94 and for applicant in Court File No. A-123-95.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant in Court File Nos. A-484-94, A-491-94, A-547-94, A-604-94, and for respondent in Court File No. A-123-95.

*MacLeod, Dixon*, Toronto, for respondents in Court File Nos. A-484-94, A-491-94, A-547-94, A-604-94 and for applicant in Court File No. A-123-95.

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

LINDEN J.A.: The sole issue raised in these five cases before this Court is whether a mortgage interest subsidy received by a taxpayer, after a relocation to a more expensive housing area, is taxable under either paragraph 6(1)(a) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 1] or section 80.4 [as enacted by S.C. 1977-78,

## AVOCATS:

*Donald G. Gibson et Judith Sheppard* pour le requérant dans les dossiers de la Cour portant les n<sup>os</sup> A-484-94, A-491-94, A-547-94, A-604-94, et pour l'intimé dans le dossier portant le n<sup>o</sup> A-123-95.

*Alan D. MacLeod et Edward A. Heakes* pour les intimés dans les dossiers de la Cour portant les n<sup>os</sup> A-484-94, A-491-94, A-547-94, A-604-94, et pour le requérant dans le dossier portant le n<sup>o</sup> A-123-95.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant dans les dossiers de la Cour portant les n<sup>os</sup> A-484-94, A-491-94, A-547-94, A-604-94, et pour l'intimé dans le dossier portant le n<sup>o</sup> A-123-95.

*MacLeod, Dixon*, Toronto, pour les intimés dans les dossiers de la Cour portant les n<sup>os</sup> A-484-94, A-491-94, A-547-94, A-604-94, et pour le requérant dans le dossier portant le n<sup>o</sup> A-123-95.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La seule question que soulèvent les cinq affaires dont la Cour est saisie est de savoir si l'aide au paiement de l'intérêt hypothécaire touchée par le contribuable, après sa réinstallation dans une région où le coût du logement est plus élevé, est imposable en application de l'alinéa 6(1)a)

c. 1, s. 35; S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 44; 1984, c. 45, s. 25; 1985, c. 45, s. 38; 1993, c. 24, s. 32] of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63].

[mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 1] ou de l'article 80.4 [édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 35; S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 44; 1984, ch. 45, art. 25; 1985, ch. 45, art. 38; 1993, ch. 24, art. 32] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63].

## FACTS

The relevant facts are not in dispute. The five taxpayers were each required in 1991 by their employer, Petro-Canada, to relocate from Calgary to the Toronto area as part of a company-wide reorganization. The relocation was mandatory, with affected employees given the option of moving or losing their jobs. The relocation was also purely geographical and involved no change in employee income.

To defray higher housing costs in the Toronto region and to encourage affected employees to accept relocation, Petro-Canada instituted a relocation incentive that worked as follows: A national real estate company was consulted to determine the market price differential between similar homes in Calgary and Toronto, which at the time of relocation came to 1.55. Petro Canada then offered to pay any increase in interest charges on mortgages taken on costlier Toronto homes to a maximum set by the differential. Thus, a house that cost \$100,000 in Calgary would be deemed to cost \$155,000 in Toronto. The owner of such a house would be eligible for an interest subsidy paid by the employer to the extent of the interest payable on the increase in principal, that is, \$55,000. The Relocation Program booklet distributed to the employees says the following about the interest subsidy:

The Company will subsidize the interest on a portion of your mortgage financing. The maximum portion that the Company will subsidize will be the differential in housing prices as determined by the Company. . . . The subsidy will be equal to the normal mortgage interest cost on a declining balance of your original differential in housing prices or the balance of your mortgage, whichever is the lesser [sic]. . . .

## LES FAITS

Les faits pertinents ne sont pas contestés. En 1991, l'employeur des cinq contribuables, Pétro-Canada, a exigé de ceux-ci qu'ils quittent Calgary et s'établissent dans la région de Toronto dans le cadre de la restructuration globale de l'entreprise. La réinstallation était obligatoire, et les employés touchés avaient le choix entre déménager ou perdre leur emploi. La réinstallation était purement géographique, et le revenu des employés n'était aucunement modifié.

Afin d'inciter les employés touchés à accepter la réinstallation et pour compenser le coût plus élevé du logement dans la région de Toronto, Pétro-Canada a adopté des mesures d'encouragement à la réinstallation dont les modalités étaient les suivantes. Une société immobilière d'envergure nationale a été consultée afin de calculer l'écart entre le prix du marché d'une résidence à Calgary et celui d'une résidence comparable à Toronto. Au moment de la réinstallation, cet écart était de 1,55. Pétro-Canada a alors offert de supporter toute augmentation des frais d'intérêts hypothécaires afférents à une résidence au coût plus élevé à Toronto, jusqu'à concurrence d'un montant calculé sur la base de l'écart. Ainsi, la maison qui coûtait 100 000 \$ à Calgary était réputée coûter 155 000 \$ à Toronto. Le propriétaire d'une telle maison était admissible à une aide consentie par l'employeur pour le paiement de l'intérêt correspondant à l'augmentation du capital, c'est-à-dire 55 000 \$. La brochure portant sur le programme de réinstallation qui a été remise aux employés dit ce qui suit au sujet de l'aide au paiement de l'intérêt:

[TRADUCTION] L'entreprise paiera l'intérêt afférent à une partie du financement hypothécaire. Cette partie correspond à l'écart entre les coûts du logement calculé par l'entreprise. L'aide équivaut aux frais d'intérêts hypothécaires courants, selon la méthode de l'amortissement dégressif, afférents à l'écart initial entre les coûts du logement ou au solde de votre prêt hypothécaire, selon le moins élevé des deux . . .

As indicated, the mortgage interest subsidy was payable for ten years on a declining percentage basis, 100% interest differential paid in the first year reducing gradually down to 50% in the tenth. It would cease upon termination of employment. The subsidy was directed solely at defraying increased interest charges and it could not be applied to principal.

Also important to note is that the financing taken on the homes was to be arranged through normal methods by the relocated employees. The employer played no role assisting in this process, except that the mortgages were available only from Confederation Life, which billed Petro-Canada directly for the subsidy amount each year.

IS THE MORTGAGE INTEREST SUBSIDY TAXABLE UNDER PARAGRAPH 6(1)(a)?

Paragraph 6(1)(a) reads as follows:

6. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from an office or employment such of the following amounts as are applicable:

(a) the value of board, lodging and other benefits of any kind whatever received or enjoyed by him in the year in respect of, in the course of, or by virtue of an office or employment . . . .

Four of the five Tax Court judges [*Hoefele (E.) v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2177; *Zaugg, T. D. v. The Queen* (1994), 94 DTC 1882; *Mikkelsen, P. v. The Queen* (1994), 95 DTC 118; *Krall (D.) v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2570; *Krull (D.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2204] decided that the interest subsidy was not a taxable benefit pursuant to paragraph 6(1)(a). The sole question hinged on whether the receipt was a “benefit” within the meaning of paragraph 6(1)(a). The matter of whether it was “in respect of”, “in the course of” or “by virtue of” employment did not cause any difficulty; all agreed that the receipt was sufficiently linked to the employment.

Comme précisé, l’aide au paiement de l’intérêt hypothécaire était versée pendant dix ans en fonction d’un pourcentage dégressif, soit 100 p. cent de l’écart entre les frais d’intérêts au cours de la première année pour atteindre progressivement 50 p. cent au cours de la dixième année. L’aide prenait fin en cas de cessation d’emploi. La mesure visait seulement à aider au paiement des frais d’intérêts accrus, à l’exclusion du capital.

Il importe également de signaler que les employés en cause devaient obtenir le financement hypothécaire en se pliant aux formalités habituelles. L’employeur ne leur venait aucunement en aide à cet égard, si ce n’est que le prêt hypothécaire ne pouvait être obtenu que de La Confédération, laquelle expédiait directement à Pétro-Canada le relevé de compte pour l’aide consentie chaque année.

L’AIDE AU PAIEMENT DE L’INTÉRÊT HYPOTHÉCAIRE EST-ELLE IMPOSABLE AUX TERMES DE L’ALINÉA 6(1)a)?

Voici le libellé de la disposition pertinente:

6. (1) Doivent être inclus dans le calcul du revenu d’un contribuable tiré, pour une année d’imposition, d’une charge ou d’un emploi, ceux des éléments appropriés suivants:

a) la valeur de la pension, du logement et autres avantages de quelque nature que ce soit qu’il a reçus ou dont il a joui dans l’année au titre, dans l’occupation ou en vertu d’une charge ou d’un emploi, . . .

Quatre des cinq juges de la Cour canadienne de l’impôt [*Hoefele (E.) c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2177; *Zaugg, T. D. c. La Reine* (1994), 94 DTC 1882; *Mikkelsen, P. c. La Reine* (1994), 95 DTC 118; *Krall (D.) c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2570; *Krull (D.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2204] ont tranché que l’aide au paiement de l’intérêt ne constituait pas un avantage imposable aux fins de l’alinéa 6(1)a). Le débat a porté uniquement sur la question de savoir si l’aide reçue constituait un «avantage» au sens de cette disposition. Le fait qu’elle ait été ou non consentie «au titre», «dans l’occupation» ou «en vertu» d’un emploi n’a pas occasionné de difficultés, toutes les parties reconnaissant qu’elle était suffisamment liée à l’emploi.

The first issue to consider therefore, is whether there was a “benefit”.

The classic statement of what comprises a taxable benefit derives from the Supreme Court of Canada case, *R. v. Savage*.<sup>1</sup> In that case Mr. Justice Dickson, as he then was, [quoting from *R. v. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727, at p. 738] explained in clear and simple terms the principle which distinguishes taxable from non-taxable receipts:

If it is a material acquisition which confers an economic benefit on the taxpayer and does not constitute an exemption, e.g., loan or gift, then it is within the all-embracing definition of s. 3.<sup>2</sup>

According to the Supreme Court of Canada, then, to be taxable as a “benefit”, a receipt must confer an economic benefit. In other words, a receipt must increase the recipient’s net worth to be taxable. Conversely, a receipt which does not increase net worth is not a benefit and is not taxable. Compensation for an expense is not taxable, therefore, because the recipient’s net worth is not increased thereby.

Our jurisprudence has long accepted the focus on net gain as the basis for determining whether a receipt is a “benefit” and whether it is therefore taxable. In the 1967 decision of the Exchequer Court of Canada, *Ransom, Cyril John v. Minister of National Revenue*,<sup>3</sup> Noël J. applied the net gain concept to circumstances not too dissimilar from the present. An employee was transferred by the employer company to a different city and was reimbursed by that company for losses incurred on the sale of a house. In deciding that these reimbursements were not income, Noël J. stated:

In a case such as here, where the employee is subject to being moved from one place to another, any amount by which he is out of pocket by reason of such a move is in exactly the same category as ordinary travelling expenses. His financial position is adversely affected by reason of that particular facet of his employment relationship. When his employer reimburses him for any such loss, it cannot be regarded as remuneration, for if that were all that he received under his employment arrangement, he would not

Ainsi, la Cour doit tout d’abord déterminer si un «avantage» a été accordé.

L’arrêt *R. c. Savage* de la Cour suprême du Canada<sup>1</sup> est l’arrêt clé aux fins de déterminer ce qu’est un avantage imposable. Dans cette affaire, le juge Dickson [citant *R. v. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727, à la p. 738], tel était alors son titre, explique clairement et simplement ce qui distingue une rentrée imposable d’une rentrée non imposable:

S’il s’agit d’une acquisition importante qui confère au contribuable un avantage économique et qui ne fait pas l’objet d’une exemption comme, par exemple, un prêt ou un cadeau, elle est alors visée par la définition compréhensive de l’art. 3<sup>2</sup>.

Par conséquent, selon la Cour suprême, pour qu’elle soit imposable à titre d’«avantage», une rentrée doit conférer un avantage économique. En d’autres termes, pour qu’elle soit imposable, la rentrée doit avoir pour effet d’augmenter la valeur nette du patrimoine du bénéficiaire. À l’inverse, la rentrée qui n’augmente pas celle-ci n’est pas un avantage et n’est pas imposable. Le remboursement d’une dépense n’est donc pas imposable, car la valeur nette du patrimoine du bénéficiaire ne s’en trouve pas accrue.

Notre jurisprudence accepte depuis longtemps que l’accent soit mis sur le gain net pour déterminer si une rentrée constitue un «avantage» et si elle est, par conséquent, imposable. Dans une décision rendue en 1967 par la Cour de l’Échiquier du Canada, *Ransom, Cyril John v. Minister of National Revenue*<sup>3</sup>, le juge Noël applique la notion de gain net à des circonstances qui sont assez semblables à celles de la présente affaire. Un employé muté par son employeur dans une autre ville avait été remboursé par ce dernier des pertes subies lors de la vente de sa maison. Pour conclure que les sommes remboursées ne constituaient pas un revenu, le juge Noël dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Si, comme en l’espèce, l’employé risque d’être déplacé d’un endroit à un autre, les montants qu’il doit lui-même payer à cause de ces déplacements doivent être traités exactement comme des frais de déplacement ordinaires. L’employé est désavantagé au point de vue financier à cause de cet aspect particulier de son contrat de travail. Quand son employeur lui rembourse la perte ainsi subie, le montant versé ne peut être considéré comme une rémunération, car si l’employé ne recevait rien d’autre en

have received any amount for his services. Economically, all that he would have received would be the amount that he was out of pocket *by reason of* the employment.<sup>4</sup>

This is merely another way of describing the net gain idea that a receipt is not taxable if it does not improve the economic situation of the taxpayer; if it only reimburses for an amount for which an employee would otherwise be “out of pocket”, it is not a “benefit”. He treats relocation costs in the same way as ordinary travelling expenses. Reimbursement for out of pocket expenses incurred as a result of a move, explains Noël J., cannot be considered a benefit because it adds nothing of value to the recipient’s economic situation. He states:

It appears to me quite clear that reimbursement of an employee by an employer for expenses or losses incurred by reason of the employment (which as stated by Lord McNaughton in *Tenant v. Smith* [1892] A.C. 150, puts nothing in the pocket but merely saves the pocket) is neither remuneration as such or a *benefit* “of any kind whatsoever”. . . .<sup>5</sup>

The approach of *Savage* and *Ransom* was adopted by this Court in *Huffman v. Canada*<sup>6</sup> where the issue was whether a clothing expense which was reimbursed to a plain clothes police officer was a benefit. Heald J.A., quoting from the Tax Court Judge and echoing Mr. Justice Dickson in *Savage*, held that it was not, describing the applicable test as follows:

It is therefore necessary to consider whether the facts here show that there was a material acquisition in conferring an economic benefit on the taxpayer.

Mr. Justice Heald went on to conclude [at page 389]:

. . . the taxpayer was simply being restored to the economic situation he was in before his employer ordered him to incur the expenses.

This Court once again applied this principle in affirming the decision of Cullen J. in *Splane (R.O.J.) v. Canada*.<sup>7</sup> There, a relocated employee was reimbursed for costs pertaining to an increased interest rate

vertu de son contrat de travail, il n’aurait rien reçu pour ses services. Au point de vue économique, il n’aurait reçu que le montant qu’il a dû payer à *cause de* son emploi<sup>4</sup>.

Il s’agit simplement d’une autre façon de formuler la notion de gain net selon laquelle une rentrée n’est pas imposable si elle n’a pas pour effet d’améliorer la situation financière du contribuable. Le seul remboursement d’une somme que l’employé aurait dû autrement «lui-même payer» ne constitue pas un «avantage». Le juge assimile les frais de réinstallation à des frais de déplacement ordinaires. Selon le juge Noël, le remboursement de dépenses engagées en raison d’un déplacement ne peut être considéré comme un avantage, car il n’a pas vraiment pour effet d’améliorer la situation financière du bénéficiaire. Il ajoute ce qui suit:

[TRADUCTION] Il me semble bien clair que le remboursement d’une somme à un employé par un employeur au titre de dépenses engagées ou de pertes subies en raison de l’emploi (remboursement qui, comme l’a déclaré lord McNaughton dans l’affaire *Tenant v. Smith* [1892] A.C. 150, n’enrichit pas le bénéficiaire, mais le compense tout simplement) n’est pas une rémunération comme telle ni un *avantage* «de quelque nature que ce soit» . . .<sup>5</sup>

Les principes formulés dans *Savage* et dans *Ransom* ont été appliqués par la Cour dans *Huffman c. Canada*<sup>6</sup> où la question en litige était de savoir si le remboursement d’une dépense vestimentaire à un policier en tenue civile constituait un avantage. Citant les propos tenus par le juge de la Cour canadienne de l’impôt et s’inspirant de l’analyse du juge Dickson dans *Savage*, le juge Heald, J.C.A. conclut que ce n’est pas le cas et énonce comme suit le critère applicable:

Il importe donc d’examiner les faits pour savoir si, en l’espèce, il y a eu acquisition importante ayant conféré au contribuable un avantage économique.

Puis, il ajoute [à la page 389]:

. . . il [le contribuable] avait simplement été rétabli dans la situation financière où il se trouvait avant que son employeur n’exige qu’il engage ces dépenses.

La Cour a de nouveau appliqué ce principe en confirmant la décision du juge Cullen dans *Splane (R.O.J.) c. Canada*<sup>7</sup>. Dans cette affaire, l’employé déplacé avait été remboursé des frais découlant de

on a mortgage. Deciding that such reimbursement does not constitute a benefit, Cullen J. stated:

The taxpayer gained no extra money in his pocket. Instead the payments only allowed him to maintain the same position as that which he occupied prior to his transfer, and prevented him from having accepted the lateral transfer position at a loss.<sup>8</sup>

At another point in the case, Cullen J., in characterizing the economic effects of the receipt,<sup>9</sup> explained that “[t]he plaintiff was simply restored to the economic situation he was in before he undertook to assist his employer by relocating”.

Therefore, the question to be decided in each of these instances is whether the taxpayer is restored or enriched. Though any number of terms may be used to express this effect—for example, reimbursement, restitution, indemnification, compensation, make whole, save the pocket—the underlying principle remains the same. If, on the whole of a transaction, an employee’s economic position is not improved, that is, if the transaction is a zero-sum situation when viewed in its entirety, a receipt is not a benefit and, therefore, is not taxable under paragraph 6(1)(a). It does not make any difference whether the expense is incurred to cover costs of doing the job, of travel associated with work or of a move to a new work location, as long as the employer is not paying for the ordinary, every day expenses of the employee.

It is clear that both our economy and our tax system favour the mobility of employees and others to areas where economic advantage beckons. Specific deductions in the *Income Tax Act*, for example, are available to employees who pay their own costs of moving. Parliament has thereby indicated that employment mobility should not be impeded, but rather encouraged. Indeed, such mobility rights have been enshrined in our Constitution as a Charter value and deserve judicial respect so as to prevent barriers being erected to erode it.<sup>10</sup> The decisions of the Supreme Court of Canada and this Court are in harmony with this value

l’augmentation du taux d’intérêt hypothécaire. Arrivant à la conclusion que le remboursement n’équivalait pas à un avantage, le juge Cullen dit ce qui suit:

Le contribuable n’a pas ainsi fait d’argent supplémentaire. En effet, les paiements lui ont simplement permis de maintenir la situation dans laquelle il se trouvait avant sa mutation et l’ont empêché d’essuyer une perte en acceptant la mutation latérale<sup>8</sup>.

Par ailleurs, pour qualifier les effets de la rentrée sur le plan financier<sup>9</sup>, le juge Cullen explique qu’« tout simplement rétabli le demandeur dans la situation économique dans laquelle il se trouvait avant d’accepter d’aider son employeur en déménageant ».

La Cour doit donc trancher la question de savoir si, dans chacune des présentes affaires, le contribuable a été rétabli dans la situation où il se trouvait auparavant ou s’il a réalisé un gain. Bien qu’un certain nombre d’expressions puissent être utilisées à cet égard—comme rembourser, restituer, indemniser, dédommager, rétablir, soustraire à une dépense—le principe sous-jacent demeure le même. Si, dans le cadre de l’opération globale, la situation financière de l’employé n’est pas améliorée, c’est-à-dire s’il s’agit d’une opération où les différents éléments s’annulent lorsqu’on les considère dans leur ensemble, la rentrée n’est pas un avantage et, par conséquent, elle n’est pas imposable en vertu de l’alinéa 6(1)a). Peu importe que la dépense soit engagée relativement à des frais occasionnés par l’accomplissement du travail, un déplacement lié à l’emploi ou l’emménagement dans un nouveau lieu de travail, tant que l’employeur ne paie pas les dépenses quotidiennes ordinaires de l’employé.

De toute évidence, tant notre économie que notre régime fiscal favorisent l’établissement des employés et des citoyens en général dans les régions où l’économie est prospère. Dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*, par exemple, l’employé peut déduire les frais de déménagement qu’il engage personnellement. L’intention du législateur n’était donc pas de nuire à la mobilité de la main-d’œuvre, mais bien de la favoriser. De fait, la liberté de circulation et d’établissement est constitutionnellement garantie dans la Charte, et les tribunaux doivent veiller à ce qu’il n’y soit pas porté atteinte<sup>10</sup>. Les décisions de la Cour suprême du



as enshrined in section 6 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] in so far as reimbursement of costs of moving and relocation are not taxable as long as the employee is not better off as a result.

Although certainly not binding on this Court, Revenue Canada's Interpretation Bulletin IT-470R, which deals with employee benefits, sets out a position reflecting the established jurisprudence. Of particular interest is paragraph 37 under "Removal Expenses" where the Bulletin reads:

37. In ordinary circumstances, if an employer reimburses an employee for a loss suffered by the latter in selling the family home upon being required by the employer to move to another locality or upon retirement from employment in a remote area, the amount so reimbursed is not income of the employee if it is not greater than the actual loss calculated as the amount by which the cost of the home to the employee exceeds the net selling price received for it . . .

This same understanding is echoed in a companion Interpretation Bulletin IT-178R3 concerning moving expenses. Paragraph 4 reads in part as follows:

4. . . . Where an employer pays or reimburses an employee for reasonable moving expenses which are not eligible for deduction under section 62, such reimbursement is not usually regarded as a taxable benefit conferred on the employee.

This paragraph reveals the tension between Parliament's desire for certainty in tax matters and the continuing necessity of deciding tax issues on a principled basis. It recognizes that the moving expense deductions of section 62 are not a complete code regarding the tax treatment of costs incurred by relocating workers. The same can be said for the section 8 employment deductions: they also do not constitute a comprehensive code. Receipts not specifically mentioned in those sections must still be categorized for taxation purposes; they must still come within paragraph 6(1)(a), as explained by *Ransom* and *Savage*, to be taxable. Thus, as desirable as clearly

Canada et de la Cour fédérale sont compatibles avec le respect de cette garantie reconnue à l'article 6 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], du fait que le remboursement des frais de déménagement et de réinstallation n'est pas imposable s'il n'a pas pour effet d'améliorer la situation de l'employé.

Même s'il ne lie certainement pas la Cour, le bulletin d'interprétation IT-470R de Revenu Canada, qui porte sur les avantages consentis aux employés, énonce une position qui reflète la jurisprudence. Le paragraphe 37 intitulé «Frais de déménagement» revêt un intérêt particulier:

37. Dans des circonstances normales, si un employeur rembourse à son employé une perte qu'il a subie lors de la vente de sa maison parce que l'employeur l'a obligé à s'installer dans une autre localité, ou parce qu'il a abandonné son emploi dans une région éloignée, le montant ainsi remboursé ne constitue pas un revenu de l'employé s'il n'est pas supérieur à la perte effective qu'il a subie, c'est-à-dire l'excédent de ce que lui a coûté la maison sur le prix de vente net qu'il a touché . . .

La même interprétation est faite dans le bulletin d'interprétation IT-178R3, qui s'applique de pair, relativement aux frais de déménagement. Voici le libellé du paragraphe 4:

4. . . . Quand un employeur paie ou rembourse à un employé des frais de déménagement raisonnables qui ne donnent pas droit à la déduction de l'article 62, ce remboursement n'est pas considéré normalement comme un avantage imposable accordé à l'employé.

Ce texte fait ressortir l'opposition entre la volonté du législateur de favoriser la certitude en matière fiscale et l'immuable nécessité de trancher les litiges fiscaux sur le fondement de principes. Il y est reconnu que l'article 62 n'est pas exhaustif en ce qui concerne la déduction des frais de déménagement engagés par un travailleur dans le cadre d'une réinstallation. Il en est de même de l'article 8 et des déductions liées à l'emploi qu'il prévoit, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'une disposition exhaustive. Les rentrées qui ne sont pas expressément mentionnées dans ces articles doivent néanmoins être qualifiées aux fins de l'impôt; comme l'expliquent les tribunaux dans *Ransom* et dans

specified rules of taxation may be, many tax issues remain to be decided on a case to case basis in accordance with general principles established in the case law. Clearly, no once and for all pronouncement can resolve all the cases, as wonderful as that would be.

Our system does not tax every dollar received by a taxpayer.<sup>11</sup> Receipts must be characterized as income or a “benefit” before that occurs. True, all money paid to an employee is a “benefit” in the sense that the employee is better off than if the money were not received. But, whether such a payment is legally a “benefit” according to paragraph 6(1)(a) is an entirely different question, one that depends on the specific facts of each individual case.

To further complicate matters, the form of a transaction is important in the characterization process. To repeat something I wrote in another context,<sup>12</sup> form matters. Form may not rule, but it does matter. And because form matters, one may structure one’s affairs so as to minimize the tax payable on certain transactions. There is nothing wrong with this. Subject to provisions such as section 245, it is neither illegal nor immoral. Some of the best legal minds in Canada are devoted exclusively to this enterprise. Tax liability may sometimes be minimized if certain formal steps are followed. That is the case in this context, as well as in many others. Thus if a company gives \$500 to an employee as a lump sum payment to offset some cost or expense, but does not require receipts, the money is taxable.<sup>13</sup> However, if receipts for actual costs incurred are required in order to get reimbursement, the amount may not be taxable. If a company gives a lump sum payment to an employee to offset higher housing costs on relocation, the payment is taxable, if he is better off as a result.<sup>14</sup> But, if such aid comes by way of a reimbursement for the loss of a favourable mortgage rate, it is not taxable.<sup>15</sup> So too, if a company reimburses its employees for expenses incurred by means of a general wage increase, the amount of the increase is obviously taxable. Notwith-

*Savage*, elles doivent être visées à l’alinéa 6(1)a) pour être imposables. Même s’il est souhaitable que les règles d’imposition aient une portée à la fois claire et précise, de nombreuses questions fiscales doivent être tranchées suivant les faits de chaque espèce conformément aux principes généraux dégagés par la jurisprudence. De toute évidence, aucun énoncé définitif n’est susceptible de résoudre tous les cas, même si ce serait l’idéal.

Notre régime fiscal ne prévoit pas l’imposition de chaque dollar touché par le contribuable<sup>11</sup>. Pour qu’une rentrée soit imposable, elle doit être assimilée à un revenu ou à un «avantage». Il est vrai que toute somme versée à l’employé est un «avantage», car ce dernier se trouve alors dans une situation meilleure que s’il n’avait touché aucune somme. Cependant, la question de savoir si, légalement, il s’agit d’un «avantage» au sens de l’alinéa 6(1)a) est une toute autre affaire dont l’issue dépend des faits de chaque cas.

Pour compliquer davantage les choses, la forme que revêt l’opération en cause importe aux fins de la qualification. Comme je l’ai déjà dit dans une autre affaire<sup>12</sup>, la forme importe. Elle ne l’emporte pas sur le fond, mais elle compte. C’est pourquoi, on peut monter certaines opérations de façon à payer le moins d’impôt possible à l’égard de celles-ci. Il n’y a rien de mal là-dedans. Sous réserve de dispositions comme l’article 245, ce n’est ni illégal ni immoral. D’éminents juristes au Canada se consacrent exclusivement à cet exercice. L’obligation fiscale peut parfois être réduite lorsque certaines formalités sont remplies. C’est le cas dans le présent contexte, tout comme dans de nombreux autres. Ainsi, lorsqu’une entreprise verse une somme forfaitaire de 500 \$ à un employé pour le dédommager de certains frais, sans exiger de récépissés, la somme est imposable<sup>13</sup>. Cependant, si des pièces justificatives sont exigées pour le remboursement, la somme peut ne pas être imposable. Lorsqu’une entreprise verse une somme forfaitaire à un employé pour le dédommager de l’augmentation du coût du logement dans le cadre d’une réinstallation, la somme est imposable si la situation de l’employé s’en trouve améliorée<sup>14</sup>. Par contre, l’aide financière qui consiste à dédommager de la perte d’un taux hypothécaire avantageux n’est pas imposable<sup>15</sup>. De même,

standing that each of these varying methods of reimbursement may have a similar goal in mind, the different forms of transaction may be treated differently, that is, some may be taxed and others may not. This is in no way inequitable. This is not improper circumvention of the tax laws. The facts of each case are unique and courts must deal with them accordingly. It is just common sense, therefore, for taxpayers to consider the tax consequence of their financial dealings and to structure them wisely so as to keep tax liability to a minimum.

Having dwelled upon the deceptively simple principles set out in *Ransom and Savage*, I must now wade into the murky waters of employee relocation benefits to determine whether the payments made under the interest subsidy scheme in these cases are taxable. As was stated above, four of the five Tax Court judges who considered these five cases decided that the mortgage interest subsidy is not a taxable benefit. The primary reason for this, they indicated, was that the mortgage interest subsidy scheme established in these cases did not increase the mortgagors' equity in their homes. No economic gain accrued to any of the taxpayers as a result of the subsidy. Their net worth was not increased. Thus, a fundamental requirement of paragraph 6(1)(a) was unfulfilled. Where no economic gain is present, a receipt is not to be taxed. Sobier T.C.C.J. put it succinctly in the *Hoefele* reasons:

The appellant's equity in the new house remained the same. The house in Toronto may be a significantly more valuable asset but the appellant's ownership in the asset did not increase. In Calgary, the appellant's equity in his home was \$98,600. In Toronto, the appellant's equity position was still \$98,600. A person's economic position is not advanced by maintaining the same ownership in a more valuable asset. The appellant assumed all responsibility for payments on account of increased principal. In fact, his monthly mortgage

lorsqu'une entreprise rembourse les dépenses engagées par un employé en lui accordant une augmentation de salaire, le montant de l'augmentation est de toute évidence imposable. Bien que l'objectif sous-jacent à chacun de ces différents modes de remboursement soit semblable, les différentes sortes d'opérations commandent des traitements différents, c'est-à-dire que certaines emportent l'imposition et d'autres pas. Ce n'est nullement inéquitable. Il ne s'agit pas d'un contournement inapproprié des dispositions fiscales. Les faits de chaque affaire sont uniques, et les tribunaux doivent trancher en conséquence. C'est donc le simple bon sens qui incite le contribuable à tenir compte des conséquences fiscales de ses opérations financières et à monter celles-ci de façon à réduire le plus possible son obligation fiscale.

Après avoir analysé les principes apparemment simples dégagés dans la décision *Ransom* et dans l'arrêt *Savage*, je dois maintenant m'engager dans les eaux troubles de l'avantage consenti à un employé aux fins de sa réinstallation et déterminer si, en l'espèce, les sommes versées dans le cadre du programme d'aide au paiement de l'intérêt sont imposables. Comme je le mentionne précédemment, quatre des cinq juges de la Cour canadienne de l'impôt appelés à statuer dans les cinq affaires dont la Cour est saisie ont tranché que l'aide au paiement de l'intérêt hypothécaire ne constituait pas un avantage imposable. La principale raison en est que le programme en cause n'a pas eu pour effet d'accroître la valeur nette réelle de la résidence pour le débiteur hypothécaire. Les contribuables n'ont réalisé aucun gain financier en raison de l'aide. La valeur nette de leur patrimoine ne s'est pas accrue. Ainsi, une exigence fondamentale de l'alinéa 6(1)a) n'est pas respectée. En l'absence d'un gain financier, la rentrée ne devrait pas être imposée. Le juge Sobier, de la Cour canadienne de l'impôt, justifie succinctement sa conclusion dans *Hoefele*:

L'avoir propre de l'appelant dans la nouvelle maison est resté le même. La maison de Toronto peut bien être un actif dont la valeur est beaucoup plus élevée, mais l'avoir propre de l'appelant dans cette maison n'a pas augmenté. L'avoir propre de l'appelant dans la maison de Calgary était de 98 600 \$, et son avoir propre dans la maison de Toronto était encore de 98 600 \$. La situation financière d'une personne ne progresse pas du fait que cette dernière maintient le même avoir propre dans un actif ayant une plus

payments were greater in Toronto than Calgary. If employment ceased or the employee was relocated back to Calgary, the assistance ceased. The assistance received by the appellant was not a colourable attempt to increase the appellant's remuneration; it is merely a reimbursement for an expense incurred by virtue of employment.<sup>16</sup>

I am in full agreement with this conclusion, for it is entirely consistent with the jurisprudence of the Supreme Court of Canada and of this Court. It is also mainly a finding of fact, something this Court cannot alter except in the rarest of circumstances.

This conclusion is, in my view, not inconsistent with the decision in *Phillips*.<sup>17</sup> The facts in that case, a lump sum payment to employees that clearly benefitted them economically by increasing their net worth, are not before us here. In *Phillips*, I concurred in the result on those facts. These facts are different. The employees here simply traded a house in Calgary for a similar one in Toronto. The employer defrayed some of the extra costs of doing so, without increasing any of the homeowners' equity in the homes. Unlike the situation in *Phillips*, their net worth was not increased in these cases.

There is no need to reverse *Splane*, as urged by counsel for the Crown. Nor is there any reason to disparage or to limit *Ransom*. On the contrary, *Splane* and *Ransom* continue to be good law. The *Ransom* case was decided some twenty-eight years ago by a distinguished jurist on the basis of an eminently reasonable principle. It has not been challenged by this Court since. The *Ransom* principle is consistent with *Savage*. It reflects common sense. It is fair. It deserves to survive. Should Parliament wish to reverse the principle, it is at liberty to do so. I see no reason why this Court should.

a grande valeur. L'appelant a pris en charge tous les paiements au titre du principal accru. Ses paiements hypothécaires mensuels étaient effectivement plus élevés à Toronto qu'à Calgary. L'aide disparaissait en cas de cessation d'emploi ou si l'employé devait redéménager à Calgary. L'aide accordée à l'appelant ne représentait pas une manière détournée d'accroître la rémunération de ce dernier; il s'agit simplement d'un remboursement au titre d'une dépense engagée en raison de l'emploi<sup>16</sup>.

b Je suis totalement en accord avec cette conclusion parce qu'elle est parfaitement compatible avec la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et de notre Cour. Il s'agit aussi principalement d'une conclusion de fait, ce que la Cour ne peut modifier qu'en de rarissimes circonstances.

d Selon moi, cette conclusion n'est pas incompatible avec l'arrêt *Phillips*<sup>17</sup>. Les faits de cette affaire où une somme forfaitaire a été versée à des employés qui ont ainsi clairement obtenu un avantage financier du fait de l'augmentation la valeur nette de leur patrimoine diffèrent de ceux de la présente espèce. Dans *Phillips*, j'ai souscrit au jugement rendu à partir de ces faits, lesquels ne sont pas identiques. En l'espèce, les employés ont simplement remplacé leur maison à Calgary par une maison semblable à Toronto. L'employeur a remboursé certains des frais supplémentaires engagés à cette fin, sans accroître la valeur nette réelle des maisons pour les propriétaires. Contrairement à la situation dans *Phillips*, la valeur nette de leur patrimoine ne s'est pas accrue.

g

h Malgré les prétentions de l'avocat du ministère public, il n'est pas nécessaire d'infirmer la décision *Splane*. Il n'y a pas non plus de raison de dénigrer la décision *Ransom* ou d'en limiter la portée. Au contraire, *Splane* et *Ransom* demeurent valables en droit. Dans *Ransom*, le jugement a été rendu il y a quelque vingt-huit ans par un éminent juriste sur la base d'un principe tout à fait raisonnable. Depuis, il n'a pas été remis en question par la Cour. Le principe dégagé dans *Ransom* est compatible avec l'arrêt *Savage*. Il s'appuie sur le bon sens. Il est équitable. Il doit continuer de s'appliquer. Si le législateur souhaite supprimer le principe, libre à lui de le faire. Je ne vois pas pourquoi la Cour devrait le faire.

j

IS THE MORTGAGE INTEREST SUBSIDY TAXABLE UNDER SUBSECTIONS 80.4(1) AND 6(9)?

L'AIDE AU PAIEMENT DE L'INTÉRÊT HYPOTHÉCAIRE EST-ELLE IMPOSABLE AUX TERMES DES PARAGRAPHE 80.4(1) ET 6(9)?

The second issue in this appeal is whether the interest subsidy qualifies as a taxable benefit under subsection 80.4(1), which reads:

**80.4 (1)** Where a person or partnership receives a loan or otherwise incurs a debt because of or as a consequence of a previous, the current or an intended office or employment of an individual, or because of the services performed or to be performed by a corporation carrying on a personal services business, the individual or corporation, as the case may be, shall be deemed to have received a benefit in a taxation year equal to the amount, if any, by which the total of

(a) all interest on all such loans and debts computed at the prescribed rate on each such loan and debt for the period in the year during which it was outstanding, and

(b) the aggregate of all amounts each of which is an amount of interest that was paid or payable in respect of the year on such a loan or debt by

(i) a person or partnership (in this paragraph referred to as the "employer") that employed or intended to employ the individual,

(ii) a person (other than the debtor) related to the employer, or

(iii) a person or partnership to or for whom or which the services were or were to be provided or performed by the corporation of a person (other than the debtor) that does not deal at arm's length with such person or any member of such partnership,

exceeds the aggregate of

(c) the amount of interest for the year paid on all such loans and debts not later than 30 days after the end of the year, and

(d) any portion of the aggregate determined in respect of the year under paragraph (b) that is reimbursed in the year or within 30 days after the end of the year by the debtor to the person or entity who made the payment referred to in paragraph (b).

Subsection 6(9) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 1] reads as follows:

La deuxième question en litige aux fins du présent appel est de savoir si l'aide au paiement de l'intérêt constitue un avantage imposable au sens du paragraphe 80.4(1), dont voici le libellé:

**80.4 (1)** Lorsqu'une personne ou une société reçoit un prêt ou contracte autrement une dette en raison ou par suite de l'emploi ou de la charge antérieur, actuel ou projeté d'un particulier ou en raison des services fournis ou à fournir par une corporation qui exploite une entreprise de prestations de services personnels, le particulier ou la corporation est réputé avoir reçu, au cours d'une année d'imposition, un avantage d'une valeur égale à l'excédent éventuel du total:

a) de la totalité des intérêts sur tous ces prêts et sur toutes ces dettes, calculés au taux prescrit sur chacun de ces prêts et chacune de ces dettes pour la période de l'année où le prêt ou la dette était impayé, et

b) du total de tous les montants dont chacun représente le montant des intérêts payés ou payables à l'égard de l'année sur ces prêts ou dettes par

(i) une personne ou une société (appelée au présent alinéa l'«employeur») qui a employé ou a eu l'intention d'employer le particulier,

(ii) une personne (autre que le débiteur) liée à l'employeur, ou

(iii) une personne ou une société à qui ou pour qui les services ont été ou devaient être rendus ou exécutés par la corporation ou par une personne (autre que le débiteur) qui a un lien de dépendance avec cette personne ou un associé de cette société,

sur le total:

c) du montant des intérêts pour l'année payés sur tous ces prêts et sur toutes ces dettes au plus tard 30 jours après la fin de l'année, et

d) de toute partie du total déterminé pour l'année en vertu de l'alinéa b) qui est remboursée par le débiteur dans l'année ou dans les 30 jours suivant la fin de l'année à la personne ou entité qui a fait le paiement visé à l'alinéa b).

Le texte du paragraphe 6(9) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 1] est le suivant:

6. . . .

(9) Where an amount in respect of a loan or debt is deemed by subsection 80.4(1) to be a benefit received in a taxation year by an individual, the amount thereof shall be included in computing his income for the year as income from an office or employment.

Thus, for the 1992 and following taxation years, a receipt must be from a loan or debt incurred “because of or as a consequence of” employment. For taxation years prior to 1992,<sup>18</sup> such loan or debt must have been incurred “by virtue of” employment. There is a slight difference in wording between the older and newly amended sections signifying little, if anything. Regardless, the focus of both versions is on the debt and not the receipt. It is not the benefit that must arise “because of”, “as a consequence of”, or “by virtue of” the employment; rather the loan or debt itself must be incurred “because of” or “as a consequence of” of “by virtue of” employment. In the present circumstances, the mortgage interest subsidy may well have been received “because of”, “as a consequence of” or “by virtue of” the taxpayers’ employment. But this is not the question before us. What must be determined is whether those portions of the mortgage loans taken out by the taxpayers in respect of the Toronto homes, and to which the interest subsidy was directed, came about “because of”, “as a consequence of” or “by virtue of” employment.

In resolving this question, one must first note that subsection 80.4(1), whether in its older or newly amended form, requires a close connection between the loan or debt and employment, a connection much closer than that required by paragraph 6(1)(a) as between benefit and employment. In the latter, a benefit may arise if it is received merely “in respect of” employment. The phrase “in respect of” connotes only the slightest relation between two subjects and is intended to convey very wide scope. In *Nowegijick v. The Queen*, the Supreme Court of Canada stated the following concerning the words “in respect of”:

The words “in respect of” are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings as “in relations to”, “with reference to” or “in connection with”. The phrase “in respect of” is probably the widest of any

6. . . .

(9) Lorsqu’une somme à l’égard d’un prêt ou d’une dette est réputée en vertu du paragraphe 80.4(1) être un avantage reçu dans une année d’imposition par un particulier, cette somme doit être incluse dans le calcul de son revenu pour l’année à titre de revenu tiré d’une charge ou d’un emploi.

Ainsi, pour l’année d’imposition 1992 et les suivantes, la rentrée doit correspondre à un prêt reçu ou à une dette contractée «en raison ou par suite» de l’emploi. Pour les années d’imposition antérieures à 1992<sup>18</sup>, le prêt doit avoir été reçu ou la dette contractée «en raison» de l’emploi. Malgré la légère différence de libellé entre l’ancienne disposition et la nouvelle, il n’en résulte pas de conséquences importantes. D’ailleurs, dans les deux versions, l’accent est mis sur la dette, et non sur la rentrée. Ce n’est pas l’avantage qui doit être obtenu «en raison» ou «par suite» de l’emploi, mais bien le prêt ou la dette comme tel qui doit être reçu ou contracté «en raison» ou «par suite» de l’emploi. Vu les circonstances des présentes affaires, l’aide au paiement de l’intérêt hypothécaire peut bien avoir été touchée «en raison» ou «par suite» de l’emploi des contribuables. Mais ce n’est pas la question dont la Cour est saisie. La question qui doit être tranchée est celle de savoir si la partie du prêt hypothécaire contracté par chacun des contribuables à l’égard d’une maison à Toronto et à laquelle l’aide au paiement de l’intérêt s’appliquait a été reçue «en raison» ou «par suite» de l’emploi.

Pour résoudre la question, il convient tout d’abord de remarquer que le paragraphe 80.4(1), qu’il s’agisse de l’ancienne ou de la nouvelle version, exige un lien étroit entre le prêt ou la dette et l’emploi, un lien beaucoup plus étroit que celui exigé à l’alinéa 6(1)a) entre l’avantage et l’emploi. Dans ce dernier cas, l’avantage peut être touché simplement «au titre» d’un emploi. L’expression «au titre [de]» n’implique qu’une relation ténue entre deux éléments et traduit l’intention du législateur de conférer une très large portée à la disposition. Dans *Nowegijick c. La Reine*, la Cour suprême du Canada dit ce qui suit concernant une expression équivalente à «au titre [de]» (en anglais, *in respect of*):

À mon avis, les mots «quant à» [*in respect of*] ont la portée la plus large possible. Ils signifient, entre autres, «concernant», «relativement à» ou «par rapport à». Parmi toutes les expressions qui servent à exprimer un lien

expression intended to convey some connection between two related subject matters.<sup>19</sup>

quelconque entre deux sujets connexes, c'est probablement l'expression «quant à» qui est la plus large<sup>19</sup>.

On the other hand, the phrases used in the amended subsection 80.4(1), “because of”, or “as a consequence of”, as well as in the original version, “by virtue of”, require a strong causal connection. I find little or no difference between the meanings of the phrases “because of”, “as a consequence of” and “by virtue of”. Each phrase implies a need for a strong causal relation between subject-matters, not merely a slight linkage between them.

Par contre, les expressions employées dans la version modifiée du paragraphe 80.4(1), «en raison» ou «par suite», de même que dans la version antérieure, «en raison», exigent un lien causal important. Je vois peu de différence de portée, et même aucune, entre «en raison ou par suite» et «en raison». Chaque expression implique un lien causal important entre les sujets en cause, et non simplement un rapport ténu.

I do not see any strong causal relationship on the facts before us here. The employees who accepted the interest subsidy all owned houses prior to being relocated. To the extent that they incurred costs in trading a house in Calgary for a like house in the Toronto region they had to take mortgages out to cover those costs. Whether this meant simply increasing the principal on an already existing mortgage or taking out a new mortgage for the extra amount is of no consequence for subsection 80.4(1). Each taxpayer had simply to do what that taxpayer had to do. Each employee owned a house before relocating and traded like for like in the relocation. Each did what was needed to finance the trade and obtained such financing largely independently of employer involvement. They each had to qualify for the loans on their own merits. And each, in the end, was given an interest subsidy, on a declining ten-year basis, to defray part of the interest increases involved. I fail to see in this scenario a loan or debt incurred “because of”, “as a consequence of” or “by virtue of” employment. No employee jumped from a rental to a mortgage situation, and none traded a principal residence for a non-principal residence. Such loans or debts that were incurred in each of these cases were incurred, then, in order to retain ownership of a house, not “because of”, “as a consequence of” nor “by virtue of” employment.<sup>20</sup>

Les faits de la présente affaire ne font pas ressortir l'existence d'un lien causal important. Les employés qui ont accepté l'aide au paiement de l'intérêt étaient tous propriétaires d'une maison avant leur réinstallation. Ils ont dû contracter un prêt hypothécaire afin de couvrir les frais engagés pour remplacer leur maison à Calgary par une maison semblable dans la région de Toronto. Le fait qu'il s'agissait simplement d'augmenter le capital d'un prêt hypothécaire déjà existant ou de contracter un nouveau prêt hypothécaire pour la somme supplémentaire n'a pas d'importance aux fins de l'application du paragraphe 80.4(1). Chacun des contribuables devait simplement faire ce qu'il avait à faire. Chacun d'eux possédait une maison avant la réinstallation et l'a remplacée par une autre semblable dans son nouveau lieu de travail. Chacun a fait ce qui était nécessaire pour financer le remplacement et a obtenu le financement requis en grande partie sans le concours de l'employeur. Chacun devait établir sa solvabilité selon sa situation personnelle. Et chacun, en fin de compte, a obtenu une aide au paiement de l'intérêt pendant dix ans, sur le solde décroissant, pour couvrir une partie de l'augmentation des frais d'intérêts. Je ne vois pas comment il pourrait s'agir d'un prêt reçu ou d'une dette contractée «en raison ou par suite» ou «en raison» de l'emploi. Aucun employé n'a troqué un statut de locataire contre un statut de débiteur hypothécaire, et aucun n'a remplacé une résidence principale par une résidence non principale. Chacun des prêts ou dettes a donc été reçu ou contracté, en l'espèce, afin de conserver la propriété d'une maison, et non «en raison ou par suite» ou «en raison» de l'emploi<sup>20</sup>.

In conclusion, the mortgage interest subsidy was therefore neither a benefit under paragraph 6(1)(a) nor a loan or debt under subsection 80.4(1). The appeals are decided in favour of the employees. The four appeals by the Crown will be dismissed with costs. The appeal by the taxpayer will be allowed with costs and the matter will be remitted to the Minister to be reassessed in accordance with these reasons.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

\* \* \*

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

ROBERTSON J.A. (*dissenting*): In *M.N.R. v. Phillips*, [1994] 2 F.C. 680,<sup>21</sup> this Court held that a \$10,000 lump sum payment made by an employer to an employee, for the purpose of defraying higher housing costs at the latter's new work location, was a taxable employment benefit within the purview of paragraph 6(1)(a) of the *Income Tax Act* (the Act). One of the principal issues raised in these five cases is whether the payment of a mortgage interest subsidy (ranging from \$3,000 to \$12,000 per year) by an employer to an employee's mortgage lender, and made for the same purpose, is also a taxable benefit.

With respect to four of the decisions rendered below, each of the learned Tax Court of Canada judges concluded that the subsidies in question were immune from taxation. In large part, their legal reasoning rested on the applicability of *The Queen v. Splane, R.O.J.* (1991), 92 DTC 6021 (F.C.A.); aff'g [1990] 2 C.T.C. 199 (F.C.T.D.) and, in turn, *Ransom, Cyril John v. Minister of National Revenue*, [1968] 1 Ex. C.R. 293. The decision in *Phillips* was distinguished on myriad grounds. The fifth judge, relying principally on the legal reasoning advanced in *Phillips* and the Supreme Court's decision in *R. v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428 concluded otherwise: see *Hoefele (E.) v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2177 (T.C.C.); *Mikkelsen, P. v. The Queen* (1994), 95 DTC 118

Pour conclure, l'aide au paiement de l'intérêt hypothécaire n'était donc ni un avantage au sens de l'alinéa 6(1)a) ni un prêt ou une dette au sens du paragraphe 80.4(1). Les appels sont tranchés en faveur des employés. Les quatre appels interjetés par le ministère public sont rejetés avec dépens. L'appel du contribuable est accueilli avec dépens, et l'affaire est renvoyée au ministre en vue d'un nouvel examen conforme aux présents motifs.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je souscris.

\* \* \*

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*dissident*): Dans *M.R.N. c. Phillips*, [1994] 2 C.F. 680<sup>21</sup>, la Cour statue que la somme forfaitaire de 10 000 \$ versée par un employeur à un employé, pour indemniser ce dernier du coût plus élevé du logement dans la ville où se trouve son nouveau lieu de travail, constitue un avantage imposable accordé à un employé au sens de l'alinéa 6(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi). L'une des principales questions que soulèvent les cinq affaires est de savoir si l'aide au paiement de l'intérêt hypothécaire (dont le montant varie entre 3 000 \$ et 12 000 \$ par année), versée à la même fin par un employeur au prêteur hypothécaire d'un employé constitue, également un avantage imposable.

Dans quatre des décisions rendues en première instance, le juge de la Cour canadienne de l'impôt conclut que l'aide n'est pas imposable. Le raisonnement juridique repose en grande partie sur l'applicabilité de l'arrêt *La Reine c. Splane, R.O.J.* (1991), 92 DTC 6021 (C.A.F.); confirmant [1990] 2 C.T.C. 199 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et, également, de la décision *Ransom, Cyril John v. Minister of National Revenue*, [1968] 1 R.C.É. 293. Une distinction est établie avec l'arrêt *Phillips* pour une multitude de motifs. S'appuyant essentiellement sur le raisonnement juridique tenu dans *Phillips* et sur l'arrêt de la Cour suprême dans *R. c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428, le cinquième juge tire une conclusion différente: se reporter à *Hoefele (E.) c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2177 (C.C.I.); à *Mikkelsen*,



(T.C.C.); *Zaugg, T.D. v. The Queen* (1994), 94 DTC 1882 (T.C.C.); *Krall (D.) v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2570 (T.C.C.); and *Krull (D.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2204 (T.C.C.).

Linden J.A., (MacGuigan J.A. concurring), has determined that the interest subsidies in question do not qualify as a taxable benefit under either paragraph 6(1)(a) or section 80.4 of the Act. In my respectful view, the legal reasoning and the result reached in *Phillips* are equally applicable to the decisions under review and, therefore, the payment of the subsidies constitutes a taxable benefit under paragraph 6(1)(a) of the Act. Furthermore, that conclusion is consistent with the Supreme Court decision in *Savage*.

Paragraph 6(1)(a) of the Act brings into employment income a “benefit of any kind whatever” received by the taxpayer “in respect of, in the course of, or by virtue of” his or her employment. The Supreme Court of Canada in *Savage* concluded that the meaning to be ascribed to the term “benefit” is quite broad. At pages 440-441, Dickson J. (as he then was), speaking for a unanimous Court, held:

The meaning of “benefit of whatever kind” is clearly quite broad; in the present case the cash payment of \$300 easily falls within the category of “benefit”. Further, our *Act* speaks of a benefit “in respect of” an office or employment. In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29 this Court said, at p. 39, that:

The words “in respect of” are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings as “in relation to”, “with reference to” or “in connection with”. The phrase “in respect of” is probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters.

...

I agree with what was said by Evans J.A. in *R. v. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727 at p. 738, speaking of benefits received or enjoyed in respect of, in the course of, or by virtue of an office or employment:

... If it is a material acquisition which confers an economic benefit on the taxpayer and does not constitute an exemption, e.g., loan or gift, then it is within the all-embracing definition... [Underlining added.]

*P. c. La Reine* (1994), 95 DTC 118 (C.C.I.); à *Zaugg, T.D. c. La Reine* (1994), 94 DTC 1882 (C.C.I.); à *Krall (D.) c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2570 (C.C.I.); et à *Krull (D.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2204 (C.C.I.).

Le juge Linden, J.C.A. conclut que l'aide au paiement de l'intérêt n'est pas un avantage imposable aux fins de l'alinéa 6(1)a) ou de l'article 80.4 de la Loi, ce à quoi le juge MacGuigan, J.C.A. souscrit. À mon humble avis, le jugement rendu dans *Phillips* et le raisonnement juridique qui le sous-tend s'appliquent également en l'espèce, en sorte que l'aide en cause constitue un avantage imposable aux fins de l'alinéa 6(1)a) de la Loi. De plus, pareille conclusion est compatible avec l'arrêt *Savage* de la Cour suprême.

L'alinéa 6(1)a) de la Loi assimile au revenu d'emploi les «avantages de quelque nature que ce soit» reçus par le contribuable «au titre, dans l'occupation ou en vertu» de son emploi. Dans l'arrêt *Savage*, la Cour suprême du Canada conclut qu'il convient d'attribuer une portée très large au terme «avantage». Dans un jugement unanime, le juge Dickson (alors juge puîné) conclut ce qui suit aux pages 440 et 441:

Les mots «avantages de quelque nature que ce soit» ont nettement un sens très large; en l'espèce, le paiement de la somme de 300 \$ tombe facilement dans la catégorie des «avantages». De plus, notre loi parle d'un avantage «au titre» de la charge ou de l'emploi. Dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, cette Cour affirme ce qui suit, à la p. 39:

À mon avis, les mots «quant à» ont la portée la plus large possible. Ils signifient, entre autres, «concernant», «relativement à» ou «par rapport à». Parmi toutes les expressions qui servent à exprimer un lien quelconque entre deux sujets connexes, c'est probablement l'expression «quant à» qui a la portée la plus large.

...

Je partage l'avis du juge Evans de la Cour d'appel de l'Ontario qui, à la p. 738 de l'arrêt *R. v. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727, affirme au sujet des avantages qu'une personne a reçus ou dont elle a joui au titre, dans l'occupation ou en vertu d'une charge ou d'un emploi:

... S'il s'agit d'une acquisition importante qui confère au contribuable un avantage économique et qui ne fait pas l'objet d'une exemption comme, par exemple, un prêt ou un cadeau, elle est alors visée par la définition compréhensive... [Non souligné dans l'original.]

A mortgage interest subsidy may also be found to be taxable under section 80.4 of the Act and its related provisions. Section 80.4 and subsection 6(9) bring into income an amount which the Act deems a benefit. That benefit arises in circumstances where an employee receives a loan at a lower than prevailing rate of interest “because of or as a consequence of [that] employment”. In short, the Act seeks to ensure that the employee pays tax on that portion of a loan which is subsidized by his or her employer. At the same time, the Act provides that if the loan qualifies as a “home relocation loan”, as defined in subsection 248(1) [as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 126; as am. by S.C. 1991, c. 49, s. 192], then the employee/taxpayer may be entitled to a deduction as calculated under paragraph 110(1)(j) of the Act. The combined effect of these provisions is that within prescribed limits the taxpayer is not obligated to pay tax on the full amount of the subsidy.

With few exceptions, the Act ignores variations in the cost of living from one part of the country to another. One exception is section 110.7 [as enacted by S.C. 1986, c. 55, s. 33; S.C. 1991, c. 49, s. 82] which provides that certain travel and housing expenses can be deducted by individuals who live in a “prescribed area” of Canada. Another is subsection 6(6) [as am. by S.C. 1977-78, c. 32, s. 1; 1985, c. 45, s. 2] (commonly referred to as the northern resident’s deduction), which provides that certain allowances received by employees at special work sites and remote locations are not to be included in income.

The relevant facts may be summarized as follows. Each of the five taxpayers was transferred from Calgary to the Toronto area by their employer, Petro-Canada. Each was entitled to financial assistance available under Petro-Canada’s relocation program which includes a monthly mortgage interest subsidy. The monthly subsidy is intended to help offset the interest costs associated with the need to take out a

On peut également conclure qu’une aide au paiement de l’intérêt hypothécaire est imposable sur le fondement de l’article 80.4 de la Loi et des dispositions connexes. Cet article et le paragraphe 6(9) ont pour effet d’inclure dans le revenu toute somme qui est réputée constituer un avantage aux fins de la Loi. Un tel avantage existe lorsqu’un employé reçoit un prêt à un taux d’intérêt inférieur à celui qui a cours sur le marché «en raison ou par suite» de son emploi. En résumé, la Loi vise à faire en sorte que l’employé paie de l’impôt sur la partie du prêt pour laquelle il touche une aide de la part de son employeur. En même temps, la Loi prévoit que lorsque le prêt constitue un «prêt à la réinstallation», suivant la définition qui figure au paragraphe 248(1) [édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 126; mod. par L.C. 1991, ch. 49, art. 192], l’employé/contribuable peut avoir droit à une déduction calculée en application de l’alinéa 110(1)(j) de la Loi. Ensemble, ces dispositions font en sorte que le contribuable, à l’intérieur de certaines limites, n’est pas tenu de payer de l’impôt sur le montant total de l’aide.

À quelques exceptions près, la Loi ne tient pas compte des écarts entre les différentes régions du pays en ce qui a trait au coût de la vie. L’article 110.7 [édicte par S.C. 1986, ch. 55, art. 33; L.C. 1991, ch. 49, art. 82] fait exception et prévoit que certains frais de déplacement et de logement peuvent être déduits par les particuliers qui habitent des «régions éloignées» au Canada. Une autre exception figure au paragraphe 6(6) [mod. par S.C. 1977-78, ch. 32, art. 1; 1985, ch. 45, art. 2] (communément appelé déduction pour résidents des régions nordiques), lequel prévoit que certaines allocations touchées par un employé sur un chantier particulier ou en un endroit éloigné ne sont pas comprises dans le revenu.

Les faits pertinents peuvent être résumés comme suit. Chacun des cinq contribuables a été muté de Calgary à la région de Toronto par son employeur, Pétro-Canada. Chacun avait droit à l’aide financière prévue par le programme de réinstallation de Pétro-Canada, y compris une aide mensuelle au paiement de l’intérêt hypothécaire. Cette aide visait à compenser en partie l’augmentation des frais d’intérêts découlant de

larger mortgage when purchasing a “comparable” but more costly home at the new work location.

As required by the employee relocation program, a third party established a mathematical differential for the difference in the cost or value of the employee’s home in Calgary and a “comparable” one in Toronto, which at the time of relocation was determined to be approximately 1.50. Once an employee’s house in Calgary was sold, the differential was multiplied by the sale price in order to establish the comparable price of a home in Toronto. The difference between the sale price of the employee’s home in Calgary and the price of a comparable home in Toronto established the maximum mortgage differential on which a mortgage interest subsidy was available. The subsidy is payable for a maximum of ten years on a declining basis (100% in the first year to 50% in the tenth). The following table, found at page 112 of the applicant’s application record in *Hoefele, supra*, illustrates the extent to which the subsidy is available:

Year in Program	Percentage of Differential Subsidized	Mortgage Differential Amount Subsidized <sup>1</sup>	Monthly Subsidy Paid by Petro-Canada	Estimated Monthly Taxable Benefit <sup>2</sup>
1	100%	\$100,000	\$896	\$550
2	97%	\$97,000	\$869	\$525
3	94%	\$94,000	\$843	\$500
4	90%	\$90,000	\$807	\$475
5	85%	\$85,000	\$762	\$450
6	80%	\$80,000	\$717	\$600
7	75%	\$75,000	\$672	\$550
8	70%	\$70,000	\$627	\$500
9	60%	\$60,000	\$538	\$450
10	50%	\$50,000	\$448	\$375

<sup>1</sup> Based on an interest rate of 11%.

<sup>2</sup> These figures are based on the assumption that the subsidies qualify for the home relocation deduction and represent a subsidized interest rate of 9%.

The terms of the relocation program require an employee to apply the full proceeds from the sale of his or her original home against the purchase price of the new home. Moreover, the subsidy is only available to employees who are able to secure a mortgage loan from Confederation Life. Those unable to meet its lending criteria are not entitled to the subsidy. Petro-

l’obligation de contracter un prêt hypothécaire plus élevé pour acheter une maison «comparable», mais plus chère, dans le nouveau lieu de travail.

Conformément au programme de réinstallation des employés, un tiers a établi un écart mathématique quant à la différence entre le coût ou la valeur de la maison de l’employé à Calgary et d’une maison «comparable» à Toronto. Cet écart était d’environ 1,50 au moment de la réinstallation. Une fois la maison de l’employé à Calgary vendue, l’écart était multiplié par le prix de vente pour obtenir le prix d’une maison comparable à Toronto. L’écart entre le prix de vente de la maison de l’employé à Calgary et le prix d’une maison comparable à Toronto permettait de déterminer l’écart hypothécaire maximum à l’égard duquel l’aide au paiement de l’intérêt hypothécaire pouvait être consentie. L’aide était versée pendant au plus dix ans, sur le solde décroissant (de 100 p. cent la première année à 50 p. cent la dernière). Le tableau suivant, qui figure à la page 112 du dossier de demande du requérant, dans *Hoefele, précité*, montre dans quelle mesure l’aide pouvait être obtenue:

Année du programme	Pourcentage de l’écart donnant droit à l’aide	Écart hypothécaire donnant droit à l’aide <sup>1</sup>	Aide mensuelle versée par Petro-Canada	Estimation de l’avantage mensuelle <sup>2</sup> imposable
1	100 %	100,000 \$	896 \$	550 \$
2	97 %	97,000 \$	869 \$	525 \$
3	94 %	94,000 \$	843 \$	500 \$
4	90 %	90,000 \$	807 \$	475 \$
5	85 %	85,000 \$	762 \$	450 \$
6	80 %	80,000 \$	717 \$	600 \$
7	75 %	75,000 \$	672 \$	550 \$
8	70 %	70,000 \$	627 \$	500 \$
9	60 %	60,000 \$	538 \$	450 \$
10	50 %	50,000 \$	448 \$	375 \$

<sup>1</sup> Compte tenu d’un taux d’intérêt de 11 %.

<sup>2</sup> Il est tenu pour acquis que l’aide versée donne droit à la déduction relative au prêt à la réinstallation et correspond à un taux d’intérêt de 9 %.

Les conditions du programme de réinstallation exigeaient de l’employé qu’il affecte en totalité le produit de la vente de sa maison initiale au paiement du prix d’achat de sa nouvelle maison. En outre, l’aide n’était offerte qu’à l’employé qui était en mesure d’obtenir un prêt hypothécaire de La Confédération. L’employé incapable de satisfaire aux critères de

Canada plays no role in this part of the secured transaction, nor is it involved in the administration of the loan. If the loan is granted, Confederation Life bills Petro-Canada directly for the amount of the monthly interest subsidy. If an employee is transferred back to Calgary, sells the house, or the employment is terminated, then the subsidy is no longer available.

In its brochure outlining the mortgage subsidy aspect of the relocation program, Petro-Canada advised its employees that the interest subsidy constituted a taxable benefit but that the home relocation deduction was available. To this end, Petro-Canada provided the employees with a T4 Supplementary containing the information necessary to complete their respective tax returns. In computing their employment incomes for the taxation years in question, the taxpayers included the full amount of the mortgage interest subsidy that Petro-Canada had paid to Confederation Life. At the same time, they claimed the deduction available under paragraph 110(1)(j) on the basis that the taxable benefit related to an employee home relocation loan as defined in subsection 248(1) of the Act.

The Department of National Revenue assessed each of the taxpayers on the basis of the information contained in the T4 Supplementary. Shortly thereafter, the trial decision in *Splane* was handed down. In light of that decision, each of the taxpayers filed an objection with the Minister. From the outset, the Minister maintained that the mortgage interest subsidies are a taxable benefit under both paragraph 6(1)(a) and section 80.4, and that each taxpayer is entitled to the home relocation deduction under paragraph 110(1)(j) of the Act.

Leaving aside for the moment the legal significance of *Splane* and *Ransom*, the immediate issue is whether the *ratio decidendi* in *Phillips* is equally applicable to the cases at hand. In my opinion, a positive response is warranted. In *Phillips*, the taxpayer received \$10,000 from his employer to assist with the purchase

solvabilité n'avait pas droit à l'aide. Pétro-Canada ne jouait aucun rôle dans cette partie de l'opération, et elle ne participait pas non plus à l'administration du prêt. Si le prêt était accordé, La Confédération transmettait directement à Pétro-Canada un relevé de compte pour le montant de l'aide mensuelle au paiement de l'intérêt. L'employé qui était muté à nouveau à Calgary, qui vendait sa maison ou qui cessait de travailler pour Pétro-Canada n'avait plus droit à l'aide.

Dans sa brochure concernant le volet du programme de réinstallation relatif à l'aide au paiement de l'intérêt hypothécaire, Pétro-Canada informe ses employés que l'aide au paiement de l'intérêt constitue un avantage imposable, mais qu'ils ont droit à la déduction afférente à la réinstallation. À cette fin, Pétro-Canada a remis aux employés un feuillet T4 supplémentaire renfermant l'information nécessaire à l'établissement de leurs déclarations de revenus. Dans le calcul de leur revenu d'emploi pour les années d'imposition pertinentes, les contribuables ont inclus le montant intégral versé par Pétro-Canada à La Confédération à titre d'aide au paiement de l'intérêt hypothécaire. Simultanément, ils ont réclamé la déduction prévue à l'alinéa 110(1)j) pour le motif que l'avantage imposable se rapportait à un prêt à la réinstallation, consenti à un employé, au sens du paragraphe 248(1) de la Loi.

Le ministère du Revenu national a établi une cotisation à l'égard de chacun des contribuables sur le fondement des renseignements fournis dans le feuillet T4 supplémentaire. Peu après, la décision a été rendue en première instance dans l'affaire *Splane*. S'appuyant sur celle-ci, chacun des contribuables a saisi le ministre d'une opposition. D'entrée de jeu, ce dernier a soutenu que l'aide au paiement de l'intérêt hypothécaire constituait un avantage imposable aux termes de l'alinéa 6(1)a) et de l'article 80.4, et que chacun des contribuables avait droit à la déduction afférente au prêt à la réinstallation prévue à l'alinéa 110(1)j) de la Loi.

S'il est fait abstraction, momentanément, de la portée juridique des arrêts *Splane* et *Ransom*, la question qu'il convient de trancher dans l'immédiat est de savoir si le *ratio decidendi*, dans l'arrêt *Phillips*, s'applique également en l'espèce. À mon sens, tel est le cas. Dans *Phillips*, l'employeur avait versé au

of a home in Winnipeg to replace the one he had sold in Moncton after closure of the employer's facility in that city. It was agreed that the average cost of a comparable home in Winnipeg was at least \$23,000 higher than in Moncton. In concluding that the payment was a taxable benefit, this Court held that it fell outside the parameters of a tax-free benefit established in *Savage, Ransom* and *Splane*. Writing for the Court, (Stone J.A. concurring, Linden J.A. concurring in the result), I concluded at page 688: "In my view, the \$10,000 did not restore the [taxpayer] to his previous financial state. Rather it increased his net worth by \$10,000." Simply stated, the taxpayer in *Phillips* was \$10,000 richer the day after the move than he was the day before. The payment did not have the effect of restoring him to his prior financial state, rather it increased his net financial worth and this is true irrespective of whether the replacement home in Winnipeg could be characterized as "comparable" to the one in Moncton.

With respect to the cases at bar, the taxpayers' argument is, for all intents and purposes, identical to that advanced in *Phillips*. It is now maintained that the subsidy payments do not constitute an "economic benefit" as they do not have the effect of placing money in the taxpayers' pockets. Rather the subsidies enabled them to purchase comparable homes and, in so doing, restored them to the financial position they were in prior to moving to the Toronto area. In other words, the subsidy payments did not have the effect of increasing the taxpayers' net worth and should be treated no differently than a reimbursement for moving expenses. I cannot agree.

The taxpayers' argument is flawed in that it rests on the mistaken assumption that a taxpayer is entitled to comparable housing at the new work location. The question to be asked is not whether the payments have the effect of restoring a taxpayer to the same standard of living he or she enjoyed prior to the relocation. The proper question is whether the payments have the

contribuable la somme de 10 000 \$ pour l'aider à faire l'acquisition d'une maison à Winnipeg en remplacement de celle qu'il avait vendue à Moncton après la fermeture des ateliers de l'employeur dans cette ville. Il avait été convenu que le prix moyen d'une maison comparable à Winnipeg était d'au moins 23 000 \$ plus élevé qu'à Moncton. La Cour a conclu que le paiement constituait un avantage imposable parce qu'il ne satisfaisait pas aux paramètres applicables aux avantages non imposables qui avaient été formulés dans les décisions *Savage, Ransom* et *Splane*. M'exprimant au nom de la Cour (le juge Stone, J.C.A. souscrivant aux motifs et le juge Linden, J.C.A. au jugement), je conclus ce qui suit à la page 688: «À mon avis, le paiement de cette somme de 10 000 \$ n'a pas rétabli l'intimé dans sa situation financière antérieure, mais a plutôt accru sa valeur nette de 10 000 \$». En somme, dans cette affaire, le contribuable avait 10 000 \$ de plus en poche le jour suivant le déménagement que le jour précédent. Le paiement n'a pas eu pour effet de le rétablir dans sa situation financière antérieure, mais il a plutôt accru la valeur nette de son patrimoine, et ce, même si sa nouvelle maison à Winnipeg pouvait être qualifiée de «comparable» à celle de Moncton.

En ce qui concerne les présentes affaires, l'argumentation des contribuables est, à toutes fins utiles, identique à celle avancée dans *Phillips*. On prétend en l'espèce que l'aide financière ne constitue pas un «avantage économique», car elle n'a pas pour effet de garnir davantage les goussets des contribuables. L'aide a plutôt permis à ceux-ci d'acheter des maisons comparables et, ce faisant, les a rétablis dans leur situation financière antérieure, avant qu'ils n'emménagent dans la région de Toronto. En d'autres termes, l'aide n'a pas eu pour effet d'accroître la valeur nette du patrimoine des contribuables et devrait être assimilée au remboursement de frais de déménagement. Je ne puis être d'accord.

L'argumentation des contribuables ne saurait tenir, car elle se fonde sur l'hypothèse erronée que le contribuable a droit à un logement comparable dans le nouveau lieu de travail. La question n'est pas de savoir si l'aide a eu pour effet de maintenir le niveau de vie qu'avait le contribuable avant la réinstallation. Il faut plutôt se demander si l'aide a eu pour effet

effect of enhancing the taxpayers overall financial worth: that is to say, whether the payments confer an “economic benefit” on the taxpayers. As I pointed out in *Phillips* at pages 700-701:

... section 6 of the Act seeks to limit tax avoidance relating to monetary and non-monetary compensation not reflected in wages or salaries.

Another primary and ... overriding objective ... is to ensure that “employees who receive their compensation in cash are on the same footing as those who receive compensation in some combination of cash and kind”.

The payments in question represent Petro-Canada’s way of compensating its employees for the higher cost of living in the Toronto area, without resorting to an increase in salaries. Such payments are a means of defraying a personal living expense and clearly confer an “economic benefit” on the taxpayers. In short, the subsidies are monetary compensation not reflected in wages or salaries, and as such are taxable benefits within paragraph 6(1)(a) of the Act.

While the taxpayers sought to distinguish *Phillips* on myriad grounds, one did gain acceptance. In a few cases, it was argued successfully that while the taxpayers’ homes in Toronto may have been significantly more valuable assets than the ones in Calgary, the “equity” in each remained the same and, therefore, there could be no increase in the taxpayers’ individual net worth. In my respectful view, this reasoning fails to acknowledge the continuing effect of the interest subsidies paid by Petro-Canada. Although the taxpayers may not have been better off financially the day immediately following the relocation, as soon as Petro-Canada paid the first monthly subsidy payment to Confederation Life, the taxpayers’ financial positions were improved by that amount, and this is true irrespective of whether their standards of living remained unchanged. A brief explanation should suffice.

Because of the monthly interest subsidies, the taxpayers do not have to shoulder the full cost of acquiring a more valuable asset. The full cost includes not only the principal amount of the mortgage loan,

d’accroître la valeur globale du patrimoine des contribuables, c’est-à-dire si elle a conféré un «avantage économique» à ces derniers. Comme je le précise dans *Phillips* aux pages 700 et 701:

... l’article 6 de la Loi cherche à restreindre l’évitement fiscal dans le cas de l’octroi d’indemnités monétaires ou autre, non incluses dans le traitement ou salaire.

Un autre objectif important et dominant ... est d’assurer que... «les employés qui reçoivent une indemnité en espèces soient sur un pied d’égalité avec ceux dont l’indemnité en espèces ne représente qu’une partie de ce qui est reçu».

Les versements en cause constituent la façon dont Pétro-Canada a choisi d’indemniser ses employés relativement au coût de la vie plus élevé dans la région de Toronto, sans recourir à l’augmentation de salaire. Ils visent à compenser les frais de subsistance personnels et confèrent de toute évidence un «avantage économique» aux contribuables. En somme, l’aide financière est une indemnité monétaire non incluse dans le traitement ou le salaire et, à ce titre, il s’agit d’un avantage imposable aux fins de l’alinéa 6(1)a) de la Loi.

Les contribuables ont tenté d’établir une distinction avec l’arrêt *Phillips* en invoquant une foule de motifs dont un seul a été retenu. Dans quelques affaires, le contribuable a eu gain de cause en faisant valoir que même si sa maison à Toronto pouvait avoir une valeur beaucoup plus grande que celle qu’il possédait à Calgary, la «valeur nette réelle» demeurerait la même et, par conséquent, il ne pouvait y avoir d’augmentation de la valeur nette de son patrimoine. À mon avis, ce raisonnement ne tient pas compte de l’effet continu de l’aide au paiement de l’intérêt consentie par Pétro-Canada. Même si la situation financière des contribuables ne s’est pas améliorée au lendemain de la réinstallation, dès que Pétro-Canada a fait parvenir à La Confédération le premier versement mensuel, la situation financière des contribuables s’est améliorée d’autant et ce, même si leur niveau de vie est demeuré inchangé. Voici une brève explication.

Grâce à l’aide mensuelle au paiement de l’intérêt, les contribuables n’ont pas à supporter le coût total de l’acquisition d’un actif de plus grande valeur. Le coût total inclut non seulement le capital du prêt hypothé-

but also accruing interest. But for the subsidies, each of the taxpayers would have been required to use after-tax dollars in order to retire the interest component of the mortgage loan. With the subsidies, the taxpayers are in a position to spend those after-tax dollars as they wish. It is in this sense that the taxpayers' net worth increases. To reiterate what I said above, the fallacy in the taxpayers' argument can be traced to the mistaken belief that they are entitled to comparable housing in the Toronto area. The subsidies in question may well have the effect of restoring the taxpayers to the same standards of living they enjoyed prior to moving to the Toronto area. However, in doing so, the subsidies improve the taxpayers' financial positions.

To suggest that the subsidies go toward only the increased interest component of the mortgage and not the principal, and therefore the payments made by the taxpayers' employer do not have the effect of increasing the taxpayers' net worth, is simply to mask the reality of the situation. In *Phillips*, I alluded to the fact that a valid distinction could not be drawn between a lump sum payment which is used to reduce the principal amount of the loan and a payment which is applied directly against accruing interest. The reason being that if you reduce the principal amount of a loan, by means of a lump sum payment, you necessarily reduce the amount of interest that can accrue in the future. In other words, the form in which the payment is made should not detract from the legal reality that the taxpayers have received financial assistance to defray what is, in fact, a personal living expense.

In argument, counsel for the taxpayers acknowledged that one cannot do indirectly what cannot be done directly, but took refuge in a passage found in the concurring reasons of Linden J.A. in *Phillips* where it was noted that the structuring of tax-free compensation packages for employees required to relocate remained a possibility as long as it was done "legally" (at page 686). Now it is argued that the Petro-Canada compensation scheme represents such a structured package. So too must this argument fail. First, the conversion of a lump sum payment into a

caire, mais également l'intérêt échu. N'eût été de l'aide, chacun des contribuables aurait dû affecter des dollars après impôt au remboursement du volet du prêt hypothécaire constitué de l'intérêt. Grâce à l'aide, les contribuables sont en mesure de dépenser ces dollars après impôt comme bon leur semble. C'est en ce sens que la valeur nette du patrimoine des contribuables s'est accrue. Comme je le dis précédemment, l'argumentation des contribuables se fonde sur la croyance erronée qu'ils ont droit à un logement comparable dans la région de Toronto. L'aide en question peut fort bien avoir pour effet de préserver le niveau de vie dont jouissaient les contribuables avant qu'ils n'emménagent dans la région de Toronto. Toutefois, de ce fait même, l'aide a amélioré la situation financière des contribuables.

C'est faire fi de la réalité que de laisser entendre que l'aide ne vise que l'augmentation des frais d'intérêts hypothécaires, et non le capital, de sorte que les sommes versées par l'employeur des contribuables n'ont pas pour effet d'augmenter la valeur nette du patrimoine de ces derniers. Dans l'arrêt *Phillips*, je fais allusion au fait qu'aucune distinction valable ne peut être établie entre une somme forfaitaire affectée à la réduction du capital d'un prêt et une somme affectée directement au paiement de l'intérêt échu. Il en est ainsi parce que la réduction du capital d'un prêt, au moyen d'une somme forfaitaire, emporte nécessairement la diminution du montant de l'intérêt dû par la suite. En d'autres termes, la forme que revêt le paiement effectué ne doit pas faire écran à la réalité juridique, c'est-à-dire que les contribuables ont bénéficié d'une aide financière pour les indemniser de ce qui constitue, en fait, des frais de subsistance personnels.

En plaidoirie, les avocats des contribuables ont reconnu qu'on ne pouvait faire indirectement ce qui n'est pas permis de faire directement, mais ils se sont rabattus sur un passage des motifs concordants du juge Linden, J.C.A., dans *Phillips* selon lesquels la mise sur pied de programmes de versement d'indemnités non imposables à l'intention des employés qui doivent être mutés demeure possible dans la mesure où le tout est fait «légalement» (à la page 686). Ils soutiennent maintenant que tel est le cas du programme d'aide de Pétro-Canada. Cet argument ne peut tenir non plus.

monthly interest subsidy cannot be considered professional tax planning. Form, by itself, does not prevail over substance. Second, the tax planning involved in Petro-Canada's relocation program was premised on the belief that the subsidy is a taxable benefit and, as I see it, purposely structured so as to take advantage of the home relocation deduction.

While I have concluded that the interest subsidies are taxable benefits under paragraph 6(1)(a), it remains to be determined whether this conclusion conflicts with either *Splane* or *Ransom*. In *Phillips*, I attempted to address the growing uncertainty surrounding the taxation of employee compensation and benefits in the context of relocation payments. My analysis sought to show that the jurisprudence revealed two emerging factual patterns relating to the tax treatment of payments received by employees required to relocate. One pattern involves payments to compensate for higher housing costs at the new work location. Such cases may be said to be governed by the rule in *Phillips*. The other pattern involves reimbursement of actual monetary losses incurred on the sale of an employee's home. This type of case is governed by the rule in *Ransom* and, at this point, it is helpful to revisit it.

The rule in *Ransom* exempts from taxation those amounts paid to an employee to compensate for actual losses suffered by the employee upon being requested to relocate. In that case, the employee sold his home for a price less than he had paid out, thus incurring a capital loss (see *Phillips*, at page 698). Reimbursement for actual monetary losses was held to be non-taxable because it merely restores the taxpayer to his or her previous financial position. In *Phillips*, counsel for the Minister argued that the \$10,000 payment did not fall within the rule in *Ransom* as held by the Trial Judge. Alternatively, he argued that if the rule in *Ransom* applied, it could no longer be considered good law in light of the subsequent decision of the Supreme Court in *Savage*. None of the judges in *Phillips* was pre-

Premièrement, on ne peut assimiler à une planification fiscale professionnelle la transformation d'une somme forfaitaire en versements d'intérêts mensuels. La forme, comme telle, ne l'emporte pas sur le fond. Deuxièmement, la planification fiscale intervenue à l'égard du programme de réinstallation de Pétro-Canada se fondait sur la croyance que l'aide constituait un avantage imposable et, suivant mon interprétation, visait précisément à tirer avantage de la déduction afférente au prêt à la réinstallation.

Il reste toutefois à déterminer si ma conclusion selon laquelle l'aide au paiement de l'intérêt constitue un avantage imposable aux fins de l'alinéa 6(1)a est compatible ou non avec les décisions rendues dans les affaires *Splane* et *Ransom*. Dans l'arrêt *Phillips*, je me suis penché sur l'incertitude qui plane de plus en plus sur l'imposition de la rémunération et des avantages de l'employé dans le contexte de versements relatifs à la réinstallation. J'ai tenté de montrer que la jurisprudence en matière fiscale faisait ressortir deux tendances quant à la façon de traiter les sommes reçues par les employés qui doivent se réinstaller. Selon la première tendance, des sommes sont versées pour compenser le coût plus élevé du logement dans le nouveau lieu de travail. Ce cas est régi par la règle formulée dans *Phillips*. Suivant l'autre tendance, l'employé est remboursé des pertes financières réelles subies à l'occasion de la vente de sa résidence. Dans ce cas, la règle dégagée dans *Ransom* s'applique et, à ce stade-ci, il est opportun de revenir sur celle-ci.

Dans la décision *Ransom*, le tribunal conclut que la somme versée à un employé pour l'indemniser des pertes réelles subies en raison de la réinstallation n'est pas imposable. Dans cette affaire, l'employé avait vendu sa maison à un prix moindre que celui qu'il avait payé, essuyant ainsi une perte en capital (voir l'arrêt *Phillips* à la page 698). Le remboursement des pertes financières réelles a été jugé non imposable parce qu'il avait simplement pour effet de rétablir le contribuable dans sa situation financière antérieure. Dans l'arrêt *Phillips*, l'avocat du ministre a soutenu que la règle établie dans *Ransom* ne s'appliquait pas à la somme de 10 000 \$ malgré la conclusion à l'effet contraire du juge de première instance. À titre subsidiaire, il a fait valoir que, si la règle dégagée dans



pared to jettison the rule in *Ransom*. At page 702, I concluded:

In the 27 years since *Ransom* was decided, the Act has undergone extensive revisions which touch on the issues under consideration. None, however, contradicts or represents a threat to the rule in *Ransom*. Some even complement it; see, for example, paragraph 62(3)(d) of the Act, which addresses the loss suffered by a tenant/employee in cancelling a lease. Moreover, *Ransom* has been applied by this Court on several occasions. In my opinion, *Ransom* has become so enmeshed in our concept of taxable benefits that it is, in my view, for the Supreme Court or Parliament to set aside its logic.

That being said, I was not prepared to extend the rule in *Ransom* for the following reasons (at pages 702-704):

The extension of the *Ransom* principle as a stop-gap cost-of-living equalizer may well also negate the effect of other provisions of the Act. Parliament has explicitly recognized and addressed potential injustices relating to dramatic cost-of-living variations from one part of the country to another: see *Report of the Task Force on Tax Benefits for Northern and Isolated Areas* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1989). Section 110.7 [as enacted by S.C. 1986, c. 55, s. 33] of the Act, for example, entitles taxpayers in prescribed areas of Canada to make special deductions with respect to housing and travel expenses in computing taxable income. Similarly, section 80.4 [as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 35; as am. by 1980-81-82-83, c. 140, s. 44; 1984, c. 45, s. 25; 1985, c. 45, s. 38; 1986, c. 6, s. 40] brings into income the benefit accrued when an employer loans an employee funds at lower than the prevailing interest rate, subject to a deduction created in paragraph 110(1)(j) [as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 55; as am. by 1987, c. 46, s. 38]. The potential impact of extending *Ransom* prompted one commentator to query whether it could offer an opportunity to circumvent the policy underlying the imputed interest rules in section 80.4 of the Act: see V. Krishna, "Taxation of Employee Benefits", *supra*, at page C 175. After all, a \$10,000 payment can as easily be used to prepay interest as to reduce the principal amount of a mortgage loan.

*Ransom* s'appliquait, elle n'était plus fondée en droit en raison de la décision subséquente rendue par la Cour suprême dans *Savage*. Aucun des juges appelés à statuer dans *Phillips* n'était disposé à écarter la règle établie dans *Ransom*. À la page 702, je conclus ce qui suit:

Au cours des 27 années qui se sont écoulées depuis la décision *Ransom*, la Loi a subi d'importantes révisions à l'égard des questions soulevées en l'espèce. Cependant, aucune de ces révisions ne vient contredire l'application de la règle formulée dans *Ransom*. Certaines révisions viennent même compléter cette règle: voir par exemple l'alinéa 62(3)d) de la Loi, qui porte sur la perte subie par un locataire-employé à la suite de la résiliation d'un bail. Par ailleurs, notre Cour a appliqué la décision *Ransom* à plusieurs reprises. À mon avis, cette décision est devenue tellement associée à notre conception des avantages imposables qu'il appartient à la Cour suprême ou au législateur d'en écarter la logique.

Cela étant dit, je n'étais pas disposé à élargir la règle établie dans *Ransom* et ce, pour les motifs suivants (aux pages 702 à 704):

L'élargissement du principe formulé dans *Ransom* comme mécanisme intérimaire de péréquation au titre du coût de la vie pourrait également contrecarrer l'effet d'autres dispositions de la Loi. Le Parlement a explicitement reconnu et examiné les injustices possibles découlant des variations importantes du coût de la vie entre les diverses régions au Canada: voir le *Rapport du Groupe de travail sur l'indemnisation fiscale des localités isolées et du Nord* (Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1989). Par exemple, l'article 110.7 [édicte par S.C. 1986, ch. 55, art. 33] de la Loi permet à des contribuables dans des régions données du Canada de faire, dans le calcul de leur revenu imposable, des déductions spéciales au titre des frais d'hébergement et de déplacement. De même, l'article 80.4 [édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 35; mod. par 1980-81-82-83, ch. 140, art. 44; 1984, ch. 45, art. 25; 1985, ch. 45, art. 38; 1986, ch. 6, art. 40] inclut dans le revenu l'avantage obtenu lorsqu'un employeur consent à un employé un prêt dont le taux d'intérêt est inférieur à celui en vigueur, sous réserve d'une déduction prévue à l'alinéa 110(1)(j) [édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 55; mod. par 1987, ch. 46, art. 38]. Compte tenu des répercussions que peut entraîner un élargissement de la règle formulée dans *Ransom*, un commentateur a jugé utile de se demander si ce ne serait pas un moyen de contourner la politique sous-jacente des règles en matière de taux d'intérêt théorique, formulées à l'article 80.4 de la Loi: voir V. Krishna, «Taxation of Employee Benefits», précité, à la page C 175. Après tout, un paiement de 10 000 \$ peut facilement servir à payer les frais d'intérêt par anticipation de façon à réduire le principal du prêt hypothécaire.

Perhaps the most persuasive rationale for limiting the application of *Ransom* lies in the myriad expenses which its extension could exempt from taxation. The respondent effectively argues that any payment received from an employer to compensate an employee for higher housing costs in a new work location only serves to make the employee whole. As we have seen, this rationale is flawed. Moreover, nothing bars the extension of this same faulty reasoning to other purchases, such as new cars or appliances, in provinces with higher costs of living.

I also observe that the problem of compensation directed at tax equalization is apparently of concern to tax lawyers familiar with the U.S. multi-national practice of "grossing up" salaries of executives transferred to Canada: see J. D. Bradley, "Measuring Employee Benefits", *Report of Proceedings of the Forty-Third Tax Conference* (Canadian Tax Foundation, 1991) 8:56, at page 8:59; and R. B. Thomas and T. E. McDonnell, *supra*, at pages 941-942. What of the employee who moves to a province with higher marginal rates of taxation? Why should he or she not be able to claim a tax-free benefit as well, assuming the employer is willing to provide such compensation? In my opinion, it is evident that the decision below creates a window of opportunity for those intent on structuring tax-free compensation packages for employees required to relocate to urban centres where costs of living are appreciably higher. [Emphasis added.]

It is obvious to me that the rule as found in *Ransom* has no application to cases such as *Phillips* or those under review. The only decision which is potentially problematic is *Splane*. Unfortunately, the facts as outlined by the Trial Judge in that case are not comprehensive. At the time *Phillips* was argued, it was unclear whether, on the facts, *Splane* fell within the rule in *Ransom* or that in *Phillips*. Because of that factual lacuna, the binding or persuasive effect of *Splane* did not have to be addressed in *Phillips* and was purposely avoided by this Court (see *Phillips*, at page 697). That lacuna has now been filled.

The record before us includes the terms of the relocation assistance which was available to *Splane*, a federal government employee. We now know that he

Le motif peut-être le plus convaincant pour ne pas élargir l'application de la règle formulée dans *Ransom* est le suivant: l'élargissement de cette règle aurait pour effet de rendre non imposables toute une série de dépenses. L'intimé soutient en fait que tout paiement reçu d'un employeur pour compenser le prix plus élevé du logement à un nouveau lieu de travail ne vise qu'à empêcher qu'un employé subisse un préjudice. Comme nous l'avons vu, ce raisonnement est erroné. Par ailleurs, rien n'empêche d'appliquer ce raisonnement fautif à d'autres achats, comme par exemple celui de nouvelles voitures ou de nouveaux appareils, effectués dans des provinces où le coût de la vie est plus élevé.

Je tiens aussi à faire remarquer que le problème de l'indemnisation aux fins de la péréquation fiscale intéresse apparemment les fiscalistes qui connaissent la pratique que les multinationales américaines ont de «majorer» les salaires des dirigeants mutés au Canada: J. D. Bradley «Measuring Employee Benefits», *Report of Proceedings of the Forty-Third Tax Conference* (Canadian Tax Foundation, 1991) 8:56, à la page 8:59; et R. B. Thomas et T. E. McDonnell, précité, aux pages 941 et 942. Qu'en est-il de la situation des employés qui déménagent dans une province où le taux marginal d'impôt est plus élevé? Pourquoi ne devrait-il pas être en mesure de réclamer également un avantage non imposable, si son employeur est disposé à lui verser une indemnité? À mon avis, il est évident que la décision du tribunal de première instance permettrait à ceux qui le veulent de mettre sur pied des programmes de versement d'indemnités non imposables à l'intention des employés qui doivent être mutés dans des villes où le coût de la vie est de beaucoup plus élevé. [Non souligné dans l'original.]

Il m'apparaît évident que la règle formulée dans *Ransom* ne s'applique pas à des faits semblables à ceux de l'affaire *Phillips*, non plus qu'en l'espèce. La seule décision susceptible de poser des difficultés est celle rendue dans l'affaire *Splane*. Malheureusement, dans ce cas, le juge de première instance ne fait pas le récit complet des faits. Au moment où la plaidoirie a eu lieu dans l'affaire *Phillips*, il n'était pas clair si, compte tenu des faits, la règle formulée dans *Ransom* ou celle dégagée dans *Phillips* s'appliquait à l'affaire *Splane*. Vu l'absence de précisions factuelles, la question de savoir si l'arrêt *Splane* avait force obligatoire ou constituait une décision de principe n'a pas dû être abordée dans l'affaire *Phillips*, et la Cour en a fait fi à dessein (voir l'arrêt *Phillips*, à la page 697). Cette lacune a depuis lors été comblée.

Le dossier de la Cour fait état des modalités de l'aide à la réinstallation à laquelle M. *Splane*, un fonctionnaire fédéral, avait droit. Nous savons désor-

did not receive any monies for the purpose of defraying his housing costs at his new work location. Rather, he was compensated for the loss of a favourable mortgage interest rate, which loss arose on the sale of his home. At the time of the relocation, the mortgage rates were 1.75% higher than that specified in Splane's mortgage. Under the federal government's relocation program, Splane was limited to recovering an amount equal to the difference between the rate specified in that mortgage and that available at the time of relocation, based on the principal amount of the mortgage owing at the time of its discharge over the unexpired term of the mortgage. Given these facts, it is clear to me that *Splane* falls within the rule in *Ransom*. Financially speaking, the taxpayer was no better off the day after the relocation than the day before.

In my view, *Splane* neither undermines nor contradicts the rule or reasoning advanced in *Phillips*, or vice versa. However, in light of my colleagues' decision in these applications, the result in *Phillips* becomes more problematic. In my view, there is no justification for holding that Mr. Phillips must pay tax on the monies he received if the taxpayers in these applications do not. Equally disturbing to me is the reality that the majority position paves the way for other tax-free benefits intended to redress variations in the cost of living from one region of Canada to another. For the astute tax planner, today's decision represents a window of opportunity. What is required is a fundamental re-examination of the jurisprudence surrounding paragraph 6(1)(a) of the Act. It is no longer sensible to search for rational ways of distinguishing cases when, in fact, there is no underlying doctrinal thread that ties them together.

Strictly speaking, it is unnecessary for me to express an opinion on the applicability of section 80.4 and its related provisions. The Minister's position is that, if the interest subsidies in question are held to be taxable under paragraph 6(1)(a) or section 80.4, the taxpayers are entitled to the home relocation deduction under paragraph 110(1)(j) of the Act. This is so

mais qu'il n'a touché aucune indemnité relativement à ses frais de logement au nouveau lieu de travail. Il a plutôt été dédommagé de la perte d'un taux d'intérêt hypothécaire avantageux lors de la vente de sa maison. Au moment de la réinstallation, le taux d'intérêt hypothécaire était de 1,75% supérieur à celui afférent au prêt hypothécaire contracté par M. Splane. Aux termes du programme de réinstallation du gouvernement fédéral, M. Splane ne pouvait récupérer que la somme équivalant à l'écart entre le taux prévu à l'égard du prêt hypothécaire et celui offert au moment de la réinstallation, sur la base du capital impayé au moment de la mainlevée de l'hypothèque, pour la durée non expirée du prêt hypothécaire. Vu ces faits, il est clair que la règle établie dans *Ransom* s'applique à l'affaire *Splane*. Sur le plan financier, le contribuable ne se trouvait pas dans une meilleure situation au lendemain de la réinstallation que la veille.

À mon avis, l'arrêt *Splane* ne bat pas en brèche ni ne contredit la règle formulée dans l'arrêt *Phillips* non plus que le raisonnement qui y est tenu, et vice versa. Toutefois, vu la décision rendue par mes collègues en l'espèce, le jugement prononcé dans *Phillips* devient davantage problématique. Selon moi, rien ne justifie la conclusion selon laquelle M. Phillips doit payer de l'impôt sur les sommes qu'il a touchées si, en l'occurrence, les contribuables ne sont pas tenus de le faire. Je suis également inquiet de ce que la décision majoritaire pave la voie à d'autres avantages non imposables visant à compenser l'écart entre le coût de la vie dans une région du Canada et le coût de la vie dans une autre. La décision rendue aujourd'hui offre au fiscaliste astucieux une foule de possibilités. Un réexamen en profondeur de la jurisprudence relative à l'alinéa 6(1)a) de la Loi s'impose. La recherche de moyens rationnels d'établir des distinctions entre les décisions n'a plus de sens lorsque, en fait, aucun courant doctrinal ne les lie entre elles.

À strictement parler, il est inutile que je donne mon avis sur l'applicabilité de l'article 80.4 et des dispositions connexes. La position du ministre est la suivante. S'il est statué que l'aide au paiement de l'intérêt est imposable aux termes de l'alinéa 6(1)a) ou de l'article 80.4, les contribuables ont droit à la déduction afférente au prêt à la réinstallation prévue à l'ali-

despite the fact that the taxpayers have argued that they do not come within the ambit of section 80.4 and, therefore, are not entitled to the deduction. I am prepared to comment briefly on the validity of the taxpayers' argument, for if it goes unchallenged, I am afraid that section 80.4 may well be rendered meaningless; see V. Krishna, "Taxation of Employee Benefits" (1986) 1:35 *Can. Curr. Tax C* 173, at page C 175.

Section 80.4 presently provides that when a "person . . . receives a loan . . . because of or as a consequence of . . . [that] employment", that person shall be deemed to have received a benefit equal to the amount which effectively constitutes a subsidized interest rate. Prior to 1992, section 80.4 included the expression "by virtue of . . . [that] employment" but the change, in my view, is of no importance. The taxpayers' argument is straight forward. It is submitted that they did not receive the mortgage loan from Confederation Life "because of or as a consequence of" their employment with Petro-Canada but, rather because they met the former's lending criteria. The existence of the subsidy had no bearing on the mortgage indemnity and approval requirements.

In my view, the taxpayers' argument can be disposed of readily. But, for their employment with Petro-Canada, the taxpayers would not have received a monthly interest subsidy. But, for that subsidy, and for the fact that Petro-Canada paid that subsidy directly to Confederation Life, the taxpayers would not have received a mortgage loan in which their monthly mortgage obligations were reduced by the amount of the subsidy paid by Petro-Canada: see *Hoefele, supra*, applicant's application record, at page 94. In effect, the taxpayers received their loans at a reduced interest rate, which is exactly what section 80.4 was designed to capture.

In conclusion, I am of the view that the mortgage interest subsidies in question are taxable benefits under paragraph 6(1)(a) of the Act and, therefore, the applications in A-484-94, A-491-94, A-547-94 and A-604-94 should be allowed, the respective judgments of the Tax Court of Canada set aside, and the cases

néa 110(1)*j*) de la Loi. Il en est ainsi malgré le fait que les contribuables ont prétendu échapper à l'application de l'article 80.4 et, par conséquent, ne pas avoir droit à la déduction. J'entends me prononcer brièvement sur le bien-fondé de l'argument des contribuables, car si cette prétention n'est pas rejetée, je crains que l'article 80.4 ne soit rendu inopérant; voir V. Krishna, «Taxation of Employee Benefits» (1986) 1:35 *Can. Curr. Tax C* 173, à la page C 175.

Dans sa version actuelle, l'article 80.4 prévoit que, lorsqu'une «personne . . . reçoit un prêt . . . en raison ou par suite de l'emploi», cette personne est réputée avoir reçu un avantage d'une valeur égale au montant de l'aide au paiement de l'intérêt. Avant 1992, cette disposition renfermait l'expression «en raison . . . de l'emploi», mais la modification apportée ne revêt aucune importance selon moi. L'argument avancé par les contribuables est simple. Ceux-ci prétendent qu'ils n'ont pas obtenu un prêt hypothécaire de La Confédération «en raison ou par suite» de leur emploi au sein de Pétro-Canada, mais plutôt parce qu'ils répondaient aux critères de solvabilité du prêteur. L'existence de l'aide n'aurait donc eu aucune incidence sur les exigences liées à l'approbation du prêt hypothécaire et à la garantie de celui-ci.

Je suis d'avis que l'argument des contribuables peut être écarté facilement. S'ils n'avaient pas travaillé pour Pétro-Canada, les contribuables n'auraient pas eu droit à l'aide mensuelle au paiement de l'intérêt. Sans cette aide, et si Pétro-Canada n'avait pas payé le montant de celle-ci directement à La Confédération, les contribuables n'auraient pas obtenu un prêt hypothécaire dans le cadre duquel les mensualités étaient réduites grâce au montant de l'aide consentie par Pétro-Canada: voir *Hoefele*, précité, dossier de demande du requérant, à la page 94. Les contribuables ont en effet obtenu un prêt à un taux d'intérêt réduit, ce que vise précisément l'article 80.4.

Pour conclure, j'estime que l'aide au paiement de l'intérêt hypothécaire constitue un avantage imposable aux fins de l'alinéa 6(1)*a*) de la Loi. Par conséquent, les demandes portant les numéros A-484-94, A-491-94, A-547-94 et A-604-94 devraient être accueillies, les jugements respectifs de la Cour

referred back for redetermination on the basis that the taxpayers' appeals to the Tax Court of Canada be dismissed. The taxpayers in the above noted applications are entitled to all reasonable and proper costs of this application. The application in A-123-95 should be dismissed.

<sup>1</sup> [1983] 2 S.C.R. 428.

<sup>2</sup> *Ibid.*, at p. 441.

<sup>3</sup> [1968] 1 Ex. C.R. 293.

<sup>4</sup> *Ibid.*, at p. 310.

<sup>5</sup> *Ibid.*, at p. 311.

<sup>6</sup> (1990), 71 D.L.R. (4th) 385 (F.C.A.), at p. 388. See also *Funnell (R.) v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 2498 (T.C.C.), at p. 2501; *Greisinger v. M.N.R.* (1986), 15 C.C.E.L. 29 (T.C.C.), at p. 35.

<sup>7</sup> [1990] 2 C.T.C. 199 (F.C.T.D.), at p. 204; affirmed (1991), 92 DTC 6021 (F.C.A.).

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*, at p. 203.

<sup>10</sup> See generally *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; see also *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513.

<sup>11</sup> *M.N.R. v. Phillips*, [1994] 2 F.C. 680 (C.A.), at p. 686.

<sup>12</sup> *Friedberg (A.D.) v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 1 (F.C.A.), at p. 2, *per* Linden J.A.

<sup>13</sup> "Allowance" as *per* s. 6(1)(b). See *MacDonald (R.M.) v. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 48 (F.C.A.).

<sup>14</sup> *M.N.R. v. Phillips*, [1994] 2 F.C. 680 (C.A.).

<sup>15</sup> *Splane (R.O.J.) v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 199 (F.C.T.D.); affirmed (1991), 92 DTC 6021 (F.C.A.).

<sup>16</sup> Sobier T.C.C.J. in *Hoefele (E.) v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2177, at p. 2184. See also, using very similar language O'Connor T.C.C.J. in *Zaugg, T. D. v. The Queen* (1994), 94 DTC 1882, at p. 1885.

<sup>17</sup> *Supra*, note 11, at pp. 695-696.

<sup>18</sup> The 1991 taxation years are involved in *Hoefele, Mikkelsen and Zaugg*.

<sup>19</sup> [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 39 *per* Dickson J. See also Linden J.A. in *Blanchard v. Canada*, [1995] F.C.J. No. 1045 (C.A.) (QL).

<sup>20</sup> Though not binding in any way, it should be noted that prior to these five cases, several similar cases were settled by the Department on the basis that the Petro-Canada interest payments were not taxable benefits. See Exhibits A-

canadienne de l'impôt devraient être annulés et les affaires devraient être renvoyées en vue d'un réexamen fondé sur le fait que les appels des contribuables à la Cour canadienne de l'impôt devraient être rejetés. Les contribuables qui sont à l'origine des demandes susmentionnées ont droit à des frais et débours qui sont à la fois raisonnables et appropriés en l'espèce. La demande portant le numéro A-123-95 devrait être rejetée.

<sup>1</sup> [1983] 2 R.C.S. 428.

<sup>2</sup> *Ibid.*, à la p. 441.

<sup>3</sup> [1968] 1 R.C.É. 293.

<sup>4</sup> *Ibid.*, à la p. 310.

<sup>5</sup> *Ibid.*, à la p. 311.

<sup>6</sup> (1990), 71 D.L.R. (4th) 385 (C.A.F.), à la p. 388. Se reporter également à *Funnell (R.) c. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 2498 (C.C.I.), à la p. 2501; et à *Greisinger c. M.N.R.* (1986), 15 C.C.E.L. 29 (C.C.I.), à la p. 35.

<sup>7</sup> [1990] 2 C.T.C. 199 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 204; conf. dans (1991), 92 DTC 6021 (C.A.F.).

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*, à la p. 203.

<sup>10</sup> Se reporter généralement à *Willick c. Willick*, [1944] 3 R.C.S. 670; voir également *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513.

<sup>11</sup> *M.N.R. c. Phillips*, [1994] 2 C.F. 680 (C.A.), à la p. 686.

<sup>12</sup> *Friedberg (A.D.) c. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 1 (C.A.F.), à la p. 2, le juge Linden, J.C.A.

<sup>13</sup> Une «allocation» au sens de l'art. 6(1)b). Se reporter à *MacDonald (R.M.) c. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 48 (C.A.F.).

<sup>14</sup> *M.N.R. c. Phillips*, [1994] 2 C.F. 680 (C.A.).

<sup>15</sup> *Splane (R.O.J.) c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 199 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. dans (1991), 92 DTC 6021 (C.A.F.).

<sup>16</sup> Le juge Sobier, J.C.C.I., dans *Hoefele (E.) c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2177, à la p. 2184; se reporter également, pour des propos semblables, aux motifs du juge O'Connor, J.C.C.I., dans *Zaugg, T. D. c. La Reine* (1994), 94 DTC 1882, à la p. 1885.

<sup>17</sup> *Supra*, note 11, aux p. 695 et 696.

<sup>18</sup> C'est l'année d'imposition 1991 qui est en cause dans les affaires *Hoefele, Mikkelsen et Zaugg*.

<sup>19</sup> [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 39, le juge Dickson. Se reporter également aux propos du juge Linden, J.C.A., dans la décision *Blanchard c. Canada*, [1995] F.C.J. n° 1045 (C.A.) (QL).

<sup>20</sup> Bien que cela ne lie aucunement la Cour, signalons que, avant ces cinq affaires, le Ministère a réglé plusieurs cas semblables en tenant pour acquis que les paiements d'intérêts effectués par Pétro-Canada ne constituaient pas des

8, A-9 and A-10. Moreover, in the *Zaugg* matter, the s. 80.4 argument made in this case was abandoned. See transcript at p. 97. Also, the employer treated the interest subsidy as taxable but subject to the home relocation deduction under s. 110(1)(j) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 49; 1986, c. 6, s. 55; 1987, c. 46, s. 38] of the Act.

<sup>21</sup> Leave to appeal to Supreme Court of Canada refused October 13, 1994 (1994), 5 C.C.P.B. 41 n (S.C.C.).

avantages imposables. Se reporter aux pièces A-8, A-9 et A-10. De plus, dans l'affaire *Zaugg*, l'argument fondé sur l'art. 80.4 a été abandonné. Se reporter à la p. 97 de la transcription. En outre, l'employeur a considéré que l'aide au paiement de l'intérêt était imposable, sous réserve de la déduction prévue à l'art. 110(1)*j*) de la Loi [mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 49; 1986, ch. 6, art. 55; 1987, ch. 46, art. 38] pour le prêt à la réinstallation.

<sup>21</sup> Autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée le 13 octobre 1994 (1994), 5 C.C.P.B. 41 n (C.S.C.).

A-316-95

A-316-95

**Canadian National Railway Company** (*Appellant*)**Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada** (*appelante*)

v.

a

c.

**The National Transportation Agency and National Gypsum (Canada) Limited** (*Respondents*)**Office national des transports et National Gypsum (Canada) Limited** (*intimés*)*INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. b CANADA (NATIONAL TRANSPORTATION AGENCY) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA c. CANADA (OFFICE NATIONAL DES TRANSPORTS) (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Marceau and Robertson J.J.A.—Ottawa, September 12 and October 2, 1995.

c

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Marceau et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 12 septembre et 2 octobre 1995.

*Transportation — Appeal from National Transportation Agency's decision National Transportation Act, 1987, s. 120(6) not applicable to exclude party to confidential contract from applying for final offer arbitration under s. 48 — Contract silent as to possibility of failure to agree on rate changes — Arbitration provisions available when no confidential contract, and when confidential contract silent or indefinite as to term or condition of execution.*

d

*Transports — Appel d'une décision de l'Office national des transports selon laquelle l'art. 120(6) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux ne permet pas d'empêcher une partie à un contrat confidentiel de solliciter l'arbitrage en vertu de l'art. 48 — Le contrat ne disait rien au sujet de la possibilité que les parties ne s'entendent pas sur des changements de prix—Les dispositions d'arbitrage s'appliquent en l'absence d'un contrat confidentiel, et lorsqu'un contrat confidentiel ne dit rien ou reste vague au sujet d'une condition de son exécution.*

e

*Constitutional law — Distribution of powers — National Transportation Act, 1987 final offer arbitration provisions permitting parties to private contracts to apply for arbitration relating to rates, conditions of carriage — Parliament having exclusive legislative authority with respect to railways connecting provinces or extending beyond limits of province — Legislation on subject-matter within federal jurisdiction can affect matters within provincial jurisdiction, including property and civil rights — Arbitration provisions integral part of legislative scheme regulating freight rates — That issues of rates, conditions of carriage arising with respect to execution of private contract not taking them out of federal legislative competence.*

f

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Les dispositions en matière d'arbitrage de la Loi de 1987 sur les transports nationaux permettent aux parties à un contrat privé de solliciter l'arbitrage au sujet des prix et des conditions de transport — Le Parlement jouit d'un pouvoir législatif exclusif sur les chemins de fer reliant une province à une autre, ou s'étendant au-delà des limites d'une province — Les dispositions législatives portant sur un sujet qui relève de la compétence du gouvernement fédéral peuvent avoir une incidence sur des questions relevant de la compétence des provinces, et cela comprend les droits civils et de propriété — Les dispositions d'arbitrage font partie intégrante du dispositif législatif qui réglemente les prix du transport — Les questions de prix et de conditions de transport qui découlent de l'exécution d'un contrat privé ne les excluent pas de la compétence législative du gouvernement fédéral.*

h

This was an appeal from the National Transportation Agency's decision that *National Transportation Act, 1987*, subsection 120(6) did not preclude National Gypsum from applying for final offer arbitration. Subsection 48(1) permits a shipper who is dissatisfied with rates for the movement of goods or with any of the conditions associated therewith to submit the matter to the Agency for final offer arbitration. Subsection 120(6) provides that no party to a confidential contract is entitled to submit a matter for final offer arbitration under section 48 without the consent of all parties to

i

Il s'agit d'un appel d'une décision de l'Office national des transports selon laquelle le paragraphe 120(6) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* n'empêchait pas National Gypsum de solliciter l'arbitrage. Le paragraphe 48(1) permet à un expéditeur insatisfait des prix fixés pour le transport de marchandises ou des conditions imposées à cet égard d'avoir recours à l'arbitrage. Selon le paragraphe 120(6), aucune partie à un contrat confidentiel n'a le droit de soumettre une affaire à l'arbitrage en vertu de l'article 48 sans l'assentiment de toutes les parties audit contrat. Le CN et National

j

the confidential contract. CN and National Gypsum (Canada) Ltd. had entered into a confidential transportation agreement. It was to remain in effect for five consecutive one-year contract periods. It provided for negotiations of rate changes 90 days prior to the yearly anniversary dates and permitted the parties to agree to modify rates. National Gypsum notified CN that it wished to commence a review of the rates. When negotiations were not successful, National Gypsum notified CN of its intention to submit the matter to final offer arbitration pursuant to section 48. CN objected that the freight rates were governed by the confidential contract and therefore, pursuant to subsection 120(6), could not be submitted for arbitration without its consent. The Agency held that a party to a confidential contract may submit a matter that is not governed by the contract to final offer arbitration. Price was not governed by the contract herein since it was to be negotiated.

The issues were whether subsection 120(6) applied, and whether the final offer arbitration provisions (sections 48 to 57) were constitutionally invalid as matters relating to property and civil rights and therefore within provincial jurisdiction.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Subsection 120(6) did not apply. The contract did not provide for the possibility of a failure to agree on rate changes. The final arbitration provisions are available not only when there is no confidential contract, but also when the confidential contract is silent or indefinite as to a term or condition of its execution.

The constitutional attack was unfounded. The Parliament of Canada has exclusive legislative authority with respect to railways connecting a province with any other province, or extending beyond the limits of a province. Absent colourability, legislation on a subject-matter within federal jurisdiction can affect matters within provincial jurisdiction, including property and civil rights. The final offer arbitration provisions establish a method of determining rates in special instances and, as such, are an integral part of the whole legislative scheme regulating freight rates. They are specifically addressed to disputes relating to rates or conditions associated with the movement of goods, issues that are integral to the operation of the railways. The quick, simple and out-of-court settlement of those disputes is a means of achieving the object and purpose of the Act, which is to render the railway industry more efficient and competitive and the transportation system more economical. That the issues of rates and conditions of carriage arise with respect to the execution of a private contract does not nullify their significance with respect to a legitimate and valid federal objective and take them out of federal legislative competence.

Gypsum (Canada) Ltd. avaient conclu une entente confidentielle de transport, qui devait demeurer en vigueur pendant cinq périodes consécutives d'un an. Le contrat prévoyait que des changements de prix pouvaient être négociés 90 jours avant les dates anniversaires, et il permettait aux parties d'accepter de modifier les prix. National Gypsum a avisé le CN qu'elle désirait réviser les prix. Lorsque les négociations ont échoué, National Gypsum a fait part au CN de son intention de soumettre l'affaire à l'arbitrage en application de l'article 48. Le CN s'y est objecté, soutenant que la question des prix de transport était régie par le contrat confidentiel et que, par conséquent, aux termes du paragraphe 120(6), cette question ne pouvait être soumise à l'arbitrage sans son assentiment. L'Office soutenait qu'une partie à un contrat confidentiel peut soumettre à l'arbitrage une question non régie par le contrat. Les prix n'étaient pas régis par le contrat en question puisqu'ils devaient être négociés.

Les points en litige consistaient à savoir si le paragraphe 120(6) s'appliquait, et si les dispositions en matière d'arbitrage (articles 48 à 57) sont inconstitutionnelles parce qu'elles se rapportent à des droits civils et de propriété et relèvent donc de la compétence des provinces

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

Le paragraphe 120(6) ne s'appliquait pas. Il n'était pas prévu dans le contrat que les parties ne puissent s'entendre sur les changements de prix. Il est possible de recourir aux dispositions d'arbitrage non seulement en l'absence de contrat confidentiel entre les parties, mais aussi lorsque le contrat confidentiel ne dit rien ou reste vague au sujet d'une condition de son exécution.

La contestation constitutionnelle n'était pas fondée. Le Parlement canadien jouit d'un pouvoir législatif exclusif sur les chemins de fer reliant une province à une autre, ou s'étendant au-delà des limites d'une province. En l'absence de spéciosité, des dispositions législatives qui portent sur un sujet relevant de la compétence du gouvernement fédéral peuvent avoir une incidence sur des questions relevant de la compétence des provinces, y compris les droits civils et de propriété. Les dispositions d'arbitrage établissent un moyen de fixer des prix dans des cas spéciaux et, en tant que telles, font partie intégrante de tout le dispositif législatif qui régleme les prix du transport. Ces dispositions visent expressément les différends portant sur les prix du transport de marchandises ou les conditions imposées à leur égard, des questions qui font partie intégrante de l'exploitation des chemins de fer. Le règlement rapide, simple et hors cour de ces différends constitue un moyen d'atteindre l'objet et le but de la Loi, qui vise à rendre l'industrie ferroviaire plus efficace et concurrentielle et le système de transport plus économique. Le fait que les questions de prix et de conditions de transport surviennent dans le cadre de l'exécution d'un contrat privé ne peut avoir pour effet d'annuler leur importance par rapport à un objectif fédéral légitime et



valable, et de les exclure de la compétence législative du gouvernement fédéral.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*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], ss. 91(29), 92(10), 92(13).  
*National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 28, ss. 3 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 33), 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 120(6).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

*Canadian Pacific Railway Company v. Notre Dame de Bonsecours (Corporation of)*, [1899] A.C. 367 (P.C.).

REFERRED TO:

*Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680; (1988), 54 D.L.R. (4th) 679; 47 C.C.L.T. 1; 32 C.P.C. (2d) 97; 89 N.R. 81; *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65 (P.C.); *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313.

APPEAL from the National Transportation Agency's decision that *National Transportation Act, 1987*, subsection 120(6) did not apply to exclude a party to a confidential contract which did not provide for the possibility of a failure to agree on rates from applying for final offer arbitration. Appeal dismissed.

COUNSEL:

*Brian A. Crane, Q.C.* and *Ronald D. Lunau* for appellant.

*Richard G. M. Makuch* for respondent National Transportation Agency.

*Daniel M. Campbell, Q.C.* for respondent National Gypsum (Canada) Limited.

*Lewis E. Levy, Q.C.* and *Josephine A. L. Palumbo* for intervenor Attorney General of Canada.

LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(29), 92(10), 92(13).

*Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 3 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 33), 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 120(6).

JURISPRUDENCE

DÉCISION EXAMINÉE:

*Canadian Pacific Railway Company v. Notre Dame de Bonsecours (Corporation of)*, [1899] A.C. 367 (P.C.).

DÉCISIONS CITÉES:

*Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; (1988), 54 D.L.R. (4th) 679; 47 C.C.L.T. 1; 32 C.P.C. (2d) 97; 89 N.R. 81; *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65 (P.C.); *Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313.

APPEL de la décision de l'Office national des transports selon laquelle le paragraphe 120(6) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* n'interdisait pas à une partie à un contrat confidentiel ne prévoyant pas la possibilité qu'il n'y ait pas d'entente sur les prix de soumettre l'affaire à l'arbitrage. Appel rejeté.

AVOCATS:

*Brian A. Crane, c.r.*, et *Ronald D. Lunau* pour l'appelante.

*Richard G. M. Makuch* pour l'intimé, l'Office national des transports.

*Daniel M. Campbell, c.r.* pour l'intimée, National Gypsum (Canada) Limited.

*Lewis E. Levy, c.r.* et *Josephine A. L. Palumbo* pour l'intervenant, le Procureur général du Canada.

## SOLICITORS:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for appellant.  
 Legal Services Directorate, National Transportation Agency, Hull, Quebec for respondent National Transportation Agency. *a*  
*Cox, Downie*, Halifax, for respondent National Gypsum (Canada) Limited.  
*Deputy Attorney General of Canada* for intervenor Attorney General of Canada. *b*

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

Marceau J.A.: When Parliament, in 1987, in furtherance of new aims and policies for the transportation system in general and the railway industry in particular, enacted the *National Transportation Act, 1987* [R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28] (the NTA 1987), it included, under the heading "Mediation and Arbitration", provisions pursuant to which arbitrators appointed by the National Transportation Agency would assist shippers and carriers in resolving their disputes regarding rates and related conditions associated with the transportation of goods. Pursuant to subsection 48(1) of the NTA 1987: *d*

48. (1) A shipper who is dissatisfied with the rate or rates charged or proposed to be charged by a carrier for the movement of goods or with any of the conditions associated with the movement of goods may, where the matter cannot be resolved between the shipper and the carrier, submit the matter, in writing, to the Agency for final offer arbitration. *e*

There was, however, a basic exception to the availability of final offer arbitration system contained in subsection 120(6) of the Act:

## 120. . . .

(6) Notwithstanding anything in this Act, no party to a confidential contract is entitled to request an investigation under section 59 of a matter that is governed by the confidential contract, or to submit to the Agency such a matter for final offer arbitration under section 48, without the consent of all parties to the confidential contract. *f*

## PROCUREURS:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour l'appelante.  
 Direction des services juridiques, Office national des transports, Hull (Québec), pour l'intimé, l'Office national des transports.  
*Cox, Downie*, Halifax, pour l'intimée, National Gypsum (Canada) Limited.  
 Le sous-procureur général du Canada, pour l'intervenant, le Procureur général du Canada.

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

Le juge Marceau, J.C.A.: Quand, en 1987, pour servir de nouvelles visées et de nouvelles politiques relatives au système des transports en général et à l'industrie ferroviaire en particulier, le Parlement a promulgué la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* [L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 28] (ci-après appelée la LTN 1987), il a inclus, sous la rubrique «Médiation et arbitrage», des dispositions en vertu desquelles des arbitres nommés par l'Office national des transports aideraient les expéditeurs et les transporteurs à régler leurs différends relatifs aux prix fixés et aux conditions imposées à leur égard pour le transport de marchandises. Aux termes du paragraphe 48(1) de la LTN 1987: *d*

48. (1) L'expéditeur insatisfait des prix appliqués ou proposés par un transporteur pour le transport de marchandises ou des conditions imposées à cet égard peut, lorsqu'ils ne sont pas en mesure de régler eux-mêmes la question, avoir recours, par demande écrite, à l'arbitrage de l'Office. *e*

Le paragraphe 120(6) de la Loi comportait toutefois une exception de base au recours au système d'arbitrage: *f*

## 120. . . .

(6) Malgré toute autre disposition de la présente loi, la demande, par une partie à un contrat confidentiel, de l'enquête prévue par l'article 59 ou de l'arbitrage prévu par l'article 48 est subordonnée à l'assentiment de toutes les parties au contrat. *g*

This appeal, from a decision of the respondent Agency dated March 9, 1995, is concerned firstly with the application of this exclusion from the new arbitration system and secondly, and alternatively, with the constitutional validity of all the final offer arbitration provisions.

The facts that gave rise to the appeal are as follows.

On May 30, 1994, the respondent National Gypsum (Canada) Ltd. (National Gypsum) and the appellant Canadian National Railway Company (CN) entered into confidential transportation agreement number 01271 (the contract), pursuant to which CN agreed to transport gypsum rock from National Gypsum's quarry in East Milford, Nova Scotia, to its shipping facility in Wright's Cove, Dartmouth, Nova Scotia. Some features of that contract must be specifically noted.

Paragraph 1 sets out the duration of the agreement:

Effective Date and Term

- A. This contract shall be effective as of the 1st day of January 1994 and shall remain in effect for five (5) consecutive one (1) year contract periods terminating the 31st day of December 1998.
- B. The contract period shall be renewed for an additional contract period unless either party gives to the other written notice of termination of the contract at least sixty (60) days prior to the end of a contract period.

Paragraph 2B states that the rates shall be dealt with in Schedule 1:

CN, acting solely as a contract carrier, agrees to transport the commodity between the origins and destinations and at the rates specified in Schedule 1.

Schedule 1 first specifies the rates to be effective until December 31, 1994 and then provides as follows:

1. Each year on the 1st of January beginning in 1995 rates will be adjusted in accordance with the following:

Le présent appel, qui découle d'une décision datée du 9 mars 1995 de l'Office intimé, porte en premier lieu sur l'application de cette exclusion du nouveau système d'arbitrage et, en second lieu—et subsidiairement—sur la validité constitutionnelle de toutes les dispositions en matière d'arbitrage.

Les faits qui ont donné lieu à l'appel sont les suivants.

Le 30 mai 1994, l'intimée, National Gypsum (Canada) Ltd. (ci-après appelée National Gypsum), et l'appelante, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (ci-après appelée le CN), ont conclu une entente confidentielle de transport portant le numéro 01271 (ci-après appelée le contrat), en vertu de laquelle le CN convenait de transporter du gypse depuis la carrière qu'exploitait National Gypsum à East Milford (Nouvelle-Écosse) jusqu'à son installation d'expédition située à Wright's Cove, Dartmouth (Nouvelle-Écosse). Il convient de noter spécifiquement certains des éléments de ce contrat.

Le paragraphe 1 expose la durée de l'entente:

[TRADUCTION] Date d'entrée en vigueur et durée

- A. Le présent contrat entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994 et sera valable pendant cinq (5) périodes contractuelles consécutives d'une durée d'un (1) an se terminant le 31 décembre 1998.
- B. La période contractuelle sera renouvelée pour une période supplémentaire à moins que l'une des deux parties remette à l'autre un préavis écrit de résiliation du contrat et ce, au moins soixante (60) jours avant l'expiration d'une période contractuelle.

Le paragraphe 2B précise que l'annexe 1 portera sur la question des tarifs:

[TRADUCTION] Le CN, agissant uniquement comme transporteur à forfait, convient de transporter la marchandise en question entre le point d'origine et le point de destination, aux prix spécifiés à l'annexe 1.

L'annexe 1 précise les tarifs en vigueur jusqu'au 31 décembre 1994 et ajoute ensuite ceci:

- [TRADUCTION] 1. Le 1<sup>er</sup> janvier de chaque année, à compter de 1995, les prix seront rajustés de la manière suivante:

Approximately 90 days prior to the yearly anniversary dates, the two companies will commence negotiations of rate changes. Such negotiation will take into consideration each company's market environment. Additionally, such discussions will take into consideration any productivity improvement which has been achieved through mutual cooperation during the term of this contract and the net benefits which have been achieved by both parties through such mutual cooperation.

2. The parties may mutually agree at any time to amend Schedule 1 to add, modify or delete origins, destinations, including applicable rates and conditions ('Revised Schedule 1').

A revised Schedule 1 shall be effective without being signed on behalf of the parties. Notwithstanding the foregoing, either party may request that a revised Schedule 1 be signed and each party hereby undertakes to comply with such request.

Around October 1994, National Gypsum indicated to CN that it wished to commence a review of the rates effective as of January 1, 1995. Negotiations took place but they were not successful. On December 19, 1994, CN advised National Gypsum that, since the parties had been unable to reach an agreement as to new rates for 1995, the existing contract rates would continue to apply. National Gypsum replied by notifying of its intention to submit the matter to final offer arbitration pursuant to section 48 of the NTA 1987. On February 14, 1995, National Gypsum formally filed its submission with the Agency. CN immediately objected. It contended that the matter of the freight rates to be paid by National Gypsum was governed by the confidential contract that existed between the parties and therefore, pursuant to subsection 120(6) of the NTA 1987, could not be submitted for final offer arbitration without its consent. By letter dated March 9, 1995, the Agency rejected CN's objection. It wrote:

The Agency has reviewed the submissions of National Gypsum and CN, as submitted in their respective letters dated February 14 and 27, 1995 and February 23, 1995 and March 6, 1995. The Agency has determined that subsection 120(6) of the National Transportation Act, 1987 does not in itself preclude a party to a confidential contract from making an application to the Agency for Final Offer Arbitration.

Environ 90 jours avant les dates d'anniversaire annuelles, les deux sociétés commenceront à négocier les changements de prix. Ces négociations tiendront compte de leur marché respectif. En outre, les discussions prendront en compte toute amélioration de la productivité réalisée grâce à leur collaboration mutuelle pendant la durée du présent contrat, ainsi que des avantages nets que cette collaboration aurait procurés aux deux parties.

2. Les parties peuvent convenir mutuellement, à quelque moment que ce soit, de modifier l'annexe 1 pour ajouter, modifier ou supprimer des points d'origine, des points de destination, et cela comprend les prix et les conditions applicables («annexe 1 révisée»).

Une annexe 1 révisée sera en vigueur sans être signée au nom des parties. Nonobstant les dispositions qui précèdent, l'une ou l'autre partie peut demander la signature de cette annexe, et chaque partie s'engage par la présente à se conformer à cette demande.

Vers le mois d'octobre 1994, National Gypsum a indiqué au CN qu'elle désirait entreprendre un examen des tarifs qui seraient en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1995. Les négociations ont commencé, mais se sont avérées infructueuses. Le 19 décembre 1994, le CN a fait savoir à National Gypsum qu'étant donné que les parties n'étaient pas parvenues à s'entendre sur de nouveaux prix pour 1995, ceux qui étaient en vigueur continueraient de s'appliquer. National Gypsum a répondu en faisant part de son intention de soumettre l'affaire à l'arbitrage en application de l'article 48 de la LTN 1987. Le 14 février 1995, National Gypsum déposait officiellement sa demande auprès de l'Office. Le CN s'y est aussitôt objecté. Ce dernier a soutenu que la question des prix de transport que National Gypsum devaient payer était régie par le contrat confidentiel conclu entre les parties et que, par voie de conséquence, aux termes du paragraphe 120(6) de la LTN 1987, cette question ne pouvait être soumise à l'arbitrage sans son accord. Dans une lettre datée du 9 mars 1995, l'Office a rejeté l'objection du CN. Voici ce qu'il a écrit:

[TRADUCTION] L'Office a passé en revue les arguments de National Gypsum et du CN, tels qu'exposés dans leurs lettres respectives datées du 14 et du 27 février 1995 ainsi que du 23 février et du 6 mars 1995. L'Office a décidé que le paragraphe 120(6) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux n'empêche pas en soi une partie à un contrat confidentiel de lui soumettre une demande d'arbitrage.

A party to a confidential contract may submit a matter that is not governed by a confidential contract to the Agency for Final Offer Arbitration. The Agency notes that the matter of price is not governed by the confidential contract between National Gypsum and CN since price is to be negotiated between the parties for 1995 and subsequent years. Therefore, the matter submitted for arbitration is not governed by the confidential contract between the parties. CN's request to dismiss National Gypsum's application for Final Offer Arbitration is denied.

CN sought and was given leave to appeal this decision.

National Gypsum's position before the Agency, and again before this Court on the application for leave, was, in effect, that the rates to be charged by CN for the carriage of National Gypsum's goods, effective January 1995, were not matters governed by a confidential contract, since the contract in issue ceased to exist beyond the 1994 year in the absence of an agreement as to the rates. Rates are, of course, an essential element of a contract of carriage and a mere agreement to negotiate them is of no legal effect since it cannot have any binding force. Without that essential element, the contract itself is unenforceable and, as a result, must be viewed as legally non-existent. Subsection 120(6), therefore, is not applicable.

CN's position all along has remained based on two propositions. The first one is that the Agency has no jurisdiction to dispose of the question of whether the matter of rates after 1995 was settled by the contract. This, it was argued, is a matter of interpretation that can only be disposed of by the provincial courts. As soon as the Agency could verify that the question of rates had been addressed by the contract, it was required to abide by the exclusionary provision, subsection 120(6), and reject National Gypsum's request for final offer arbitration. The second proposition is that the contract actually settles the matter of rates after 1995. The argument here is as follows. The contract is a five-year contract composed of five one-year periods. The only way to terminate it is by notice under paragraph 1B; without such notice prior to the end of a period, the contract with all its terms, including the rates set out in Schedule 1, carries on auto-

Une partie à un contrat confidentiel peut soumettre à l'Office, pour fins d'arbitrage, une question non régie par un contrat confidentiel. L'Office fait remarquer que le contrat confidentiel qu'ont conclu National Gypsum et le CN ne régit pas la question des prix, puisque les parties doivent négocier ces derniers pour l'année 1995 et les années subséquentes. De ce fait, la question soumise à l'arbitrage n'est pas régie par le contrat confidentiel entre les parties. La requête du CN concernant le rejet de la demande d'arbitrage de National Gypsum est refusée.

Le CN a demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de cette décision.

La position que National Gypsum a défendue devant l'Office, et de nouveau devant la présente Cour dans sa demande d'autorisation, était, en fait, que les prix demandés par le CN pour le transport des marchandises de National Gypsum, à partir de janvier 1995, n'étaient pas une question que régissait un contrat confidentiel, étant donné que le contrat en litige cessait d'exister après l'année 1994 en l'absence d'une entente sur les prix. Ces derniers sont évidemment un élément essentiel d'un contrat de transport, et une simple entente de négociation des prix est sans valeur juridique puisqu'elle ne peut avoir aucune force exécutoire. Sans cet élément essentiel, le contrat en soi est donc inapplicable et, de ce fait, doit être tenu pour inexistant d'un point de vue juridique. Le paragraphe 120(6) ne s'applique donc pas.

Le CN a toujours appuyé sa position sur deux prétentions. La première est que l'Office n'est pas compétent pour trancher la question de savoir si la question des prix en vigueur après 1995 était réglée par le contrat. Il s'agit, fait-il valoir, d'une question d'interprétation que seuls les tribunaux provinciaux peuvent régler. Dès que l'Office était en mesure de vérifier si le contrat traitait de la question des prix, il était tenu de se conformer à la disposition d'exclusion—le paragraphe 120(6)—et de rejeter la demande d'arbitrage de National Gypsum. La seconde prétention du CN est que le contrat règle bel et bien la question des prix en vigueur après 1995. L'argument est le suivant. Le contrat est d'une durée de cinq ans, et se compose de cinq périodes d'un an. La seule façon de le résilier est de signifier un préavis, en vertu du paragraphe 1B; sans la signification d'un tel préavis avant la fin d'une période, le contrat et toutes

matically and remains in force for another period. The “negotiation” clause in Schedule 1 only envisages discussions taking place to review the positions of both parties as a result of possible changes in the market conditions; it does not require that an agreement on rate changes be arrived at, failing which the contract is at an end. The rates, therefore, are properly covered by the terms of the contract, and the exclusion in subsection 120(6) is directly applicable.

Neither of these positions put forth by the parties appears to me to be acceptable. National Gypsum does not explain why the parties would have provided for two means of terminating their agreement: the 60-day notice or the simple refusal to accept new rates. Nor does National Gypsum explain what happens to the terms and conditions of carriage if the contract becomes automatically non-existent. CN, for its part, does not tell us how the Agency can decide whether the rates after 1995 are “governed” by the contract within the meaning of subsection 120(6) without some interpretation of its provisions. This interpretation, of course, will entail consideration of a question of law subject to review on the standard of correctness; but such consideration seems necessary in order to exercise the mandate conferred upon the Agency by Parliament in the case of a referral. As for CN’s proposed interpretation of the contract, it is undermined by the wording of the basic clause of Schedule 1 wherein it is provided that each year rates will be adjusted, not may be, thus excluding the possibility that the previous rates will be automatically carried forward into the following year.

Even more disturbing to me than these obvious failings of the positions adopted by the parties with respect to the meaning of their agreement is the thought that contractors with so much experience and business acumen would accept to place themselves in such a tenuous position, that of being at the other’s mercy with respect to the rates with no alternative, in the event of disagreement, but to accept the premature termination of the contract with all its terms and conditions. It seems evident that there must be a third

ses modalités, y compris les prix spécifiés à l’annexe 1, se poursuit automatiquement et reste en vigueur pendant une autre période. La clause de « négociation » visée à l’annexe 1 envisage uniquement des discussions destinées à réviser les positions des deux parties à la suite de changements éventuels dans les conditions du marché; cette clause ne requiert pas que les parties arrivent à une entente sur les changements de prix, faute de quoi le contrat prend fin. La question des prix est donc bien visée par les modalités du contrat, et l’exclusion prévue au paragraphe 120(6) s’applique directement.

Ni l’une ni l’autre des positions qu’avancent les parties ne m’apparaissent acceptables. National Gypsum n’explique pas pourquoi les parties auraient prévu deux façons de résilier leur entente: le préavis de 60 jours ou le simple refus d’accepter de nouveaux prix. National Gypsum n’explique pas non plus ce qui arrive aux conditions de transport si le contrat prend automatiquement fin. Le CN, pour sa part, ne nous dit pas de quelle façon l’Office peut décider si les taux en vigueur après 1995 sont régis par le contrat au sens du paragraphe 120(6) sans interpréter de quelque manière ses dispositions. Évidemment, cette interprétation comprendra la prise en considération d’une question de droit soumise à un examen fondé sur la norme de la rectitude; mais il semble nécessaire de procéder à cette prise en considération pour exercer le mandat que confère le Parlement à l’Office en cas de renvoi. Quant à l’interprétation du contrat que suggère le CN, elle est amoindrie par le libellé de la clause de base de l’annexe 1, où il est dit que, chaque année, les prix seront rajustés, et non qu’ils peuvent l’être, ce qui exclut la possibilité que les prix antérieurs soient automatiquement reportés à l’année suivante.

Il est un point qui me préoccupe encore plus que ces lacunes évidentes dans les positions retenues par les parties quant au sens à donner à leur entente, et il s’agit de l’idée que deux entités ayant une telle expérience et un tel sens des affaires acceptent de se mettre dans une position aussi délicate, soit celle d’être à la merci de l’autre au chapitre des prix, sans autre solution, advenant un désaccord, que d’accepter la résiliation prématurée du contrat et de toutes ses conditions. Il semble évident qu’il doit exister une

position, and I think it is easy to find one. Indeed, each party advanced its position upon the initial observation that the contract does not provide for the possibility of a failure to agree on rate changes. It is true that the contract is totally silent in that respect, but the legislative context in which the contract was entered into, the law that was to govern its execution and that the two parties must have had in mind when they contracted (and it should be noted here that the parties took care to state clearly that their contract was made pursuant to the provisions of Part III of the NTA 1987), could very well supply a means of resolving the dispute, provided the mere existence of the contract would not preclude a recourse to the final offer arbitration provisions of the NTA 1987. The respondents wisely now defend that view and the decision of the Agency under appeal is, as we have seen, to that effect. And rightly so, in my judgment.

The Agency first reached the conclusion that the rates of carriage for the years 1995 and following were not governed by the confidential contract existing between the parties, who presumably had deemed it preferable to leave them for negotiation without providing any special mechanism for securing agreement. That being the case, the question then was whether the exclusionary provision of subsection 120(6) was applicable. The Agency determined that it was not. The final offer arbitration provisions are available not only when there is no confidential contract between the parties, but also when the confidential contract entered into by them is silent or indefinite as to a term or condition of its execution. The interpretation given by the Agency to subsection 120(6) of the Act, its enabling statute, was not only reasonable, it was, in my opinion, the correct one. It conforms with the text, which speaks of a matter in dispute, as well as with the purpose, the scheme and the spirit of the whole legislation which is to favour fair but smooth and untroubled relations between shippers and carriers in the transportation industry.<sup>1</sup>

I reject, therefore, the appellant's contention that subsection 120(6) of the Act prevented the Agency

tierce position, et je crois qu'il est facile d'en trouver une. En fait, chaque partie appuie sa position sur l'observation initiale que le contrat ne prévoit pas la possibilité que les parties n'arrivent pas à s'entendre sur des changements de prix. Il est vrai que le contrat est tout à fait muet sur la question, mais le contexte législatif dans lequel il a été conclu—les dispositions législatives qui devaient régir son exécution et que les deux parties avaient certainement à l'esprit quand elles ont signé le contrat (et il convient de noter ici qu'elles ont pris soin d'indiquer clairement que leur contrat était soumis aux dispositions de la partie III de la LTN 1987)—pourrait fort bien fournir un moyen de résoudre le différend, à condition que la simple existence du contrat n'empêche pas de recourir aux dispositions d'arbitrage de la LTN 1987. C'est l'opinion que défendent maintenant, judicieusement, les intimés, et, comme nous l'avons vu, la décision de l'Office qui a été portée en appel est à cet effet. Avec raison, à mon sens.

L'Office est d'abord arrivé à la conclusion que les prix de transport pour les années 1995 et suivantes n'étaient pas régis par le contrat confidentiel conclu entre les parties, lesquelles, vraisemblablement, avaient jugé préférable de pouvoir les négocier sans prévoir de mécanisme spécial pour arriver à une entente. Cela étant le cas, la question qui se posait consistait à savoir si la disposition d'exclusion du paragraphe 120(6) était applicable. L'Office a jugé que non. Il n'est possible de recourir aux dispositions d'arbitrage qu'en l'absence de contrat confidentiel entre les parties, mais aussi lorsque le contrat confidentiel que ces dernières ont conclu ne dit rien ou reste vague au sujet d'une condition imposée à son exécution. L'interprétation que l'Office a faite du paragraphe 120(6) de la Loi, sa loi habilitante, n'était pas seulement raisonnable; il s'agit, selon moi, de celle qui convenait. Elle est conforme au texte, qui traite d'une question en litige, ainsi qu'à l'objet, à l'économie et à l'esprit de la loi dans son ensemble, qui vise à favoriser des relations équitables mais harmonieuses et paisibles entre les expéditeurs et les transporteurs dans l'industrie des transports<sup>1</sup>.

Je rejette donc la prétention de l'appelante selon laquelle le paragraphe 120(6) de la Loi empêchait

from referring the question of rates payable by National Gypsum to an arbitrator for final offer arbitration. In view of that conclusion, CN's subsidiary ground of attack against the Agency's decision must be addressed: the alleged unconstitutionality of sections 48 to 57 of the NTA 1987.

CN submits that the provisions set out in sections 48 to 57 of the NTA 1987 constitute legislation in relation to private contractual rights and remedies. They are, therefore, legislation in relation to property and civil rights, matters within the exclusive legislative jurisdiction of the provinces under subsection 92(13) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. Pursuant to subsections 91(29) and 92(10) of the *Constitution Act, 1867*, the Parliament of Canada has exclusive legislative authority with respect to railways connecting a province with any other province, or extending beyond the limits of a province, but, as stated by the Privy Council in *Canadian Pacific Railway Company v. Notre Dame de Bonsecours (Corporation of)*, [1899] A.C. 367, at page 372:

The British North America Act, whilst it gives the legislative control of the appellants' railway qua railway to the Parliament of the Dominion, does not declare that the railway shall cease to be part of the provinces in which it is situated, or that it shall, in other respects be exempted from the jurisdiction of the provincial legislatures.

Counsel for CN refers to the discussion by the Supreme Court, in *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680, of the extent of the federal jurisdiction over railways wherein it was repeated that the "integral element" test was applicable in the same manner as in the case of any other single federal subject. Counsel submits that the determination of the private contractual rights of parties to a transportation contract is not an "integral element" of the regulation of railways. The effect of the final offer arbitration provisions of the NTA 1987 is simply to establish a scheme that provides a special legal remedy for the resolution of private contractual disputes. By their true nature and character, such

l'Office de soumettre à l'arbitrage la question des prix que National Gypsum devait payer. Compte tenu de cette conclusion, il convient d'analyser le motif de contestation subsidiaire du CN contre la décision de l'Office, c'est-à-dire la présumée inconstitutionnalité des articles 48 à 57 de la LTN 1987.

Le CN fait valoir que les dispositions exposées aux articles 48 à 57 de la LTN 1987 constituent un texte législatif qui se rapporte aux droits et aux recours contractuels privés. Elles ont donc rapport aux droits civils et de propriété, qui relèvent de la compétence législative exclusive des provinces, en vertu du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]. Aux termes des paragraphes 91(29) et 92(10) de cette Loi, le Parlement canadien jouit d'un pouvoir législatif exclusif sur les chemins de fer reliant une province à une autre, ou s'étendant au-delà des limites d'une province, mais, ainsi que l'a déclaré le Conseil privé dans l'affaire *Canadian Pacific Railway Company v. Notre Dame de Bonsecours (Corporation of)*, [1899] A.C. 367, à la page 372 du recueil:

[TRADUCTION] S'il confère au Parlement du Dominion le contrôle législatif des chemins de fer en tant que tels, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne prescrit pas que les chemins de fer cesseront de faire partie des provinces où ils sont situés, ou que, à tous autres égards, ils ne relèveront plus de la compétence des assemblées législatives provinciales.

L'avocat du CN fait référence à l'analyse faite par la Cour Suprême dans l'arrêt *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, à propos de l'étendue de la compétence du gouvernement fédéral sur les chemins de fer; dans cet arrêt, il a été réitéré que le principe de la «partie intégrante» s'appliquait de la même façon que pour n'importe quel autre sujet fédéral. L'avocat fait valoir que la détermination des droits contractuels privés des parties à un contrat de transport ne constitue pas une «partie intégrante» de la réglementation des chemins de fer. Les dispositions d'arbitrage de la LTN 1987 ont simplement pour effet d'établir un mécanisme qui prévoit un recours juridique spécial pour régler des



provisions do not constitute railway legislation but rather legislation in relation to contractual rights and civil remedies.

My view differs altogether from that of counsel for CN. The federal legislative authority to deal with contractual aspects of transportation services within federal regulatory power, such as interprovincial railways, is unquestionable (*Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65 (P.C.); *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157). It is true that the impugned provisions are aimed at contractual relations of a commercial nature between shippers and carriers, that they introduce a remedy to a dispute between private parties without any public interest issue being engaged and that they create a scheme which gives the Agency a direct role only at the outset, the decision of the arbitrator being final and binding. But it is trite law, absent colourability, that legislation on a subject-matter within federal jurisdiction can affect matters within provincial jurisdiction, including property and civil rights. The final offer arbitration provisions of the NTA 1987 establish a method of determining rates in special instances and, as such, are an integral part of the whole legislative scheme chosen by Parliament to regulate freight rates in the new economic and commercial context now prevailing in Canada. They are specifically addressed to disputes relating to rates or conditions associated with the movement of goods, issues that are integral to the operation of the railways. The quick, simple and out-of-court settlement of those disputes, with indirect involvement of the Agency, is no doubt a means, and an important one, to achieve the object and purpose of the new *National Transportation Act, 1987* which, as stated in more detail in section 3 [as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 33] thereof, is aimed, in effect, at rendering the railway industry, in particular, more efficient and more competitive, and the transportation system, generally, more economical. The fact that the issues of rates and conditions of carriage arise in the course of or with respect to the execution of a private contract cannot have the effect of nullifying their significance with respect to a legitimate and valid

différents contractuels privés. De par leur nature et leur caractère véritables, ces dispositions ne sont pas des dispositions législatives qui se rapportent aux chemins de fer, mais, plutôt, aux droits contractuels et aux recours civils.

Mon opinion diffère complètement de celle de l'avocat du CN. Le pouvoir législatif dont jouit le gouvernement fédéral pour traiter des aspects contractuels des services de transport relevant du pouvoir réglementaire fédéral, comme les chemins de fer interprovinciaux, est indiscutable (*Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65 (P.C.); *Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157). Il est vrai que les dispositions contestées visent les relations contractuelles de nature commerciale qu'entretiennent des expéditeurs et des transporteurs, qu'elles introduisent un recours en cas de litige opposant des parties privées sans mettre en cause de questions d'intérêt public, et qu'elles créent un mécanisme qui ne confère qu'au début un rôle direct à l'Office, la décision de l'arbitre étant définitive et exécutoire. Mais il est bien établi en droit, en l'absence de spéciosité, que des dispositions législatives qui portent sur un sujet relevant de la compétence du gouvernement fédéral peuvent avoir une incidence sur des questions relevant de la compétence des provinces, y compris les droits civils et de propriété. Les dispositions d'arbitrage de la LTN 1987 établissent un moyen de fixer des prix dans des cas spéciaux et, en tant que telles, font partie intégrante de tout le dispositif législatif choisi par le Parlement pour régler les prix du transport dans le nouveau contexte économique et commercial qui prévaut à l'heure actuelle au Canada. Ces dispositions visent expressément les différends portant sur les prix du transport de marchandises ou les conditions imposées à leur égard, des questions qui font partie intégrante de l'exploitation des chemins de fer. Le règlement rapide, simple et hors cour de ces différends, grâce à une intervention indirecte de l'Office, constitue sans aucun doute un moyen—un moyen important—d'atteindre l'objet et le but de la nouvelle *Loi de 1987 sur les transports nationaux* qui, ainsi qu'il est dit de manière plus détaillée à l'article 3 [mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 33] de cette dernière, vise, en fait, à rendre l'industrie

federal objective and, as a result, take them out of the federal legislative competence.

The constitutional attack raised by the appellant against the final offer arbitration provisions of the NTA 1987 is totally unfounded in my judgment.

It is my view, therefore, that this appeal has no merit and should be dismissed.

ISAAC C.J.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

<sup>1</sup> The French version of the text can suggest a much broader interpretation than the English one since it does not specifically refer to a "matter" not governed by a contract. It reads:

120. . . .

(6) *Malgré toute autre disposition de la présente loi, la demande, par une partie à un contrat confidentiel, de l'enquête prévue par l'article 59 ou de l'arbitrage prévu par l'article 48 est subordonnée à l'assentiment de toutes les parties au contrat.*

It is obvious that such a broad interpretation would not be acceptable in light of the English provision and it was not suggested by the parties.

ferroviaire, en particulier, plus efficace et plus concurrentielle, et le système de transport, en général, plus économique. Le fait que les questions de prix et de conditions de transport surviennent au cours ou dans le cadre de l'exécution d'un contrat privé ne peut avoir pour effet d'annuler leur importance par rapport à un objectif fédéral légitime et valable et, partant, de les exclure de la compétence législative du gouvernement fédéral.

<sup>a</sup>

À mon avis, la contestation de nature constitutionnelle soulevée par l'appelante à l'encontre des dispositions d'arbitrage de la LTN 1987 est dénuée de tout fondement.

<sup>c</sup>

Je suis donc d'avis que l'appel n'est pas justifié et devrait être rejeté.

<sup>d</sup>

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je suis d'accord.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: J'y souscris.

<sup>1</sup> La version française du texte peut donner lieu à une interprétation plus large que le texte anglais, puisqu'elle ne fait pas expressément mention d'une «question» (*matter*) non régie par un contrat. Le texte en question est le suivant:

120. . . .

(6) *Malgré toute autre disposition de la présente loi, la demande, par une partie à un contrat confidentiel, de l'enquête prévue par l'article 59 ou de l'arbitrage prévu par l'article 48 est subordonnée à l'assentiment de toutes les parties au contrat.*

Il est évident qu'une interprétation aussi large serait inacceptable en regard de la disposition anglaise, et les parties ne l'ont pas suggérée.

T-1229-95

T-1229-95

**Interprovincial Pipe Line Inc. and IPL Energy Inc.**  
(Applicants)

**Interprovincial Pipe Line Inc. et IPL Energy Inc.**  
(requérantes)

v.

a c.

**Minister of National Revenue** (Respondent)

**Ministre du Revenu national** (intimé)

**INDEXED AS: INTERPROVINCIAL PIPE LINE INC. v. M.N.R.**  
(T.D.)

b **RÉPERTORIÉ: INTERPROVINCIAL PIPE LINE INC. c. M.R.N.**  
(1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, Gibson J.—Calgary, September 5;  
Ottawa, October 13, 1995.

Section de première instance, juge Gibson—Calgary,  
5 septembre; Ottawa, 13 octobre 1995.

*Income tax — Practice — Privilege — Application under Income Tax Act, s. 232 to determine whether solicitor-client privilege validly claimed for auditors' notes, advice to applicants' counsel for purpose of providing legal advice — Applicants voluntarily disclosing information to auditors, subject to oral limitations, as required by Canada Business Corporations Act, s. 170 — Waiver depending on intention — Applicants intending to disclose privileged information only to assist in conduct of audit — Waiver for that limited purpose — Auditors lacking authority to waive privilege on behalf of applicants — Written statement of intent, formal arrangement re: auditors' notes advisable.*

c *Impôt sur le revenu — Pratique — Communications privilégiées — Requête en vertu de l'art. 232 de la Loi de l'impôt sur le revenu visant à déterminer si le privilège des communications entre client et avocat a été validement invoqué à l'égard de notes des vérificateurs et d'avis fournis à l'avocat des requérantes aux fins d'avis juridique — Les requérantes ont volontairement divulgué des renseignements aux vérificateurs, sous réserve de limites convenues verbalement, en conformité avec l'art. 170 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions — La renonciation est une question d'intention — Les requérantes n'avaient l'intention de divulguer les renseignements privilégiés que pour faciliter la vérification — Il y a eu renonciation à cette fin limitée — Les vérificateurs n'avaient pas le pouvoir de renoncer au privilège au nom des requérantes — Il serait souhaitable de procéder par déclaration écrite d'intention et de prévoir des dispositions formelles concernant les notes des vérificateurs.*

*Corporations — Canada Business Corporations Act, s. 170 requiring corporation to furnish whatever documents auditor demands — Auditors not directly invoking s. 170, but applicants aware of its existence, auditors' rights thereunder and voluntarily disclosing solicitor-client privileged information subject to oral limitations — S. 170 to be invoked only in manner limiting privilege to extent absolutely necessary — To be interpreted restrictively.*

f *Corporations — En vertu de l'art. 170 de La Loi canadienne sur les sociétés par actions, une société est tenue d'accéder à toute demande de documents du vérificateur — Les vérificateurs n'ont pas invoqué directement l'art. 170, mais les requérantes en connaissaient l'existence ainsi que les droits qu'il conférerait aux vérificateurs, et elles ont volontairement divulgué des renseignements protégés par le privilège des communications entre client et avocat, sous réserve de limites convenues verbalement — L'art. 170 devrait être invoqué uniquement de manière à limiter le privilège à ce qui est absolument nécessaire — Il doit être interprété restrictivement.*

This was an application under *Income Tax Act*, section 232 to determine whether solicitor-client privilege was validly claimed in respect of two groups of documents: (1) auditors' notes made in the course of an audit of the applicants, and (2) documents exchanged between the auditors' Edmonton and Toronto offices concerning advice provided by the auditors to independent counsel retained to give legal advice to applicants. There was no evidence that the applicants were aware of the existence of the group (2)

i *Il s'agit d'une requête présentée en vertu de l'article 232 de la Loi de l'impôt sur le revenu visant à déterminer si l'on peut valablement invoquer le privilège des communications entre client et avocat à l'égard de deux groupes de documents: (1) les notes prises par les vérificateurs au cours de la vérification des requérantes, et (2) des documents échangés entre les bureaux d'Edmonton et de Toronto des vérificateurs concernant des avis fournis par ces derniers à un avocat indépendant dont les requérantes avaient retenu*

documents. In conducting the audit, the auditors were entitled to rely on *Canada Business Corporations Act*, subsection 170(1) (which requires a corporation to furnish whatever documents the auditor demands). Subsection 170(1) was not directly invoked, but the applicants knew of its existence and of the auditor's rights thereunder, and voluntarily disclosed solicitor-client privileged information subject to strict oral limitations. The issues were: (1) whether solicitor-client privilege extended to the documents; and (2) if so, whether disclosure to auditors under section 170 constituted waiver of privilege, or waiver for a limited purpose only.

*Held*, solicitor-client privilege was validly claimed, subject to agreement to release privilege with respect to certain documents or portions of documents.

Subsection 170(1) gives an auditor the authority to demand access to documents which might interfere with solicitor-client confidentiality. It should be invoked only as necessary, and then in a manner that will limit the confidentiality or privilege only to the extent that is absolutely necessary. Subsection 170(1) must be interpreted restrictively. Since Parliament could easily have stated that any disclosure of a solicitor-client privileged document pursuant to subsection 170(1) amounted to a waiver of privilege for the purposes of tax investigations, but did not, it would be inappropriate to interpret subsection 170(1) more broadly than necessary to achieve the end clearly sought to be served.

Waiver depends on intention. The applicants intended to disclose the legal opinions only for the limited purpose of assisting in the conduct of the audit and examination of financial statements. The legal opinions were made available in accordance with the duty to assist under subsection 170(1). It would be contrary to public policy if making the legal opinions available for the audit automatically removed the cloak of privilege otherwise available. The disclosure of legal advice received by the applicants to its auditors was a waiver of solicitor-client privilege for a limited purpose and did not extend to a waiver for other purposes, such as disclosure by the auditors in response to the Minister's requirements.

les services afin qu'il leur fournisse un avis juridique. Rien dans la preuve n'indique que les requérantes connaissaient l'existence des documents de la seconde catégorie. Dans le cadre de la vérification, les vérificateurs étaient autorisés à se fonder sur le paragraphe 170(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (suivant lequel une société doit accéder à toute demande de documents du vérificateur). Le paragraphe 170(1) n'a pas été invoqué directement, mais les requérantes en connaissaient l'existence ainsi que les droits qu'il conférerait au vérificateur, et elles ont volontairement divulgué des renseignements protégés par le privilège des communications entre client et avocat, sous réserve de strictes limites convenues verbalement. Les questions en litige étaient les suivantes: (1) les documents étaient-ils couverts par le privilège des communications entre client et avocat? et (2) dans l'affirmative, leur divulgation aux vérificateurs, conformément à l'article 170, équivalait-elle à une renonciation au privilège, ou à une renonciation pour une fin limitée seulement?

*Jugement*: Le privilège des communications entre client et avocat a été valablement invoqué, sous réserve d'un accord sur la levée du privilège à l'égard de certains documents ou parties de documents.

Le paragraphe 170(1) confère au vérificateur le pouvoir de demander l'accès à des documents, lequel pouvoir peut empiéter sur la confidentialité des communications entre client et avocat. Il ne devrait être invoqué que lorsque cela est nécessaire, et de manière à limiter la confidentialité ou le privilège à ce qui est absolument nécessaire. Le paragraphe 170(1) doit être interprété restrictivement. Étant donné que le législateur aurait pu facilement prévoir que toute divulgation, en application du paragraphe 170(1), d'un document protégé par le privilège des communications entre client et avocat équivalait à une renonciation à ce privilège à des fins d'enquêtes fiscales, mais qu'il ne l'a pas fait, il serait inopportun d'interpréter le paragraphe 170(1) plus largement que nécessaire pour atteindre la fin clairement recherchée.

La renonciation est une question d'intention. Les requérantes avaient l'intention de divulguer les avis juridiques pour une fin limitée seulement, savoir collaborer à la vérification et à l'examen d'états financiers. L'accès aux avis juridiques a été donné en conformité avec l'obligation de collaboration aux termes du paragraphe 170(1). Il serait contraire à l'intérêt public si le fait de permettre l'accès aux avis juridiques à des fins de vérification soulevait automatiquement le voile du privilège pouvant par ailleurs être invoqué. La divulgation aux vérificateurs des avis juridiques reçus par les requérantes constituait une renonciation au privilège des communications entre client et avocat pour une fin limitée et ne s'étendait pas à d'autres fins, telle la divulgation par les vérificateurs en réponse aux exigences du Ministre.

If the doctrine of limited waiver is to be relied on, it would be prudent to set forth in writing the client's intent regarding limited waiver in any disclosure to its auditors of solicitor-client privileged information and in the formal arrangement between the client and its auditors. Further, there should be some more formal arrangement regarding the disposition of auditors' notes of complex legal advice on complex transactions once those notes have served their purpose.

The auditors' advice to the applicants' legal counsel was covered by solicitor-client privilege and the applicants were unaware of the disclosure of that advice to another office of the auditors, and therefore did not consent to its disclosure and waive privilege. Finally, the auditors had no authority to waive privilege on behalf of the applicants.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 170(1).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 231.2(1), 232(1) "judge", "solicitor-client privilege", (3.1)(b), (4)(a)(i),(ii), (5)(a), (b), (i),(ii)(A) (as am. by S.C. 1994, c. 13, s. 7), (B) (as am. *idem*), (9).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Playfair Developments Ltd v D/MNR*, [1985] 1 C.T.C. 302; (1985), 85 DTC 5155 (Ont. S.C.); *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 319; 22 C.P.R. (3d) 290 (C.A.); *British Coal Corp v Dennis Rye Ltd (No 2)*, [1988] 3 All ER 816 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.* (1994), 19 O.R. (3d) 537 (Gen. Div.).

APPLICATION under *Income Tax Act*, section 232 to determine whether solicitor-client privilege was validly claimed for auditors' notes and advice to the applicants' counsel for the purpose of providing legal advice to the applicants. Solicitor-client privilege was validly claimed, subject to agreement to release

Si l'on veut invoquer la théorie de la renonciation limitée, il serait prudent de consigner l'intention du client à cet égard lors de toute divulgation à ses vérificateurs de renseignements couverts par le privilège des communications entre client et avocat ainsi qu'au moment de la conclusion de l'entente officielle entre le client et ses vérificateurs. De plus, il serait souhaitable de prévoir des dispositions plus formelles concernant l'usage des notes des vérificateurs sur des avis juridiques complexes portant sur des opérations complexes, une fois la vérification terminée.

L'avis des vérificateurs à l'avocat des requérantes était couvert par le privilège des communications entre client et avocat, les requérantes n'étaient pas au courant de la divulgation de cet avis à un autre bureau des vérificateurs et, en conséquence, elles n'ont pas consenti à sa divulgation et ainsi renoncé au privilège. Enfin, les vérificateurs n'avaient pas le pouvoir de renoncer au privilège au nom des requérantes.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1, art. 170(1).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> Suppl.), ch. 1, art. 231.2(1), 232(1) «juge», «privilège des communications entre client et avocat», (3.1)(b), 4a)(i),(ii), 5a),b)(i),(ii)(A) (modifié par L.C. 1994, ch. 13, art. 7), (B) (mod., *idem*), (9).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Playfair Developments Ltd v D/MNR*, [1985] 1 C.T.C. 302; (1985), 85 DTC 5155 (C.S. Ont.); *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 319; 22 C.P.R. (3d) 290 (C.A.); *British Coal Corp v Dennis Rye Ltd (No. 2)*, [1988] 3 All ER 816 (C.A.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.* (1994), 19 O.R. (3d) 537 (Div. gén.).

REQUÊTE en vertu de l'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* visant à déterminer si le privilège des communications entre client et avocat a été validement invoqué à l'égard des notes des vérificateurs et des avis fournis à l'avocat dont les requérantes avaient retenu les services aux fins d'un avis juridique.

privilege in respect of certain documents or portions of documents.

COUNSEL:

*Mendy M. Chernos and Douglas S. Ewens, Q.C.*  
for applicants.  
*Douglas B. Titosky* for respondent.

SOLICITORS:

*McCarthy Tétrault*, Calgary, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

GIBSON J.: On May 8 and 15, 1995, requirements under subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act*<sup>1</sup> were served on Dennis Blumenthal of Price Waterhouse, Edmonton, by the respondent, for document production relating to Price Waterhouse's audit and examination of the 1993 consolidated financial statements of Interprovincial Pipe Line Inc. (the predecessor to IPL Energy Inc.) and for answers to certain questions. The applicants instructed their internal legal counsel to advance claims of solicitor-client privilege on behalf of the applicants with respect to certain of the documents and information in the possession of Price Waterhouse, Edmonton which allegedly evidenced legal advice obtained by the applicants. In the result, privilege was claimed in respect of 33 documents and with regard to information as to whether any officers, employees and representatives of the applicants had reviewed the relevant material in the hands of Price Waterhouse, Edmonton and, if so, who reviewed the material and when.

This application under section 232 [as am. by S.C. 1994, c. 13, s. 7] of the *Income Tax Act* resulted to determine the question of whether the claim to solicitor-client privilege is valid. The central provi-

Le privilège des communications entre client et avocat a été valablement invoqué, sous réserve, d'un accord sur la levée du privilège à l'égard de certains documents ou parties de documents.

a

AVOCATS:

*Mendy M. Chernos et Douglas S. Ewens, c.r.*,  
pour les requérantes.  
*Douglas B. Titosky* pour l'intimé.

b

PROCUREURS:

*McCarthy Tétrault*, Calgary, pour les requérantes.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

c

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

d

LE JUGE GIBSON: Les 8 et 15 mai 1995, l'intimé a, en vertu du paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>1</sup>, signifié à Dennis Blumenthal de la firme Price Waterhouse (Edmonton), des demandes l'enjoignant de produire des documents concernant la vérification et l'examen des états financiers consolidés pour l'année 1993 de la société Interprovincial Pipe Line Inc. (prédécesseur de IPL Energy Inc.), et de répondre à certaines questions. Les requérantes ont donné mandat à leur conseiller juridique interne d'invoquer en leur nom le privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne certains des documents et renseignements en la possession de Price Waterhouse (Edmonton) et faisant état de conseils juridiques obtenus par elles. Aussi un privilège a-t-il été invoqué à l'égard de 33 documents, de même qu'à l'égard de renseignements touchant la question de savoir si les dirigeants, employés et représentants de la partie requérante avaient examiné les documents pertinents en la possession de Price Waterhouse (Edmonton) et le cas échéant, le nom des personnes ayant procédé à cet examen et le moment où elles l'ont fait.

e

f

g

h

i

Il en est résulté la présente requête présentée en vertu de l'article 232 [mod. par L.C. 1994, ch. 13, art. 7] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour qu'il soit statué sur la question de savoir si l'on peut valable-

j

sions of section 232 of the *Income Tax Act* for the purpose of this application read as follows:

232. (1) In this section,

...

“judge” means a judge of a superior court having jurisdiction in the province where the matter arises or a judge of the Federal Court;

...

“solicitor-client privilege”, means the right, if any, that a person has in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary communication on the ground that the communication is one passing between the person and the person’s lawyer in professional confidence, except that for the purposes of this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be such a communication.

...

(3.1) Where, pursuant to sections 231.1 and 231.2, an officer is about to inspect or examine a document in the possession of a lawyer and the lawyer claims that a named client of the lawyer has a solicitor-client privilege in respect of that document, the officer shall not inspect or examine the document and the lawyer shall

(a) place the document, together with any other document in respect of which the lawyer at the same time makes the same claim on behalf of the same client, in a package and suitably seal and identify the package or, if the officer and the lawyer agree, allow the pages of the document to be initialed and numbered or otherwise suitably identified; and

(b) retain it and ensure that it is preserved until it is produced to a judge as required under this section and an order is issued under this section in respect of the document.

(4) Where a document has been seized and placed in custody under subsection (3) or is being retained under subsection (3.1), the client, or the lawyer on behalf of the client, may

(a) within 14 days after the day the document was so placed in custody or commenced to be so retained apply, on three clear days notice of motion to the Deputy Attorney General of Canada, to a judge for an order

(i) fixing a day, not later than 21 days after the date of the order, and place for the determination of the ques-

ment invoquer le privilège des communications entre client et avocat. Aux fins de cette requête, les dispositions centrales de l’article 232 sont ainsi conçues:

232. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

...

«juge» Juge d’une cour supérieure compétente de la province où l’affaire prend naissance ou juge de la Cour fédérale.

b

...

«privilège des communications entre client et avocat» Droit qu’une personne peut posséder, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confiance professionnelle sauf que, pour l’application du présent article, un relevé comptable d’un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication de cette nature.

d

...

(3.1) Le fonctionnaire qui, conformément aux articles 231.1 et 231.2, est sur le point d’inspecter ou examiner un document en la possession d’un avocat qui invoque le privilège des communications entre client et avocat au nom d’un de ses clients nommément désigné en ce qui concerne ce document ne peut ni inspecter ni examiner ce document et l’avocat doit:

a) d’une part, faire un colis du document ainsi que de tout autre document pour lequel il invoque, en même temps, le même privilège au nom du même client, bien sceller ce colis et bien le marquer, ou, si le fonctionnaire et l’avocat en conviennent, faire en sorte que les pages du document soient paraphées et numérotées ou autrement bien marquées;

b) d’autre part, retenir le document et s’assurer de sa conservation jusqu’à ce que, conformément au présent article, le document soit produit devant un juge et une ordonnance rendue concernant le document.

(4) En cas de saisie et mise sous garde d’un document en vertu du paragraphe (3) ou de rétention d’un document en vertu du paragraphe (3.1), le client ou l’avocat au nom de celui-ci peut:

a) dans les 14 jours suivant la date où le document a ainsi été mis sous garde ou a ainsi commencé à être retenu, après avis au sous-procureur général du Canada au moins trois jours francs avant qu’il soit procédé à cette requête, demander à un juge de rendre une ordonnance qui:

(i) d’une part, fixe la date—tombant au plus 21 jours après la date de l’ordonnance—et le lieu où il sera

tion whether the client has a solicitor-client privilege in respect of the document, and

(ii) requiring the production of the document to the judge at that time and place;

(b) serve a copy of the order on the Deputy Attorney General of Canada and, where applicable, on the custodian within 6 days of the day on which it was made and, within the same time, pay to the custodian the estimated expenses of transporting the document to and from the place of hearing and of safeguarding it; and

(c) if the client or lawyer has proceeded as authorized by paragraph (b), apply at the appointed time and place for an order determining the question.

(5) An application under paragraph (4)(c) shall be heard *in camera*, and on the application

(a) the judge may, if the judge considers it necessary to determine the question, inspect the document and, if the judge does so, the judge shall ensure that it is repackaged and resealed; and

(b) the judge shall decide the matter summarily and,

(i) if the judge is of the opinion that the client has a solicitor-client privilege in respect of the document, shall order the release of the document to the lawyer, and

(ii) if the judge is of the opinion that the client does not have a solicitor-client privilege in respect of the document, shall order

(A) that the custodian deliver the document to the officer or some other person designated by the Deputy Minister of National Revenue, in the case of a document that was seized and placed in custody under subsection (3), or

(B) that the lawyer make the document available for inspection or examination by the officer or other person designated by the Deputy Minister of National Revenue, in the case of a document that was retained under subsection (3.1),

and the judge shall, at the same time, deliver concise reasons in which the judge shall identify the document without divulging the details thereof.

The documents in which solicitor-client privilege is claimed are generally of two types: first, notes apparently prepared by partners or employees of Price Waterhouse, Edmonton in the course of conduct of the audit and examination of the 1993 consolidated

statué sur la question de savoir si le client bénéficie du privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne le document,

(ii) d'autre part, enjoint de produire le document devant le juge à la date et au lieu fixés;

b) signifier une copie de l'ordonnance au sous-procureur général du Canada et, le cas échéant, au gardien dans les 6 jours suivant la date où elle a été rendue et, dans ce même délai, payer au gardien le montant estimé des frais de transport aller-retour du document entre le lieu où il est gardé ou retenu et le lieu de l'audition et des frais de protection du document;

c) après signification et paiement, demander, à la date et au lieu fixés, une ordonnance où il soit statué sur la question.

(5) Une requête présentée en vertu de l'alinéa (4)c) doit être entendue à huis clos. Le juge qui en est saisi:

a) peut, s'il l'estime nécessaire pour statuer sur la question, examiner le document et, dans ce cas, s'assurer ensuite qu'un colis du document soit refait et que ce colis soit rescellé;

b) statue sur la question de façon sommaire:

(i) s'il est d'avis que le client bénéficie du privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne le document, il ordonne la restitution du document à l'avocat ou libère l'avocat de son obligation de le retenir, selon le cas,

(ii) s'il est de l'avis contraire, il ordonne:

(A) au gardien de remettre le document au fonctionnaire ou à quelque autre personne désignée par le sous-ministre du Revenu national, en cas de saisie et mise sous garde du document en vertu du paragraphe (3),

(B) à l'avocat de permettre au fonctionnaire ou à l'autre personne désignée par le sous-ministre du Revenu national d'inspecter ou examiner le document, en cas de rétention de celui-ci en vertu du paragraphe (3.1).

Le juge motive brièvement sa décision en indiquant de quel document il s'agit sans en révéler les détails.

De façon générale, on peut classer en deux catégories les documents à l'égard desquels le privilège des communications entre client et avocat est invoqué: d'abord des notes préparées apparemment par des associés ou employés de Price Waterhouse (Edmon-



financial statements of Interprovincial Pipe Line Inc., and documents exchanged between Price Waterhouse, Edmonton and Price Waterhouse, Toronto concerning advice provided by Price Waterhouse, Toronto to independent counsel retained by the applicants to, in turn, provide legal advice to the applicants. In respect of documents in the first category, some of them on their face disclose that the applicants were aware of their existence prior to the service of the requirements on Price Waterhouse, Edmonton by the respondent. In respect of documents in the second category, the documents themselves provide no evidence, and there was no evidence before me, that the applicants were aware of their existence prior to the service of the requirements.

In the conduct of its audit and examination, Price Waterhouse, Edmonton was entitled to rely on subsection 170(1) of the *Canada Business Corporations Act* which reads as follows:

**170. (1)** On the demand of an auditor of a corporation, the present or former directors, officers, employees or agents of the corporation shall furnish such

(a) information and explanations, and

(b) access to records, documents, books, accounts and vouchers of the corporation or any of its subsidiaries

as are, in the opinion of the auditor, necessary to enable him to make the examination and report required under section 169 and that the directors, officers, employees or agents are reasonably able to furnish.

In the cross-examination of James Andrew Telford on his affidavit filed on behalf of the applicants in this matter, the following exchanges took place relative to Price Waterhouse, Edmonton's reliance on section 170 of the *Canada Business Corporations Act* and the applicants' response in relation to legal opinions that they had received from outside counsel:

Q. Did they (Price Waterhouse, Edmonton) give you a reason for requesting those legal opinions?

ton) au cours de la vérification et de l'examen des états financiers consolidés d'Interprovincial Pipe Line Inc. pour l'année 1993, puis des documents échangés entre Price Waterhouse (Edmonton) et Price Waterhouse (Toronto) concernant des avis fournis par Price Waterhouse (Toronto) à un avocat indépendant dont les requérantes avaient retenu les services afin qu'il leur fournisse un avis juridique. En ce qui concerne les documents de la première catégorie, certains d'entre eux sont la preuve, à leur face même, que les requérantes en connaissaient l'existence avant la signification des demandes à Price Waterhouse (Edmonton) par l'intimé. En ce qui concerne les documents de la seconde catégorie, ils ne font pas preuve en soi que les requérantes en connaissaient l'existence avant la signification des demandes, et aucune autre preuve ne m'a été soumise à cet égard.

Dans le cadre de la vérification et de l'examen, Price Waterhouse (Edmonton) était autorisée à se fonder sur le paragraphe 170(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*<sup>2</sup>, lequel dispose:

**170. (1)** Les administrateurs, dirigeants, employés ou mandataires de la société, ou leurs prédécesseurs, doivent, à la demande du vérificateur:

a) le renseigner;

b) lui donner accès à tous les registres, documents, livres, comptes et pièces justificatives de la société ou de ses filiales,

dans la mesure où il l'estime nécessaire pour agir conformément à l'article 169 et où il est raisonnable pour ces personnes d'accéder à cette demande.

Au cours du contre-interrogatoire de James Andrew Telford sur l'affidavit qu'il a déposé au nom des requérantes en l'espèce, l'échange suivant a eu lieu au sujet de l'article 170 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* invoqué par Price Waterhouse (Edmonton) et de la réponse des requérantes concernant les avis juridiques reçus d'un avocat de l'extérieur:

[TRADUCTION] Q. Vous ont-ils (Price Waterhouse (Edmonton)) expliqué pourquoi ils exigeaient ces avis juridiques?

- A. They said that they had—I mean, they had a statutory right under the *Canada Business Corporations Act* to ask for whatever they wanted, and they felt that in order to provide a clear audit opinion and not qualify as to generally accepted auditing standards that they needed to review those legal opinions. a
- Q. Did they indicate that to you in writing or verbally?
- A. Verbally. Mr. Dennis Blumenthal, to me verbally. b
- Q. Did Mr. Blumenthal make specific reference to the *Canada Business Corporations Act* and his rights under that *Act*?
- A. I don't believe that Mr. Blumenthal specifically referred to the *Canada Business Corporations Act*. c
- Q. Did Mr. Blumenthal specifically refer to a right to see the legal opinions?
- A. Yes, he did. d
- Q. Did you agree with him?
- ... ..
- A. My understanding, in my position as Manager, Tax and Risk Management, and as a Chartered Accountant, was that Mr. Blumenthal was entitled to see those documents. e
- Q. What did you do, given that understanding?
- A. I requested the legal opinions be couriered to me from the law firms. I had a meeting with Mr. Blumenthal where I told him that basically I believe its paragraph 9 of my affidavit where I say that I considered the documents to be subject to privilege, that I did not wish to release that privilege, and that I was only doing so because he had demanded them as an auditor, that he was not to make any copies or notes or extracts of the documents. f
- Q. You specifically provided him not to make copies or notes of the —
- A. I specifically provided him not to. g
- Q. Did you do this in writing or orally?
- A. Orally. h
- ... ..
- Q. And do you recall what precisely you told Mr. Blumenthal during your meeting in mid-January, 1994? i
- R. Ils ont dit qu'ils avaient—qu'ils avaient le droit, en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, de demander ce qu'ils voulaient, et ils estimaient qu'afin de fournir un rapport de vérification clair et sans réserve, selon les normes généralement reconnues en la matière, ils devaient examiner ces avis juridiques.
- Q. Vous ont-ils dit cela par écrit ou verbalement?
- R. Verbalement, M. Dennis Blumenthal me l'a dit verbalement.
- Q. M. Blumenthal a-t-il invoqué spécifiquement la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et le droit que cette *Loi* lui conférait?
- R. Je ne crois pas que M. Blumenthal ait invoqué spécifiquement la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.
- Q. M. Blumenthal a-t-il invoqué spécifiquement un droit de consulter les avis juridiques?
- R. Oui.
- Q. Étiez-vous d'accord avec lui?
- ... ..
- R. Mon sentiment, en ma qualité de gestionnaire, fiscalité et risque, et à titre de comptable agréé, était que M. Blumenthal avait le droit de voir ces documents.
- Q. Qu'avez-vous fait, étant donné votre sentiment?
- R. J'ai demandé à ce que les cabinets juridiques me fassent parvenir les avis par courrier. J'ai eu une rencontre avec M. Blumenthal et je lui ai dit essentiellement ce que contient le paragraphe 9 de mon affidavit, soit que je considérais que les documents étaient sujets à un privilège, que je ne souhaitais pas renoncer à ce privilège et je le faisais uniquement parce qu'il les avait exigés à titre de vérificateur, qu'il ne devait pas prendre des copies, des notes ou des extraits des documents.
- Q. Vous lui avez demandé expressément de ne pas faire de copies ou prendre de notes des—
- R. Je lui ai demandé expressément.
- Q. L'avez-vous fait par écrit ou verbalement?
- R. Verbalement.
- ... ..
- Q. Et vous souvenez-vous précisément de ce que vous avez dit à M. Blumenthal pendant cette rencontre de la mi-janvier 1994? j

A. What I precisely told him is what is contained in paragraph 9 in my Affidavit. That's to the best of my recollection.

Q. And having communicated that to Mr. Blumenthal, did he respond?

A. It's my recollection that Mr. Blumenthal agreed with my terms.

Q. And on that basis he was allowed to review the documents?

A. That's correct.<sup>3</sup>

R. Ce que je lui ai dit précisément, c'est ce qui figure au paragraphe 9 de mon affidavit. C'est ce dont je me souviens.

Q. Et après avoir dit cela à M. Blumenthal, a-t-il répondu?

R. D'après mon souvenir, M. Blumenthal s'est dit d'accord avec mes conditions.

Q. Et c'est sur cette base qu'il a été autorisé à examiner les documents?

R. C'est exact<sup>3</sup>.

### POSITIONS OF THE PARTIES

The applicants assert that legal opinions provided to them by outside counsel are solicitor-client privileged and that that privilege extends to the notes produced by Price Waterhouse, Edmonton in the conduct of the audit and examination of the applicant's financial statements in the circumstances before me. The applicants argued that disclosure of the legal opinions to Price Waterhouse, Edmonton did not amount to a waiver of privilege or, if it did, it amounted to a waiver for a limited purpose only, that is, for the purpose of Price Waterhouse, Edmonton's audit and examination. In support of this position, the applicants argued that subsection 170(1) of the *Canada Business Corporations Act* should, in the absence of specific terminology to the contrary, be interpreted as interfering with solicitor-client privilege only to the extent absolutely necessary to achieve the ends of that provision and of provisions of the *Canada Business Corporations Act* related to it. They argued that any other interpretation of subsection 170(1) would be contrary to public policy since the result would be that compliance with the statutory duty would result in a waiver of a privilege that is seen to be in the public interest.

On behalf of the applicants, it was argued that the applicants did not intend to waive their privilege as evidenced by the exchange that apparently took place between James Andrew Telford on behalf of the applicants and Mr. Blumenthal on behalf of Price Waterhouse, Edmonton and that intent is the governing factor in the determination of whether or not there

### POSITIONS DES PARTIES

Les requérantes font valoir que les avis juridiques qui leur ont été fournis par un avocat externe sont protégés par le privilège des communications entre client et avocat et que ce privilège s'étend aux notes produites par Price Waterhouse (Edmonton) dans le cadre de la vérification et de l'examen des états financiers de la société, eu égard aux circonstances de la présente espèce. Les requérantes ont soutenu que la divulgation des avis juridiques à Price Waterhouse (Edmonton) n'équivalait pas à la renonciation au privilège, ou sinon à une renonciation pour une fin limitée seulement, savoir à des fins de vérification et d'examen. À l'appui de cette position, les requérantes ont allégué que le paragraphe 170(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* devrait, en l'absence de texte contraire, être interprété comme n'empiétant sur le privilège des communications entre client et avocat que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par cette disposition et les autres dispositions liées. Toute autre interprétation du paragraphe 170(1), ont-elles fait valoir, serait contraire à l'intérêt public puisque le respect de l'obligation imposée par la loi conduirait à la renonciation à un privilège lui-même considéré comme étant d'intérêt public.

Il a également été allégué que les requérantes n'avaient pas eu l'intention de renoncer à leur privilège, comme en témoigne l'échange qui a apparemment eu lieu entre James Andrew Telford, représentant des requérantes, et M. Blumenthal, représentant de Price Waterhouse (Edmonton), et que l'intention est le facteur déterminant en ce qui concerne la question de

has been a waiver of privilege under the law of Alberta which, it was agreed, is the appropriate law on the facts before me. Finally, with regard to the documents produced by Price Waterhouse, Edmonton, the applicants argued that to determine that the disclosure of legal opinions that took place by the applicants amounted to a waiver of privilege, other than for a limited purpose, would undermine the common interest of corporations, their auditors and the shareholders of corporations in full and open disclosure to auditors that is intended to ensure production of accurate audited financial statements.

In relation to the notes of advice provided to the applicants' outside counsel by Price Waterhouse, Toronto, the applicants argued that such notes were clearly subject to solicitor-client privilege as evidencing advice given in the course of development of legal advice and that there could not possibly be any waiver of that privilege by the applicants in circumstances where they were unaware of the provision of that information by Price Waterhouse, Toronto to Price Waterhouse, Edmonton.

Finally, on the information that the applicants refused to produce, the applicants argued that any examinations conducted by them of the documentation in the possession of Price Waterhouse, Edmonton were conducted in contemplation of litigation and therefore the identity of those who conducted any such examinations and when they did so is privileged information.

On behalf of the respondent, it was argued that documentation produced by independent auditors for their own purposes in the course of an audit and examination does not benefit from the solicitor-client privilege of the auditor's client in favour of the client. Further, the respondent argued that disclosure of documents subject to solicitor-client privilege, results in waiver whether or not the disclosure is under compulsion of law and that waiver for a limited purpose only is not recognized in Canadian law. With regard to the documentation evidencing advice provided by Price Waterhouse, Toronto, the respondent argued that there was no evidence before me that the

savoir s'il y a eu ou non renonciation au privilège sous le régime des lois de l'Alberta qui, cela est admis, s'appliquent aux faits qui me sont soumis. Enfin, en ce qui a trait aux documents produits par Price Waterhouse (Edmonton), les requérantes ont soutenu que conclure que la divulgation des avis juridiques par les requérantes équivalait à la renonciation au privilège autrement que pour une fin limitée, porterait atteinte à l'intérêt commun des sociétés, leurs vérificateurs et leurs actionnaires, savoir la pleine divulgation aux vérificateurs aux fins d'assurer l'exactitude des états financiers.

En ce qui concerne les notes fournies aux avocats externes des requérantes par Price Waterhouse (Toronto), les requérantes ont fait valoir que ces notes étaient clairement protégées par le privilège des communications entre client et avocat puisqu'il s'agissait d'opinions données dans le cadre de l'élaboration d'un avis juridique et qu'il n'a pu y avoir aucunement renonciation à ce privilège dans les circonstances étant donné que les requérantes n'étaient pas au courant de cette divulgation par Price Waterhouse (Toronto) à Price Waterhouse (Edmonton).

Enfin, en ce qui concerne les renseignements que les requérantes ont refusé de fournir, celles-ci ont soutenu que lorsqu'elles ont examiné les documents en la possession de Price Waterhouse (Edmonton), elles l'ont fait en prévision d'un litige et donc que l'identité des personnes ayant procédé à cet examen et le moment où elles l'ont fait constituent également des renseignements privilégiés.

Au nom de l'intimé, on a soutenu que les documents qu'un vérificateur indépendant produit pour ses propres fins dans le cadre d'une vérification et d'un examen ne sont pas protégés par le privilège des communications entre client et avocat dont bénéficie le client du vérificateur. De plus, l'intimé a fait valoir que divulguer des documents soumis au privilège des communications entre client et avocat équivaut à renoncer à ce privilège, indépendamment de l'obligation imposée par la loi, et que la notion de renonciation pour une fin limitée n'est pas reconnue en droit canadien. En ce qui concerne les avis fournis par Price Waterhouse (Toronto), l'intimé a affirmé que rien dans

applicants were unaware of this disclosure and that, if the applicants were aware, that awareness without objection amounted to a waiver of solicitor-client privilege.

## ANALYSIS

In *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*,<sup>4</sup> Lamer J., as he then was, speaking for the Supreme Court of Canada on the subject of solicitor-client privilege, stated at page 875:

It is quite apparent that the Court in that case [*Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821] applied a standard that has nothing to do with the rule of evidence, the privilege, since there was never any question of testimony before a tribunal or court. The Court in fact, in my view, applied a substantive rule, without actually formulating it, and, consequently, recognized implicitly that the right to confidentiality, which had long ago given rise to a rule of evidence, had also since given rise to a substantive rule.

It would, I think, be useful for us to formulate this substantive rule, as the judges formerly did with the rule of evidence; it could, in my view, be stated as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

By reference to the facts here at issue, subsection 170(1) of the *Canada Business Corporations Act*

la preuve n'indiquait que les requérantes n'étaient pas au courant de cette divulgation et que si elles l'étaient, l'absence d'objection de leur part équivalait à la renonciation au privilège des communications entre client et avocat.

## ANALYSE

Dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*<sup>4</sup>, la Cour suprême du Canada s'est exprimée ainsi sous la plume du juge Lamer, alors juge puîné, à la page 875:

De toute évidence la Cour, dans cette cause [*Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821], appliquait une norme qui n'a rien à voir avec la règle de preuve, le privilège, puisqu'en rien n'y était-il question de témoignages devant un tribunal quelconque. En fait la Cour, à mon avis, appliquait, sans par ailleurs la formuler, une règle de fond et, par voie de conséquence, reconnaissait implicitement que le droit à la confidentialité, qui avait depuis déjà longtemps donné naissance à une règle de preuve, avait aussi depuis donné naissance à une règle de fond.

Il est, je crois, opportun que nous formulions cette règle de fond, tout comme l'ont fait autrefois les juges pour la règle de preuve; elle pourrait, à mon avis, être énoncée comme suit:

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

Pour revenir aux faits de la présente espèce, le paragraphe 170(1) de la *Loi canadienne sur les*

clearly gives someone, an auditor, the authority to do something, demand access to records and documents, which, in the circumstances of the case, might interfere with solicitor-client confidentiality, as for example, when the respondent, as here, serves requirements for document production and information relating to the auditors' audit and examination of the financial statements of a client. In accordance with proposition 3, subsection 170(1) should be invoked only as necessary and then only in a manner that will limit the interference with the confidentiality or privilege to only the extent that is absolutely necessary. Further, by virtue of proposition 4, provisions such as subsection 170(1) must be interpreted restrictively.

On the facts before me, subsection 170(1) was not directly invoked on behalf of Price Waterhouse, Edmonton, but the applicants' knowledge of its existence and of the auditor's rights under that provision led to the disclosure of solicitor-client privileged information on a voluntary basis and only under strict limitations, albeit limitations that were only imposed orally.

In *Playfair Developments Ltd v D/MNR*,<sup>5</sup> Mr. Justice Galligan, at pages 307 and 308, reiterated the importance attached to preservation of solicitor-client privilege in the following terms:

If I tend to lean in favour of finding privilege, it is because, as has often been said, the confidentiality of a solicitor/client communication is very important. If in doubt, I think it is appropriate to uphold the privilege.

I find this statement to be consistent with the principle of interpreting subsection 170(1) of *Canada Business Corporations Act* restrictively.

In *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.*,<sup>6</sup> Chief Justice Laycraft held at pages 326 and 327:

*sociétés par actions* confère manifestement à une personne, le vérificateur, le pouvoir de faire quelque chose, soit demander l'accès à des registres et documents, lequel pouvoir, dans les circonstances propres à l'espèce, peut empiéter sur la confidentialité des communications entre client et avocat, par exemple lorsque, comme en l'espèce, l'intimé fait signifier une demande de production de documents et de fourniture de renseignements relatifs à la vérification et à l'examen par les vérificateurs des états financiers d'un client. Suivant la proposition 3, le paragraphe 170(1) ne devrait être invoqué que lorsque cela est nécessaire et en ce cas, seulement de manière à limiter l'empiètement sur la confidentialité ou le privilège à ce qui est absolument nécessaire. De plus, suivant la proposition 4, les dispositions tel le paragraphe 170(1) doivent être interprétées restrictivement.

D'après les faits qui me sont soumis, le paragraphe 170(1) n'a pas été invoqué directement au nom de Price Waterhouse (Edmonton), mais la connaissance qu'avaient les requérantes de son existence et des droits qu'il conférerait au vérificateur a conduit à la divulgation des renseignements privilégiés, sur une base volontaire et strictement limitée, bien que les limites n'aient été imposées que verbalement.

Dans la décision *Playfair Developments Ltd v D/MNR*<sup>5</sup>, le juge Galligan, aux pages 307 et 308, a réitéré en ces termes l'importance accordée à la préservation du privilège des communications entre client et avocat:

[TRADUCTION] Si j'ai tendance à conclure à l'existence d'un privilège, c'est en raison, comme on l'a souvent souligné, de la très grande importance de la confidentialité des communications entre client et avocat. En cas de doute, j'estime qu'il convient de confirmer l'existence du privilège.

Cet énoncé est à mon avis conforme au principe suivant lequel il convient d'interpréter restrictivement le paragraphe 170(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

Dans l'arrêt *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.*<sup>6</sup>, le juge en chef Laycraft a conclu ainsi aux pages 326 et 327:

It must first be noted that the director's inquiry is not a public proceeding. The director hears witnesses in private and even in the absence of other subjects of the inquiry and their solicitors. Secondly, to hand a privileged document to one party to litigation for the purpose of settlement or any other purpose, does not, in my opinion, show any intention that the privilege is thereby to terminate as to other parties or in related litigation.

The respondent also argued that the Caterpillar companies waived any privilege which existed by failing to object when the officer of [the other defendant] produced [the accountant's] report on his examination for discovery. The simple answer is that, even if one litigant has the status to interject on the examination for discovery of another, the objection is pointless if his co-defendant is resolved to produce the document. Waiver depends on intention. Failure to make a pointless objection does not, in my opinion, demonstrate that intention. [Underlining added by me for emphasis.]

This case is of particular importance in the context of this application for at least three reasons: first, it is a decision of the Alberta Court of Appeal and, under the definition "solicitor-client privilege" in subsection 232(1) of the *Income Tax Act*, it is the law of the province where the matter arises that is to be turned to, to determine the existence of solicitor-client privilege. It was not disputed before me that this matter arose in the province of Alberta. Second, Chief Justice Laycraft emphasizes in the underlined words that waiver depends on intention and the evidence before me discloses that the applicants' intention was to do all in their power to protect their solicitor-client privilege while complying with the demands of their auditors under the potential sanction of a qualified auditor's certificate and, ultimately, subsection 170(1) of *Canada Business Corporations Act*. Finally, in the first paragraph quoted above, Chief Justice Laycraft can be seen to imply approval of the doctrine of a limited waiver of solicitor-client privilege. If the doctrine of limited waiver is adopted, then, even if the disclosure of legal advice received by the applicants to its auditors amounted to a waiver of solicitor-client privilege, and I am satisfied that it did, then, consistent with the intent of the applicants, it can be found that that waiver was for a limited purpose and did not extend to a waiver for other purposes such as disclosure by the auditors in response to the requirements of the respondent.

[TRANSLATION] En premier lieu, il faut noter que l'enquête du directeur n'est pas publique. Celui-ci entend les témoins en privé et même en l'absence des autres personnes faisant l'objet de l'enquête et de leurs avocats. En second lieu, le fait de remettre un document privilégié à l'une des parties au litige à des fins de règlement ou autres ne traduit pas, à mon avis, l'intention de mettre ainsi fin au privilège à l'égard des autres parties ou d'un litige connexe.

L'intimé a également soutenu que les compagnies Caterpillar ont renoncé à tout privilège existant en ne soulevant aucune objection lorsque le représentant de [l'autre défendeur] a produit le rapport [du comptable] à l'interrogatoire préalable. Or si l'une des parties a qualité pour faire valoir des objections à l'interrogatoire préalable d'une autre partie, l'objection est vaine si son codéfendeur est résolu à produire le document. La renonciation est une question d'intention. À mon avis, le fait de ne pas soulever une vaine objection ne traduit pas cette intention. [Je souligne.]

Cet arrêt revêt une importance particulière dans le contexte de la présente requête, et cela pour au moins trois raisons: premièrement, il s'agit d'une décision de la Cour d'appel de l'Alberta et suivant la définition de l'expression «privilège des communications entre client et avocat» au paragraphe 232(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, c'est à la loi de la province où la question a pris naissance qu'il faut s'en remettre pour déterminer l'existence d'un tel privilège. Deuxièmement, le juge en chef Laycraft affirme, dans le passage souligné, que la renonciation est une question d'intention; or, il ressort de la preuve qui m'est soumise que l'intention des requérantes était de faire tout en leur pouvoir pour protéger leur privilège tout en obtempérant aux exigences de leurs vérificateurs qui pouvaient assortir leur rapport d'une réserve et, en dernière analyse, invoquer le paragraphe 170(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Enfin, dans le premier paragraphe précité, le juge en chef Laycraft semble approuver implicitement la théorie de la renonciation limitée au privilège des communications entre client et avocat. Selon cette théorie, même si en l'occurrence la divulgation aux vérificateurs des avis juridiques reçus par les requérantes équivalait à une renonciation au privilège des communications entre client et avocat, ce dont je suis convaincu, on peut conclure que, conformément à l'intention des requérantes, cette renonciation valait pour une fin limitée et ne s'étendait pas à d'autres fins telle la

The doctrine of limited waiver is clearly enunciated in *British Coal Corp v Dennis Rye Ltd (No 2)*.<sup>7</sup> Neill L.J. stated at pages 821-822:

Has anything happened which has caused that privilege to be waived or otherwise lost?

In my judgment the answer to this question is plainly No. Let it be assumed that all the documents have come into the possession of the defendants with the implied consent of the plaintiff and that it could be established that it would have supplied the . . . documents even without an order of the court. Nevertheless, it is clear that the plaintiff made the documents available for a limited purpose only, namely to assist in the conduct first of a criminal investigation and then of a criminal trial. This action by the plaintiff, looked at objectively as it must be, cannot be construed as a waiver of any rights available to it in the present civil action for the purpose of which the privilege exists.

. . .

In my judgment the action of the plaintiff in making documents available for the purpose of the criminal trial did not constitute a waiver of the privilege to which it was entitled in the present civil proceedings. Its action in regard to . . . the . . . documents was in accordance with its duty to assist in the conduct of the criminal proceedings, and could not properly be construed as an express or implied waiver of its rights in its own civil litigation. Indeed, it would in my view be contrary to public policy if the plaintiff's action in making the documents available in the criminal proceedings had the effect of automatically removing the cloak of privilege which would otherwise be available to them in the civil litigation for which the cloak was designed.

The foregoing passages can be adopted here by analogy. It was clearly the applicants' intent to disclose the legal opinions that it had received for a limited purpose only, namely to assist in the conduct of the audit and examination of its financial statements. It made the legal opinions available in accordance with its duty to assist that can be drawn from subsection 170(1) of the *Canada Business Corporations Act*. It would, in my view, be contrary to public policy if the applicants' action in making the legal opinions available for audit purposes "had the effect of automatically removing the cloak of privilege which would otherwise be available to them" on an audit by

divulgation par les vérificateurs en réponse aux exigences de l'intimé.

La théorie de la renonciation limitée est énoncée en termes clairs dans l'arrêt *British Coal Corp v Dennis Rye Ltd (No 2)*.<sup>7</sup> Le lord juge Neill y a dit ceci aux pages 821 et 822:

[TRADUCTION] Est-il survenu quelque chose qui ait pu entraîner la renonciation au privilège ou sa perte?

À mon avis, la réponse à cette question est clairement négative. Supposons que les défendeurs aient obtenu possession de tous les documents avec le consentement implicite de la demanderesse et qu'on pourrait établir que cette dernière aurait fourni les . . . documents même sans ordonnance de la cour. Il n'en reste pas moins que la demanderesse a donné accès aux documents pour une fin limitée seulement, savoir collaborer à une enquête criminelle, puis à un procès criminel. Cet acte de la demanderesse, considéré objectivement comme il se doit, ne peut être interprété comme une renonciation à un droit dont elle jouissait dans la présente instance civile aux fins de laquelle le privilège existe.

. . .

À mon avis, le fait pour la demanderesse de donner accès aux documents aux fins du procès criminel ne constituait pas une renonciation au privilège auquel elle avait droit dans la présente instance civile. La décision qu'elle a prise à l'égard . . . des . . . documents était conforme à son obligation de collaborer au déroulement de l'instance criminelle, et ne saurait être interprétée comme une renonciation expresse ou implicite à ses droits dans l'instance civile. De fait, il serait à mon avis contraire à l'intérêt public si la décision de la demanderesse de divulguer les documents dans l'instance criminelle avait automatiquement pour effet de soulever le voile du privilège dont elle pourrait autrement bénéficier dans l'instance civile pour laquelle il a été conçu.

Les passages qui précèdent peuvent être appliqués par analogie à la présente espèce. Les requérantes avaient en effet manifestement l'intention de divulguer les avis juridiques qu'elles avaient reçus pour une fin limitée seulement, savoir collaborer à la vérification et à l'examen de ses états financiers. Elles ont permis l'accès à ces avis juridiques en conformité avec leur obligation de collaboration découlant du paragraphe 170(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Il serait à mon avis contraire à l'intérêt public si la décision des requérantes de permettre l'accès aux avis juridiques aux fins de la vérification «avait automatiquement pour effet de soulever le voile du



the respondent. This conclusion is, I am satisfied, consistent with the propositions quoted above that have been enunciated by the Supreme Court of Canada and consistent with a strict interpretation of the impact on solicitor-client privilege of subsection 170(1) of the *Canada Business Corporations Act*. If Parliament had intended there to be a secondary purpose in subsection 170(1) of the *Canada Business Corporations Act* beyond the primary purpose of accuracy in financial reporting, it was open to it to enunciate that purpose by clear direct or indirect amendment to the *Income Tax Act* stating that any disclosure of a solicitor-client privileged document pursuant to subsection 170(1) amounted to a waiver of privilege for the purposes of tax investigations. Since Parliament did not do so, it would be inappropriate and, indeed, contrary to the principles enunciated in *Descôteaux*, to interpret subsection 170(1) more broadly than necessary to achieve the end clearly sought to be served.

Counsel drew my attention to the decision of Master Peppiatt of the Ontario Court (General Division) in *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*<sup>8</sup> where the learned Master, at page 545, referred to the statement of Chief Justice Laycraft in *Ed Miller Sales*, *supra*, to the effect that “to hand a privileged document to one party to litigation for the purpose of settlement or any other purpose, does not, in my opinion, show any intention that the privilege is thereby to terminate as to other parties or in related litigation”. The learned Master commented:

His Lordship cited no authority for this statement. While the judgment of an appellate court in another province is entitled to great respect, in this case it is contrary to authority in this province.

Counsel for the respondent cited authority from Ontario courts and from courts in the United States that the learned Master might have relied upon. With great respect, on the facts before me, and on the basis of the foregoing analysis, I prefer to adopt the doctrine of limited waiver that, as I stated earlier, I find implicit in the earlier-quoted statement of Chief

privilege dont elle pourrait autrement bénéficier» dans le cadre d’une vérification par l’intimé. Cette conclusion est, j’en suis persuadé, conforme aux principes précités formulés par la Cour suprême du Canada, de même qu’avec une interprétation stricte de l’effet du paragraphe 170(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* sur le privilège des communications entre client et avocat. Si le législateur avait voulu donner au paragraphe 170(1) un but accessoire au but premier d’assurer l’exactitude dans la publication de l’information financière, il lui était loisible de le faire clairement par une modification directe ou indirecte de la *Loi de l’impôt sur le revenu* disposant que toute divulgation, en application du paragraphe 170(1), d’un document protégé par le privilège des communications entre client et avocat équivaut à une renonciation à ce privilège aux fins des enquêtes fiscales. Le législateur n’ayant pas suivi cette voie, il serait inopportun, et de fait contraire aux principes de l’arrêt *Descôteaux*, d’interpréter le paragraphe 170(1) plus largement que nécessaire pour atteindre la fin clairement recherchée.

On a attiré mon attention sur la décision *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*<sup>8</sup> de la Cour de l’Ontario (Division générale), où le protonotaire Peppiatt, à la page 545, a renvoyé au passage de l’arrêt *Ed Miller Sales*, précité, où le juge en chef Laycraft dit que [TRADUCTION] «le fait de remettre un document privilégié à l’une des parties au litige à des fins de règlement ou autres ne traduit pas, à mon avis, l’intention de mettre ainsi fin au privilège à l’égard des autres parties ou d’un litige connexe». Le protonotaire Peppiatt a fait le commentaire suivant:

[TRADUCTION] Sa Seigneurie n’a cité aucune jurisprudence à l’appui de son affirmation. Certes, l’arrêt de la cour d’appel d’une autre province doit être considéré avec grand respect mais, en l’occurrence, il va à l’encontre de la jurisprudence de cette province.

L’avocat de l’intimé a cité quant à lui une jurisprudence ontarienne et américaine sur laquelle aurait pu se fonder le protonotaire. Avec égards, vu les faits qui me sont soumis et l’analyse qui précède, je préfère retenir la théorie de la renonciation limitée, laquelle découle à mon avis implicitement de l’énoncé précité du juge en chef Laycraft. Une fois de plus, j’estime

Justice Laycraft. Once again, I find it particularly appropriate to adopt this position since it is acknowledged by the parties that this matter arose in the province of Alberta.

A final cautionary note before I leave this aspect of this matter. The evidence before me relating to the intent of the applicants to limit any waiver arising from the disclosure to their auditors was entirely based on recollection of oral discussion between James Andrew Telford on behalf of the applicants and Mr. Blumenthal on behalf of Price Waterhouse, Edmonton. If the doctrine of limited waiver is to be relied on in future in similar circumstances, it would appear to me to be the prudent course of action to set forth in writing the client's intent regarding limited waiver in any disclosure to its auditors of solicitor-client privileged information and in the formal arrangement between the client and its auditors. Further, it would appear to me to be the height of unreasonable expectation to expect auditors, in the course of a highly complex audit and examination, to refrain from making notes of complex legal advice on complex transactions provided, as was here apparently the case, in response to a demand of the auditors, a stipulation with which the auditors here obviously did not comply. Some more formal arrangement regarding the disposition of such notes as between the client and the auditors, once those notes have served their purpose for the auditor, would appear to be desirable.

I turn then to the documents purportedly disclosing advice provided by Price Waterhouse, Toronto to outside counsel for the applicants in the course of preparation by counsel of legal advice for the applicants. That disclosure apparently took place in exchanges between Price Waterhouse, Toronto and Price Waterhouse, Edmonton. As indicated earlier, counsel for the respondent indicated that there was no evidence before me that the applicants were unaware of these exchanges. Unlike counsel for the respondent, I have now had the advantage of reviewing the documents in question. They bear no indication whatsoever that the applicants were provided with copies of these documents. I am prepared on this basis to assume that the applicants were unaware of these

que cette théorie est particulièrement appropriée étant donné que, les parties en conviennent, la présente question a pris naissance dans la province d'Alberta.

<sup>a</sup> Je terminerai sur ce point par une mise en garde. La preuve dont je dispose relativement à l'intention des requérantes de limiter toute renonciation résultant de la divulgation à leurs vérificateurs reposait entièrement sur le souvenir d'un entretien oral entre James Andrew Telford, représentant des requérantes, et M. Blumenthal, représentant de Price Waterhouse (Edmonton). Si l'on veut, à l'avenir et dans des circonstances analogues, invoquer la théorie de la renonciation limitée, il serait prudent, me semble-t-il, de consigner par écrit l'intention du client lors de toute divulgation à ses vérificateurs de renseignements couverts par le privilège des communications entre client et avocat ainsi qu'au moment de la conclusion de l'entente officielle entre le client et ses vérificateurs. De plus, il me semble hautement déraisonnable de s'attendre à ce que les vérificateurs, dans le cadre d'une vérification et d'un examen très complexes, s'abstiennent de prendre des notes sur des avis juridiques complexes portant sur des opérations complexes sauf, comme c'était apparemment le cas en l'espèce, à la demande des vérificateurs, clause que les vérificateurs n'ont manifestement pas observée en l'espèce. Il serait souhaitable de prévoir des dispositions plus formelles concernant l'usage de ces notes entre le client et les vérificateurs une fois la vérification terminée.

<sup>g</sup> J'aborderai maintenant la question des documents faisant apparemment état de l'avis fourni par Price Waterhouse (Toronto) à un avocat externe des requérantes dans le cadre de la préparation par cet avocat d'un avis juridique demandé par les requérantes. Cette divulgation a apparemment eu lieu au cours d'échanges entre Price Waterhouse (Toronto) et Price Waterhouse (Edmonton). Comme nous l'avons indiqué précédemment, l'avocat de l'intimé a soutenu que rien dans la preuve n'établissait que les requérantes n'étaient pas au courant de ces échanges. Mais contrairement à l'avocat de l'intimé, j'ai eu l'avantage d'examiner les documents en cause. Or rien ne permet d'en conclure que les requérantes en aient obtenu copie, d'où ma disposition à présumer qu'elles n'étaient pas

documents. Since it was not disputed before me that solicitor-client privilege extends to advice provided by professionals retained by outside counsel in the course of preparation of legal advice to the counsel's client, I am satisfied that, first, the advice of Price Waterhouse, Toronto to outside legal counsel was covered by solicitor-client privilege, second, that the applicants were unaware of the disclosure of that advice by Price Waterhouse, Toronto to Price Waterhouse, Edmonton and therefore did not consent to its disclosure and thus waive privilege, and finally, that Price Waterhouse, Toronto had no authority to waive privilege on behalf of the applicants. My review of the documents in this category has been conducted in accordance with these principles.

Finally, I turn to the information regarding examinations conducted by officers, employees or representatives of the applicants that the applicants' claim is privileged. Examination of claims to privilege with respect to such information does not easily fit within the scheme of section 232 of the *Income Tax Act*. Indeed, I conclude it does not fit at all. For that reason, no order is made with respect to the claim to privilege regarding that information. That being said, it should be abundantly apparent that one or more officers, employees or representatives of the applicants examined documents in the possession of Price Waterhouse, Edmonton relating to the audit and examination of the 1993 consolidated financial statement of Interprovincial Pipe Line Inc. How else would the claim for privilege asserted in respect of certain of those documents have arisen? Having so concluded, I am not certain that the identity of the officers, employees or representatives who reviewed the files and the date or dates when the review was conducted is particularly relevant if the respondent has received assurances, as he has, that no information or documentation was removed, transferred, culled, destroyed or altered, except as disclosed, with respect to the documents on which privilege is claimed.

### CONCLUSION

Against the foregoing analysis, with the assistance of counsel for the applicants, and in the absence of

au courant de leur existence. Comme il n'a pas été contesté que le privilège des communications entre client et avocat s'étend aux avis fournis par des professionnels dont les services ont été retenus par un avocat externe dans le cadre de la préparation d'un avis juridique destiné à son client, je suis persuadé, primo, que l'avis de Price Waterhouse (Toronto) à l'avocat externe était couvert par le privilège, secundo, que les requérantes n'étaient pas au courant de la divulgation de cet avis par Price Waterhouse (Toronto) à Price Waterhouse (Edmonton) et qu'en conséquence elles n'ont pas consenti à sa divulgation et partant renoncé au privilège, et enfin, que Price Waterhouse (Toronto) n'avait aucunement le pouvoir de renoncer au privilège au nom des requérantes. C'est conformément à ces principes que j'ai procédé à l'examen des documents de cette catégorie.

Enfin, j'en viens aux renseignements concernant l'examen auquel ont procédé les dirigeants, employés ou représentants des requérantes et que celles-ci considèrent comme privilégiés. L'analyse de cette prétention n'entre pas facilement dans le cadre de l'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. De fait, j'arrive à la conclusion qu'elle n'y entre pas du tout. Pour ce motif, aucune ordonnance n'est prononcée à l'égard de ces renseignements. Cela dit, il est non plus clair qu'un ou plusieurs dirigeants, employés ou représentants des requérantes ont examiné les documents en la possession de Price Waterhouse (Edmonton) concernant la vérification et l'examen des états financiers consolidés d'Interprovincial Pipe Line Inc. pour l'année 1993. Autrement, comment aurait-il pu invoquer un privilège sur certains de ces documents? Vu ma conclusion, je ne suis pas certain que l'identité des dirigeants, employés ou représentants ayant examiné les dossiers, de même que la ou les dates de cet examen soient particulièrement pertinentes dans la mesure où l'intimé a reçu l'assurance qu'aucun renseignement ou document à l'égard desquels un privilège est invoqué n'a été retiré, transféré, supprimé, détruit ou altéré, sauf tel que divulgué.

### CONCLUSION

Compte tenu de l'analyse qui précède, avec l'assistance de l'avocat des requérantes et en l'absence de

counsel for the respondent, I reviewed the documents in respect of which privilege is claimed. As I indicated early on in these reasons, there are 33 such documents. They were provided to me in two packages, the first containing 30 documents and the second 3 documents. Each package was covered by an index and a copy of each index was provided to the respondent. At the opening of the hearing before me, counsel for the applicants released the applicants' claim to privilege in respect of documents 7, 8 and 26 in the first package and document 3 in the second package. Counsel also released the applicants' claim to privilege in respect of portions of documents 4, 5, 6, 13, 15 and 23 in the first package. During my examination of the documents in the presence of counsel for the applicants, counsel further released the applicants' claim to privilege in respect of a portion of document 25 in the first package. Also during my examination of the document in the presence of counsel for the applicants, I found myself to have a different view from counsel as to whether or not a document should be severed in order to provide as much information as possible to the respondent. If I do not do an injustice, the view of counsel was that the totality of the document should be protected unless a substantive portion of the document can be disclosed. With great respect, that would involve me in an attempt to exercise discretion as to what might or might not be of use to the defendant in his investigation and, inevitably, in the withholding of information, however innocuous, that is not subject to a valid claim of solicitor-client privilege. Accordingly, in my final examination of the documents, I have concluded in favour of releasing to the respondent all information, no matter how trivial I might consider it to be, that I do not regard, in itself, as being the subject of a valid claim to solicitor-client privilege. My conclusions in this regard are set out in my order.

#### TREATMENT OF COURT FILE

Paragraph 6 of the interim order in this matter provides as follows:

The existing court file in this proceeding, and any further materials filed in this proceeding, shall be sealed until further order of This Honourable Court.

l'avocat de l'intimé, j'ai examiné les documents à l'égard desquels un privilège est invoqué. Comme je l'ai indiqué au début, les documents sont au nombre de 33. Ils m'ont été présentés en deux colis, le premier contenant 30 documents et le second, 3. À chaque colis était joint un index, dont copie a été fournie à l'intimé. À l'ouverture de l'audience, l'avocat des requérantes s'est désisté de la demande de privilège en ce qui concerne les documents 7, 8 et 26 du premier colis, ainsi que le document 3 du second colis. Il s'est également désisté de la demande de privilège en ce qui concerne certaines parties des documents 4, 5, 6, 13, 15 et 23 du premier colis. Pendant mon examen en sa présence, l'avocat des requérantes s'est en outre désisté de la demande de privilège eu égard à une partie du document 25 du premier colis. Toujours pendant mon examen, j'ai divergé d'opinion sur la question de savoir s'il y avait lieu de scinder un document afin de fournir le plus d'information possible à l'intimé. Si je ne m'abuse, l'avocat considérait qu'il convenait de protéger la totalité du document à moins qu'une partie substantielle de celui-ci puisse être divulguée. Avec égards, j'aurais été ainsi amené à exprimer mon appréciation personnelle quant à l'utilité des renseignements pour l'investigation de la partie défenderesse et, inévitablement, à retenir des renseignements qui, tout inoffensifs qu'ils soient, ne font pas l'objet d'une demande valable de privilège des communications entre client et avocat. En conséquence, dans mon examen final des documents, j'ai tranché en faveur de la divulgation à l'intimé de tous les renseignements, aussi banals me soient-ils apparus, que je ne considère pas, en soi, comme pouvant faire l'objet d'une demande valide de privilège. Mes conclusions à cet égard sont énoncées dans l'ordonnance.

#### TRAITEMENT DU DOSSIER DE LA COUR

Le paragraphe 6 de l'ordonnance provisoire prononcée en l'espèce prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] Le dossier de la cour ainsi que toute nouvelle pièce déposée dans la présente instance seront scellés jusqu'à ordonnance contraire de cette Cour.

Materials added to the file since the date of that order include the applicants' record, the written submissions of the respondent, the book of authorities of the respondent, the packages of documents handed to me sealed and that are the subject of the application, the transcript of the hearing before me and a letter dated October 11, 1995 addressed to me from counsel for the applicants. I consulted with counsel on whether or not the file documentation other than the documents that are the subject of the application could be opened to the public on the principle that files of this Court are, in the absence of compelling reasons, open for public examination. Counsel agreed that all documentation on the file could be made open with the exception of the documents that are the subject-matter of the application and of certain references in the applicants' record and in the transcript to third parties with whom the applicants are involved in confidential business relationships. On that basis, I invited counsel for the applicants to review the applicants' record and the transcript and suggest to me appropriate deletions. Counsel's letter of October 11 is a response to this invitation. Subject to my review of the recommended deletions and my final decision with respect to them, my order will provide for the treatment of this file, other than the documents that are the subject of the application, as any other file in the registry of this Court.

### COSTS

Counsel drew to my attention the fact that subsection 232(9) of the *Income Tax Act* provides as follows:

232. ...

(9) No costs may be awarded on the disposition of any application under this section.

Accordingly, no costs will be awarded to either party.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, as amended.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. C-44, as amended.

<sup>3</sup> Transcript of cross-examination on affidavit of James Andrew Telford, Edmonton, Alberta, June 23, 1995, at pp.

Les pièces ajoutées au dossier depuis la date de cette ordonnance comprennent le dossier des requérantes, les observations écrites de l'intimé, la liste des autorités de l'intimé, les colis de documents scellés faisant l'objet de la requête, la transcription de l'audience que j'ai présidée ainsi qu'une lettre datée du 11 octobre 1995 que m'a adressée l'avocat des demandesses. J'ai consulté les avocats pour savoir si le dossier documentaire, autre que les documents faisant l'objet de la requête, pouvait être public étant donné le principe de la publicité des dossiers de cette Cour sauf motifs impérieux. Les avocats ont convenu que tous les documents au dossier pouvaient être publics, à l'exception des documents faisant l'objet de la requête et de certains renvois, dans le dossier des requérantes et dans la transcription, à des tiers avec qui les requérantes entretiennent des relations d'affaires confidentielles. J'ai donc invité l'avocat des requérantes à revoir son dossier ainsi que la transcription et à me suggérer les suppressions désirées. La lettre du 11 octobre est la réponse à cette invitation. Sous réserve de l'examen des suppressions recommandées et de la décision définitive que je rendrai à cet égard, l'ordonnance établira que le présent dossier, à l'exclusion des documents faisant l'objet de la requête, sera traité de la même façon que tout autre dossier déposé au greffe de cette Cour.

### DÉPENS

Les avocats ont attiré mon attention sur le fait que le paragraphe 232(9) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dispose:

232. ...

(9) Il ne peut être adjugé de frais sur la décision rendue au sujet d'une requête prévue par le présent article.

En conséquence, il ne sera adjugé de frais à aucune des parties.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, modifié.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. C-44, mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1.

<sup>3</sup> Transcription du contre-interrogatoire sur affidavit de James Andrew Telford, Edmonton (Alberta), 23 juin 1995,

8, 12 to 14, and 20. Applicant's record, Tab E. Paragraph 9 of Mr. Telford's affidavit referred to reads as follows:

9. All of the Privileged Documents evidence legal advice provided by Outside Counsel to IPL with respect to the Transaction or other business of IPL, and are therefore solicitor-client privileged. IPL has not waived, and wishes to preserve, that privilege. IPL provided the privileged information referenced in the Privileged Documents to Blumenthal in or about January of 1994 only because Price Waterhouse demanded it in its capacity as IPL's auditors, because IPL was statutorily compelled to comply with that demand, and because IPL needed to ensure full disclosure was made to Price Waterhouse to allow Price Waterhouse to conduct a complete audit. In doing so, IPL never intended to waive, and indeed expressed its intention to preserve, its proper claim to solicitor-client privilege in respect of that information. I specifically told Blumenthal that IPL considered the legal advice in question to be solicitor-client privileged information of IPL, that IPL would not release and wished to retain that privilege, and that accordingly Price Waterhouse should not take copies or make notes of that legal advice.

<sup>4</sup> [1982] 1 S.C.R. 860.

<sup>5</sup> [1985] 1 C.T.C. 302 (Ont. S.C.).

<sup>6</sup> (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 319 (C.A.).

<sup>7</sup> [1988] 3 All ER 816 (C.A.).

<sup>8</sup> (1994), 19 O.R. (3d) 537 (Gen. Div.).

aux p. 8, 12 à 14 et 20. Dossier de la partie requérante, onglet E. Voici le texte du paragraphe 9 de l'affidavit de M. Telford:

[TRANSDUCTION] 9. Tous les documents privilégiés constituent des avis juridiques fournis par des conseillers indépendants d'IPL au sujet de l'opération ou d'autres affaires de la société et bénéficient donc du privilège des communications entre client et avocat. IPL n'a pas renoncé à ce privilège et souhaite le conserver. IPL a fourni les renseignements privilégiés contenus dans les documents privilégiés à Blumenthal en janvier 1994, uniquement parce que Price Waterhouse les avaient exigés en sa qualité de vérificateur d'IPL, parce qu'IPL était tenu par la loi de se conformer à cette exigence et parce qu'IPL devait faire en sorte que Price Waterhouse ait accès à toute l'information pour lui permettre de procéder à une vérification complète. Ce faisant, IPL n'a jamais eu l'intention de renoncer à son propre droit d'invoquer le privilège des communications entre client et avocat à l'égard de ces renseignements, et elle a de fait exprimé son intention de préserver ce droit. J'ai dit expressément à Blumenthal qu'IPL considérait que les avis juridiques en cause étaient protégés par le privilège des communications entre client et avocat, qu'elle ne voulait pas y renoncer et souhaitait le conserver, et qu'en conséquence Price Waterhouse ne devait pas prendre des copies ou des notes de ces avis juridiques.

<sup>4</sup> [1982] 1 R.C.S. 860.

<sup>5</sup> [1985] 1 C.T.C. 302 (C.S. Ont.).

<sup>6</sup> (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 319 (C.A.).

<sup>7</sup> [1988] 3 All ER 816 (C.A.).

<sup>8</sup> (1994), 19 O.R. (3d) 537 (Div. gén.).

T-2656-94

T-2656-94

**Sagkeeng Education Authority Inc. (Applicant)****Sagkeeng Education Authority Inc. (requérante)**

v.

c.

**Alma Jean Guimond and Thomas A. Goodman**  
(Respondents)**Alma Jean Guimond et Thomas A. Goodman**  
(intimés)**INDEXED AS: SAGKEENG EDUCATION AUTHORITY INC. v.**  
**GUIMOND (T.D.)****RÉPERTORIÉ: SAGKEENG EDUCATION AUTHORITY INC. c.**  
**GUIMOND (1<sup>re</sup> INST.)**Trial Division, Noël J.—Winnipeg, October 25;  
Ottawa, November 15, 1995.Section de première instance, juge Noël—Winnipeg,  
25 octobre; Ottawa, 15 novembre 1995.

*Labour relations — Judicial review of Adjudicator's finding of unjust dismissal — Respondent entering into permanent teaching contract in 1981 — In 1983, School Board changing policy, requiring teachers to sign annual contracts — Respondent signing annual contracts for ten years — In 1993 contract not renewed — Dismissal pre-condition to Adjudicator's jurisdiction under Canada Labour Code, s. 240(1) — By signing first, subsequent annual contracts respondent consenting to, bound by, variation — No legal right to permanent employment — Unequal bargaining position not ground to repudiate contract — Decision not to renew contract not "dismissal" within s. 240(1) — Adjudicator lacked jurisdiction to hear complaint.*

*Relations du travail — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par un arbitre relativement à un congédiement injuste — L'intimée avait signé un contrat d'enseignement permanent en 1981 — En 1983, le Conseil scolaire a modifié sa politique et exigé des enseignants qu'ils signent des contrats annuels — L'intimée a signé des contrats annuels pendant dix ans — En 1993, son contrat n'a pas été renouvelé — Le congédiement est une condition préalable à la compétence de l'arbitre sous le régime de l'art. 240(1) du Code canadien du travail — En signant le premier contrat et les contrats subséquents, l'intimée a consenti à la modification et était liée par elle — Il n'existe aucun droit à un emploi permanent — L'inégalité des pouvoirs de négociation n'est pas un motif permettant de répudier un contrat — La décision de ne pas renouveler le contrat ne constitue pas un «congédiement» au sens de l'art. 240(1) — L'arbitre n'avait pas le pouvoir d'entendre la plainte.*

This was an application for judicial review of an adjudicator's finding of unjust dismissal. In September, 1981 the respondent Guimond entered into a permanent teaching contract with the Fort Alexander Band School Board on behalf of the applicant. In 1983 the Board changed its employment practice and required teachers to sign annual contracts, notwithstanding that some teachers had previously entered into permanent teaching contracts. The respondent had entered into such annual contracts until 1993 when her contract was not renewed. The Adjudicator held that by requiring the respondent to sign an annual contract despite the "permanent" teaching contract, the applicant arbitrarily altered the employment relationship "under the guise of termination and replacement". He found that a refusal to sign the annual contracts would have invited termination, and added that the inequality of bargaining power in favour of the employer made the employer's unilateral alteration of the employment relationship "unconscionable".

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un arbitre relativement à un congédiement injuste. En septembre 1981, l'intimée Guimond a passé avec le Fort Alexander Band School Board (le Conseil) pour le compte de la requérante un contrat par lequel celle-ci convenait de l'employer comme «enseignante permanente». En 1983, le Conseil a modifié sa pratique d'emploi et exigé que les enseignants signent des contrats annuels, malgré le fait que certains enseignants avaient déjà conclu des contrats d'enseignement permanent. L'intimée a signé de tels contrats annuels jusqu'en 1993, année où son contrat n'a pas été renouvelé. L'arbitre a jugé qu'en obligeant l'intimée à signer un contrat annuel malgré l'existence d'un contrat d'enseignement «permanent», la requérante avait modifié arbitrairement les relations de travail «sous l'apparence de la cessation d'un contrat et de son remplacement». Il a conclu que le refus de signer les contrats annuels aurait mené à la cessation du contrat et il a ajouté que l'inégalité du pouvoir de négociation en faveur de l'employeur a rendu «répréhensible sur le plan moral» la modification unilatérale des relations de travail par l'employeur.

An essential pre-condition to an adjudicator's jurisdiction to consider a complaint of unjust dismissal under *Canada*

L'une des conditions essentielles préalables à l'examen par l'arbitre d'une plainte de congédiement injuste sous le

*Labour Code*, subsection 240(1) is for the complainant to establish that he or she has been dismissed. The issue was whether the respondent was dismissed from her employment.

*Held*, the application should be allowed.

An employment policy introduced by an employer does not become a term of the employment contract unless and until it has been clearly agreed to by the employee. Knowledge of the policy by an employee while continuing in the same employment without asserting any objection will not necessarily be construed as acquiescence particularly where a denunciation of the policy could invite termination. However, if there is clear and unequivocal acceptance of the policy as a term of employment, the policy is binding on the employee. By signing the first annual contract and each one thereafter over a ten-year period, the respondent consented, in the clearest way possible, to the variation to the contract proposed by her employer. The Adjudicator erred in failing to take note of this acceptance.

If the Adjudicator's holding was that the respondent should be relieved from the contract on the sole ground that her bargaining position was inferior to that of the employer, then such decision was entirely without legal foundation. Unequal bargaining positions have never been held to be a ground for allowing an employee to repudiate the terms of a contract. There was nothing "unconscionable" about the circumstances in which the respondent chose to accept the modified terms of employment. There is no legal right to permanent employment. An employer may attempt to change the fundamental terms of an employment contract, in which case an employee may accept or refuse to adhere to changes. If an employee refuses, an employer cannot compel acceptance, but retains the right to terminate employment provided that reasonable notice is given.

The applicant's decision not to renew the last contract was made in conformity with its terms and did not result in a dismissal within the meaning of subsection 240(1) of the *Canada Labour Code*. As the complainant was not dismissed, the Adjudicator lacked jurisdiction to consider the complaint under Code, section 242.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 240(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15), 242 (as am. *idem*, s. 16), 243.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

régime du paragraphe 240(1) du *Code canadien du travail* est que le plaignant prouve qu'il a été congédié. La question était de savoir si l'intimée avait été congédiée.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

Une politique d'emploi introduite par l'employeur ne devient une condition du contrat de travail que si elle a été clairement acceptée par l'employé. La connaissance de la politique par un employé pendant qu'il continue d'occuper le même emploi sans formuler d'opposition ne sera pas nécessairement interprétée comme un acquiescement, notamment lorsqu'une dénonciation de la politique pourrait mener à une mise à pied. Cependant, s'il y a acceptation claire et non équivoque de la politique en tant que condition d'emploi, la politique lie l'employé. En signant le premier contrat annuel et chacun des autres par la suite au cours d'une période de dix ans, l'intimée a consenti, le plus clairement possible, à la modification proposée au contrat par son employeur. L'arbitre a commis une erreur en ne prenant pas cette acceptation en considération.

Si la décision de l'arbitre statuait que l'intimée aurait dû être relevée de son contrat pour le seul motif que son pouvoir de négociation était inférieur à celui de son employeur, cette décision n'avait alors absolument aucun fondement juridique. L'inégalité des pouvoirs de négociation n'a jamais été jugée comme étant un motif permettant à un employé de répudier son contrat d'emploi. Il n'y avait rien de «répréhensible sur le plan moral» quant aux circonstances dans lesquelles l'intimée a choisi d'accepter les conditions d'emploi modifiées. Il n'existe pas de droit à un emploi permanent. L'employeur peut essayer de modifier les dispositions fondamentales d'un contrat de travail, auquel cas l'employé a le choix d'accepter ou de refuser de telles modifications. Si l'employé refuse ces modifications, l'employeur n'est pas en mesure d'exiger qu'elles soient acceptées, mais il conserve le droit de mettre fin à l'emploi pourvu que soit donné un avis raisonnable.

La décision de la requérante de ne pas renouveler le dernier contrat a été prise conformément aux dispositions de ce dernier et ne constituait pas un congédiement au sens du paragraphe 240(1) du *Code canadien du travail*. Comme la plaignante n'a pas été congédiée, l'arbitre n'avait pas compétence pour examiner la plainte en vertu de l'article 242 du Code.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 240(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 15), 242 (mod., *idem*, art. 16), 243.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).



## CASES JUDICIAALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652; (1993), 109 D.L.R. (4th) 272; 18 Admin. L.R. (2d) 67; 1 C.C.E.L. (2d) 75; 94 CLLC 14,006; 161 N.R. 66 (C.A.); *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354; (1995), 81 F.T.R. 110 (C.A.); *Srougi v. Lufthansa German Airlines* (1988), 93 N.R. 244 (F.C.A.); *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *Eskasoni School Board and Eskasoni Band Council v. MacIssac et al.* (1986), 69 N.R. 315 (F.C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Wiebe v. Central Transport Refrigeration (Man.) Ltd.* (1994), 95 Man. R. (2d) 65; [1994] 6 W.W.R. 305 (C.A.); *Hill v. Peter Gorman Ltd.* (1957), 9 D.L.R. (2d) 124 (Ont. C.A.); *Pronovost v. Northwest Accept. Corp.* (1983), 48 B.C.L.R. 281 (S.C.); *Starcevich v. Woodward's Ltd.* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 254; 37 C.C.E.L. 46 (S.C.).

## REFERRED TO:

*Beothuk Data Systems Ltd. v. Dean*, [1996] 1 F.C. 451 (T.D.); *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham*, [1994] 3 F.C. 449; (1994), 79 F.T.R. 53 (T.D.).

APPLICATION for judicial review of an adjudicator's finding of unjust dismissal arising from the employer's refusal to renew the respondent's contract which the employee had signed annually for ten years notwithstanding that she had previously entered into a permanent teaching contract. Application allowed for lack of jurisdiction as there was no dismissal.

## COUNSEL:

*Jeffrey J. Palamar* for applicant.  
*Marc M. Monnin* for respondents.

## SOLICITORS:

*Taylor, McCaffrey*, Winnipeg, for applicant.  
*Aikins, MacAulay & Thorvaldson*, Winnipeg, for respondents.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652; (1993), 109 D.L.R. (4th) 272; 18 Admin. L.R. (2d) 67; 1 C.C.E.L. (2d) 75; 94 CLLC 14,006; 161 N.R. 66 (C.A.); *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354; (1995), 81 F.T.R. 110 (C.A.); *Srougi c. Lufthansa German Airlines* (1988), 93 N.R. 244 (C.A.F.); *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *Eskasoni School Board et Eskasoni Band Council c. MacIssac et al.* (1986), 69 N.R. 315 (C.A.F.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Wiebe v. Central Transport Refrigeration (Man.) Ltd.* (1994), 95 Man. R. (2d) 65; [1994] 6 W.W.R. 305 (C.A.); *Hill v. Peter Gorman Ltd.* (1957), 9 D.L.R. (2d) 124 (C.A. Ont.); *Pronovost v. Northwest Accept. Corp.* (1983), 48 B.C.L.R. 281 (C.S.); *Starcevich v. Woodward's Ltd.* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 254; 37 C.C.E.L. 46 (C.S.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Beothuk Data Systems Ltd. c. Dean*, [1996] 1 C.F. 451 (1<sup>re</sup> inst.); *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449; (1994), 79 F.T.R. 53 (1<sup>re</sup> inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un arbitre relativement à un congédiement injuste découlant du refus de l'employeur de renouveler le contrat de l'intimée que l'employée avait signé chaque année pendant dix ans, malgré le fait qu'elle avait déjà signé un contrat d'enseignement permanent. Demande accueillie pour absence de compétence vu qu'il n'y avait pas eu congédiement.

## AVOCATS:

*Jeffrey J. Palamar* pour la requérante.  
*Marc M. Monnin* pour les intimés.

## PROCUREURS:

*Taylor, McCaffrey*, Winnipeg, pour la requérante.  
*Aikins, MacAulay & Thorvaldson*, Winnipeg, pour les intimés.

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

NOËL J.: This is an application for judicial review pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] of the decision of an adjudicator (the Adjudicator) appointed under Division XIV, Part III of the *Canada Labour Code*<sup>1</sup> in the matter of a complaint of alleged unjust dismissal brought by Alma Jean Guimond (the respondent) against the Sagkeeng Education Authority (the applicant).

### FACTS

A summary of the facts relevant to this application for judicial review are found in the Adjudicator's decision:<sup>2</sup>

The complainant is a school teacher who acquired her Bachelor of Teaching degree from Brandon University in October of 1978. She originally entered into a one-year contract of employment with the Fort Alexander Band School Board on behalf of the respondent for the 1978-1979 school year. Similar contracts were entered for the subsequent two school years. Then as of September 1, 1981 the complainant entered a contract with the Fort Alexander School Board on behalf of the respondent whereby it agreed to employ her as a "permanent teacher". The contract had no predetermined date of expiration but did include the following provisions regarding term:

"III. The Teacher will be given one full year's written notice by the Board on or before August 31 of the last year of service if cause for termination of employment should arise."

"X. This Agreement may be terminated

- (a) at any time by the mutual consent in writing of the Teacher and the Board; or
- (b) on the 31st of August of any year by either party giving written notice to the other on or before the 1st of September of the preceding year; or
- (c) if any matter arises, whereby the Teacher is guilty of a grossly immoral, delinquent, or illegal act, or gross dereliction of duty, and the Teacher having recourse to section (d) below, the Board may give the Teacher thirty days written notice of termination, and the contract is terminated at the expiration of the thirty days from the date the notice is given.

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

LE JUGE NOËL: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire, présentée conformément à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)], d'une décision rendue par un arbitre (l'arbitre) nommé en vertu de la Section XIV de la Partie III du *Code canadien du travail*<sup>1</sup> dans une affaire intéressant une plainte pour congédiement injuste qui a été déposée par Alma Jean Guimond (l'intimée) contre la Sagkeeng Education Authority (la requérante).

### LES FAITS

Les faits se rapportant à la présente demande de contrôle judiciaire sont exposés sommairement dans la décision de l'arbitre<sup>2</sup>:

[TRADUCTION] La plaignante est une enseignante qui a obtenu un baccalauréat en éducation de l'Université de Brandon en octobre 1978. À l'origine, elle a conclu un contrat de travail d'une durée d'un an avec le Fort Alexander Band School Board [ci-après le «Conseil» ou le «Conseil scolaire»] pour le compte de l'intimée pour l'année scolaire 1978-1979. Des contrats similaires ont été conclus pour les deux années scolaires suivantes. Puis, le 1<sup>er</sup> septembre 1981, la plaignante a passé avec le Conseil scolaire pour le compte de l'intimée un contrat par lequel celle-ci convenait de l'employer comme «enseignante permanente». Le contrat ne prévoyait aucune date d'expiration, mais il comprenait les dispositions suivantes quant à sa durée:

«III. Le Conseil donnera à l'enseignant un avis écrit d'un an complet au plus tard le 31 août de la dernière année de service s'il devait se présenter une cause de cessation d'emploi.»

«X. La présente convention peut prendre fin

- a) en tout temps par le consentement mutuel, constaté par écrit, de l'enseignant et du Conseil; ou
- b) le 31 août lorsque l'une des parties a donné un avis par écrit à l'autre partie au plus tard le 1<sup>er</sup> septembre de l'année précédente; ou
- c) si l'enseignant est reconnu coupable d'un acte immoral, délinquant ou illégal grave ou d'un manquement grave à son devoir et s'il recourt à l'alinéa ci-dessous, le Conseil peut lui donner un avis écrit de cessation d'emploi de trente jours, et le contrat prend fin trente jours après la notification de l'avis.

(d) In the event of any disagreement between the Teacher and the Board, the above consent to arbitration by a committee comprising

three persons chosen by the Board,  
three persons chosen by the Teacher, and  
one person with arbitration experience and belonging to a professional organization. The selection of this person shall be mutually agreed upon by the Teacher and the Board.

Such proceedings will constitute an 'Appeal by the Teacher'."

In 1981, a group of school teachers employed by the Band sought to unionize under the auspices of the Manitoba Teacher's Society. Their efforts failed and ultimately four teachers were dismissed. The teachers instituted legal proceedings against the respondent alleging wrongful dismissal and ultimately they were awarded damages.

The Board then implemented a change of its employment practice. Teachers were thereafter required to sign annual contracts with the respondent and the school board, notwithstanding the fact that teachers such as the complainant had previously entered permanent teaching contracts. The complainant entered such annual contracts each year from that time until 1993 when she was refused a new contract and ultimately these proceedings arose.

In March 1993, Ms. Karen Courchene, the principal of Anicinabe School, conducted an evaluation of the complainant. The evaluation detailed various criticisms, including that the complainant lacked enthusiasm, and recommended that the complainant improve both her spoken and written grammar and her grasp of core subjects, especially English language arts. The complainant wrote a letter to the Director of Education for the Band, Mr. Patrick Bruyere, outlining her concerns with respect to the evaluation. This letter was reviewed by the School Board in consultation with Ms. Courchene. By letter dated April 16, 1993, Mr. Bruyere informed the complainant that the following decisions had been taken in her regard:

—She was to be given the opportunity to obtain her Bachelor of Education degree.

—As a result, the Board would not be offering her a teaching contract for the following school year.

d) En cas de désaccord entre l'enseignant et le Conseil, les deux parties ci-dessus consentent à l'arbitrage devant un comité comprenant

trois personnes choisies par le Conseil,  
trois personnes choisies par l'enseignant  
une personne qui est expérimentée dans l'arbitrage et qui appartient à un organisme professionnel. Le choix de cette personne devra être sanctionné par le consentement mutuel de l'enseignant et du Conseil.

Une telle procédure constituera un "appel interjeté par l'enseignant".»

En 1981, un groupe d'enseignants qui travaillaient pour la bande a cherché à se syndiquer sous les auspices de l'Association des enseignants du Manitoba. Ses efforts ont échoué, et quatre enseignants ont été congédiés par la suite. Ces derniers ont entamé des poursuites judiciaires contre l'intimée en alléguant avoir été congédiés sans raison et ont obtenu des dommages-intérêts.

Le Conseil a alors modifié sa pratique d'emploi. Dorénavant, les enseignants étaient tenus de signer des contrats annuels avec l'intimée et le Conseil scolaire, malgré le fait que certains enseignants, comme la plaignante, avaient déjà conclu des contrats d'enseignement permanent. La plaignante a signé de tels contrats annuels jusqu'en 1993, année où on lui a refusé un nouveau contrat et où, en fin de compte, la présente affaire a pris naissance.

En mars 1993, M<sup>me</sup> Karen Courchene, directrice de l'école Anicinabe, a procédé à l'évaluation de la plaignante. Cette évaluation contenait plusieurs jugements défavorables, dont le fait que la plaignante manquait d'enthousiasme, et recommandait que celle-ci améliore sa grammaire parlée et sa grammaire écrite ainsi que sa connaissance des matières fondamentales, tout particulièrement la langue anglaise. La plaignante a écrit au directeur de l'enseignement de la bande, M. Patrick Bruyere, pour lui faire part de ses préoccupations en ce qui concernait l'évaluation. Le Conseil scolaire a étudié cette lettre en consultation avec M<sup>me</sup> Courchene. Dans une lettre en date du 16 avril 1993, M. Bruyere a informé la plaignante que les décisions suivantes avaient été prises à son sujet:

—On lui offrirait la possibilité d'obtenir un baccalauréat en éducation.

—Par conséquent, le Conseil ne lui offrirait pas de contrat d'enseignement pour la prochaine année scolaire.

—Upon successful completion of the Bachelor of Education degree, a teaching position would be available to her.

The complainant did not take advantage of this offer. She was paid until August 1993 and was not re-hired for the subsequent school year. Ms. Guimond then brought a complaint of unjust dismissal against her employer, and sought reinstatement, compensation akin to damages in an amount equal to her salary for the 1993-1994 school year, costs and interest. The employer raised the following objections:

i. The Adjudicator did not have jurisdiction to consider the complaint because there had been no dismissal of the complainant by the employer, as required by subsection 240(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15] of the *Canada Labour Code*. The employer alleged that the complainant had effectively resigned when she did not take up the employer's offer to upgrade her education and instead asked for a letter of recommendation. Furthermore, according to the employer, the failure to renew the complainant's contract for an additional year did not constitute a dismissal.

ii. The Adjudicator did not have jurisdiction to consider the complaint because the complainant had been laid off due to a lack of work or the discontinuance of a function, as contemplated by paragraph 242(3.1)(a) [as am. *idem*, s. 16] of the *Canada Labour Code*.

iii. Alternatively, the dismissal was not unjust. The employer's requirement that employees have a Bachelor of Education was reasonable and its decision not to renew the complainant's contract was thus justified.

The Adjudicator held in favour of Ms. Guimond on all three grounds and ordered the employer to pay the complainant an amount equal to her salary for the 1993-1994 school year. The applicant now applies to set aside the Adjudicator's decision. The principal ground is that the Adjudicator acted without jurisdic-

—Après l'obtention du baccalauréat en éducation, un poste d'enseignante lui serait offert.

a La plaignante n'a pas profité de cette offre. Elle a touché son salaire jusqu'au mois d'août 1993 et n'a pas été réembauchée pour l'année scolaire suivante. M<sup>me</sup> Guimond a ensuite déposé une plainte contre son employeur pour congédiement injuste, a demandé d'être réintégrée dans son emploi et a réclamé des dommages-intérêts d'un montant équivalant à son traitement pour l'année scolaire 1993-1994, en plus des dépens et des intérêts. L'employeur a soulevé les objections suivantes:

i. L'arbitre n'avait pas compétence pour examiner la plainte puisqu'il n'y avait pas eu congédiement de la plaignante par l'employeur, comme l'exige le paragraphe 240(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>re</sup> suppl.), ch. 9, art. 15] du *Code canadien du travail*. L'employeur a allégué que la plaignante avait en fait démissionné lorsqu'elle n'avait pas accepté l'offre de parfaire son éducation et avait plutôt sollicité une lettre de recommandation. De plus, selon l'employeur, le fait de ne pas renouveler le contrat de la plaignante pour une autre année ne constituait pas un congédiement.

f ii. L'arbitre n'avait pas compétence pour examiner la plainte puisque la plaignante avait été licenciée en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste, comme l'envisage l'alinéa 242(3.1)a) [mod., *idem*, art. 16] du *Code canadien du travail*.

g iii. Subsidiairement, le congédiement n'était pas injuste. L'exigence de l'employeur selon laquelle les employés devaient être titulaires d'un baccalauréat en éducation était raisonnable et sa décision de ne pas renouveler le contrat de la plaignante était donc justifiée.

i L'arbitre a tranché en faveur de M<sup>me</sup> Guimond sur ces trois points et a ordonné à l'employeur de verser à la plaignante un montant équivalant à son traitement pour l'année scolaire 1993-1994. La requérante demande maintenant l'annulation de la décision de l'arbitre. Son principal motif d'appel est que l'arbitre

tion in concluding that the respondent Alma Jean Guimond had been dismissed from her employment.

a excédé sa compétence en concluant que l'intimée Alma Jean Guimond avait été congédiée.

### STATUTORY PROVISIONS

The relevant statutory provisions are set out below:

**240.** (1) Subject to subsections (2) and 242(3.1), any person

(a) who has completed twelve consecutive months of continuous employment by an employer, and

(b) who is not a member of a group of employees subject to a collective agreement,

may make a complaint in writing to an inspector if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust.

...

**242.** (1) The Minister may, on receipt of a report pursuant to subsection 241(3), appoint any person that the Minister considers appropriate as an adjudicator to hear and adjudicate on the complaint in respect of which the report was made, and refer the complaint to the adjudicator along with any statement provided pursuant to subsection 241(1).

(2) An adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1)

(a) shall consider the complaint within such time as the Governor in Council may by regulation prescribe;

(b) shall determine the procedure to be followed, but shall give full opportunity to the parties to the complaint to present evidence and make submissions to the adjudicator and shall consider the information relating to the complaint; and

(c) has, in relation to any complaint before the adjudicator, the powers conferred on the Canada Labour Relations Board, in relation to any proceeding before the Board, under paragraphs 16(a), (b) and (c).

(3) Subject to subsection (3.1), an adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1) shall

(a) consider whether the dismissal of the person who made the complaint was unjust and render a decision thereon; and

(b) send a copy of the decision with the reasons therefor to each party to the complaint and to the Minister.

### LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

a

Les dispositions législatives pertinentes sont les suivantes:

**240.** (1) Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si:

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur;

b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective.

d

...

**242.** (1) Sur réception du rapport visé au paragraphe 241(3), le ministre peut désigner en qualité d'arbitre la personne qu'il juge qualifiée pour entendre et trancher l'affaire et lui transmettre la plainte ainsi que l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement.

(2) Pour l'examen du cas dont il est saisi, l'arbitre:

a) dispose du délai fixé par règlement du gouverneur en conseil;

b) fixe lui-même sa procédure, sous réserve de la double obligation de donner à chaque partie toute possibilité de lui présenter des éléments de preuve et des observations, d'une part, et de tenir compte de l'information contenue dans le dossier, d'autre part;

c) est investi des pouvoirs conférés au Conseil canadien des relations du travail par les alinéas 16a), b), et c).

(3) Sous réserve du paragraphe (3.1), l'arbitre:

a) décide si le congédiement était injuste;

b) transmet une copie de sa décision, motifs à l'appui, à chaque partie ainsi qu'au ministre.

...  
 (4) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (3) that a person has been unjustly dismissed, the adjudicator may, by order, require the employer who dismissed the person to

(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(b) reinstate the person in his employ; and

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

243. (1) Every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

(2) No order shall be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit, or restrain an adjudicator in any proceedings of the adjudicator under section 242.

#### THE APPLICABLE STANDARD OF REVIEW

In the decision of the Supreme Court of Canada in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, Beetz J. set out the two circumstances in which an administrative tribunal would exceed its jurisdiction because of error:<sup>3</sup>

1. if the question of law at issue is within the tribunal's jurisdiction, it will only exceed its jurisdiction if it errs in a patently unreasonable manner; a tribunal which is competent to answer a question may make errors in so doing without being subject to judicial review;
2. if however the question at issue concerns a legislative provision limiting the tribunal's powers, a mere error will cause it to lose jurisdiction and subject the tribunal to judicial review.

The first stage in the pragmatic or functional analysis proposed by the Supreme Court in *Bibeault* is to determine the tribunal's jurisdiction. This involves asking the question: "Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?"<sup>4</sup> In determining jurisdiction, the Court examines "not only the wording of the enactment

...  
 (4) S'il décide que le congédiement était injuste, l'arbitre peut, par ordonnance, enjoindre à l'employeur:

a) de payer au plaignant une indemnité équivalant, au maximum, au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;

b) de réintégrer le plaignant dans son emploi;

c) de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

243. (1) Les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires.

(2) Il n'est admis aucun recours ou décision judiciaire—notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*—visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action d'un arbitre exercée dans le cadre de l'article 242.

#### e LA NORME DE RÉVISION APPLICABLE

Dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, le juge Beetz a exposé les deux circonstances dans lesquelles un tribunal administratif excéderait sa compétence à cause d'une erreur<sup>3</sup>:

1. Si la question de droit en cause relève de la compétence du tribunal, le tribunal n'exécède sa compétence que s'il erre d'une façon manifestement déraisonnable. Le tribunal qui est compétent pour trancher une question peut, ce faisant, commettre des erreurs sans donner ouverture à la révision judiciaire.
2. Si, par contre, la question en cause porte sur une disposition législative qui limite les pouvoirs du tribunal, une simple erreur fait perdre compétence et donne ouverture à la révision judiciaire.

La première étape de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle proposée par la Cour suprême dans l'arrêt *Bibeault* consiste à déterminer la compétence du tribunal. Cela exige que l'on se pose la question suivante: «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?»<sup>4</sup> Pour déterminer cette compétence, la Cour

conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal”.<sup>5</sup>

In *Canada Post Corp. v. Pollard*, the Federal Court of Appeal applied the functional analysis proposed in *Bibeault* to decide whether or not Parliament had intended the question of the interpretation of paragraphs 240(1)(b) and 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code* to be within the jurisdiction conferred on an adjudicator appointed under Part III of the Code.<sup>6</sup> After considering the *ad hoc* basis of the appointment of the adjudicators under the Code, the limited scope of their powers, as well as the statutory language limiting their jurisdiction, the Court of Appeal concluded that it was unable to find a legislative intent to entrust the adjudicator with the jurisdiction to interpret “virtually unchecked” paragraphs 240(1)(b) and 242(3.1)(b) of the Code. The Court of Appeal held that the appropriate test for judicial review was that of correctness. In *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, the Federal Court of Appeal reiterated that the standard of review of the interpretation by an adjudicator of paragraphs 242(3.1)(a) and 242(3.1)(b) was that of correctness.<sup>7</sup>

An essential pre-condition to an adjudicator’s jurisdiction to consider a complaint of unjust dismissal under subsection 240(1) of the *Canada Labour Code* is for the complainant to establish that he or she has been dismissed. The Federal Court of Appeal, in *Srougi v. Lufthansa German Airlines*, reviewed the meaning of “dismissal” and its significance as a pre-condition to the adjudicator’s jurisdiction.<sup>8</sup>

The dismissal is the implementation by the employer of his intention to unilaterally terminate the contract of employment binding him to his employee. This implementation may occur in various ways and there is no basis for thinking that in s. 61.5 [now ss. 240-246] the legislator intended to cover only one of them, even if that one was the most simple, direct or usual. Of course, the adjudicator must have before him a dismissal, that is to say, the employer’s actions must disclose a definite intention to unilaterally terminate the contract of employment (and that is all that was at the basis of the decision in *Eskasoni School Board*, supra), but

examine «non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l’objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d’être de ce tribunal, le domaine d’expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal»<sup>5</sup>.

Dans l’arrêt *Société canadienne des postes c. Pollard*, la Cour d’appel fédérale a appliqué l’analyse fonctionnelle proposée dans l’arrêt *Bibeault* pour décider si le législateur fédéral avait voulu que la question de l’interprétation des alinéas 240(1)(b) et 242(3.1)(b) du *Code canadien du travail* relève de la compétence conférée à un arbitre nommé en vertu de la Partie III du Code<sup>6</sup>. Après avoir examiné le fait que les arbitres sont nommés à titre *ad hoc* en vertu du Code, la portée limitée de leurs pouvoirs, ainsi que la disposition législative limitant leur compétence, la Cour d’appel a conclu qu’elle ne pouvait pas dire que le législateur avait voulu conférer à l’arbitre «toute latitude» pour interpréter les alinéas 240(1)(b) et 242(3.1)(b) du Code. La Cour d’appel a estimé que le critère approprié en matière de contrôle judiciaire était celui de l’absence d’erreur. Dans l’arrêt *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, la Cour d’appel fédérale a réitéré que la norme de contrôle en ce qui concerne l’interprétation des alinéas 242(3.1)(a) et 242(3.1)(b) par un arbitre était celle de l’absence d’erreur<sup>7</sup>.

L’une des conditions essentielles préalables à l’examen par l’arbitre d’une plainte de congédiement injuste sous le régime du paragraphe 240(1) du *Code canadien du travail* est que le plaignant prouve qu’il a été congédié. Dans l’arrêt *Srougi c. Lufthansa German Airlines*, la Cour d’appel fédérale a examiné le sens du mot «congédiement» ainsi que sa portée en tant que condition préalable à la compétence de l’arbitre<sup>8</sup>:

Le congédiement est la «mise à effet» par l’employeur de sa volonté de mettre fin unilatéralement au contrat de travail qui le lie à son employé. Cette «mise à effet» peut se réaliser de diverses façons et rien ne permet de penser que le législateur, à l’article 61.5 [maintenant les articles 240 à 246], n’entendait couvrir qu’une seule d’entre elles, fût-elle la plus simple, la plus directe ou la plus courante. Bien sûr, est-il nécessaire que l’arbitre soit en face d’un congédiement, i.e. qu’il décèle, dans le comportement de l’employeur, une volonté arrêtée de mettre fin unilatéralement au contrat de travail, (et c’est uniquement ce qui était à la base

once this is established there is in our opinion no question as to his jurisdiction. [Emphasis is mine.]

The determination of whether the respondent was dismissed by the applicant is thus a pre-condition to the Adjudicator's jurisdiction. According to the decision of the Supreme Court of Canada in *Bibeault* and the jurisprudence reviewed above, the standard of judicial review on a jurisdictional question such as the interpretation of subsection 240(1) is one of correctness. Although the decision of an adjudicator appointed under the *Canada Labour Code* is protected by a finality clause, it is well established that the requirement that an administrative tribunal be correct in its interpretation of a jurisdiction-conferring statutory provision nevertheless applies.<sup>9</sup>

#### WAS THE RESPONDENT DISMISSED?

As recognized by the Adjudicator, the answer to the question as to whether the respondent was dismissed or not depends on the validity of the annual contracts which she signed over the years since 1983. If these annual contracts, and in particular the last one, were found to be valid, then the employer's decision not to offer the complainant a position for the 1993-1994 school year was made in conformity with the terms of the contract and does not constitute a dismissal. Hence, the Adjudicator would have been without jurisdiction to hear the complaint.

The Adjudicator held that by requiring the complainant to sign an annual contract in 1983 despite having offered her a "permanent" teaching contract in 1981, the applicant arbitrarily altered the employment relationship "under the guise of termination of a contract and replacement". The Adjudicator found that a refusal to sign the annual contracts would have invited termination, jeopardized the complainant's career and caused hardship to herself and her family. He added that the inequality of bargaining power in favour of the employer made the employer's unilateral alteration of the employment relationship "unconscionable". Relying on the established body of case law relating to unilaterally imposed policy changes, the Adjudicator went on to conclude that:<sup>10</sup>

de la décision *Eskasoni School Board*, supra), mais, une fois cela acquis, sa juridiction ne fait, à notre avis, aucun doute. [C'est moi qui souligne.]

La décision selon laquelle l'intimée a été congédiée par la requérante est donc une condition préalable à la compétence de l'arbitre. Selon l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bibeault* et la jurisprudence examinée ci-dessus, la norme de contrôle judiciaire en ce qui concerne une question de compétence telle que l'interprétation du paragraphe 240(1) est l'absence d'erreur. Bien que la décision de l'arbitre nommé en vertu du *Code canadien du travail* soit protégée par une clause d'irrévocabilité, il est bien établi que l'exigence selon laquelle un tribunal administratif doit bien interpréter une disposition législative attributive de compétence s'applique néanmoins.<sup>9</sup>

#### L'INTIMÉE A-T-ELLE ÉTÉ CONGÉDIÉE?

Comme l'a reconnu l'arbitre, la réponse à la question de savoir si l'intimée a été congédiée ou non dépend de la validité des contrats annuels qu'elle a signés au cours des années depuis 1983. Si on conclut à la validité de ces contrats annuels, et notamment du dernier, la décision de l'employeur de ne pas offrir de poste à la plaignante pour l'année scolaire 1993-1994 a été prise conformément aux conditions du contrat et ne constitue pas un congédiement. Par conséquent, l'arbitre n'aurait pas eu compétence pour entendre la plainte.

L'arbitre a jugé qu'en obligeant la plaignante à signer un contrat annuel en 1983 malgré le fait que la requérante lui avait offert un contrat d'enseignement «permanent» en 1981, cette dernière a modifié arbitrairement les relations de travail [TRADUCTION] «sous l'apparence de la cessation d'un contrat et de son remplacement». L'arbitre a conclu que le refus de signer les contrats annuels aurait mené à la cessation du contrat, aurait compromis la carrière de la plaignante et lui aurait causé un préjudice ainsi qu'à sa famille. Il a ajouté que l'inégalité du pouvoir de négociation en faveur de l'employeur a rendu [TRADUCTION] «répréhensible sur le plan moral» la modification unilatérale des relations de travail par l'employeur. Se fondant sur la jurisprudence établie en



In my view, whether an employment policy is arbitrarily imposed or an employment relationship is arbitrarily altered under the guise of termination of a contract and replacement, the principles applied should be no different. Both are unconscionable and must not prevail.

The Adjudicator based this conclusion on the Manitoba Court of Appeal's decision in *Wiebe v. Central Transport Refrigeration (Man.) Ltd.*<sup>11</sup> In *Wiebe*, the Court considered whether the breach by a long-time employee of an employment policy implemented after he had commenced employment could warrant his termination. Relying on established jurisprudence in this area, the Court of Appeal held it did not on the basis that the employee had not agreed to the change in policy. Specifically, it held that the inequality of the bargaining position of the employer and the employee placed a heavy onus on the employer to establish that the plaintiff had agreed to the policy, and that this onus had not been met.

In reaching its decision, the Court of Appeal reviewed the case law regarding the imposition of employment policies on employees. In *Hill v. Peter Gorman Ltd.*, the plaintiff salesman had been employed by the defendant employer under a contract which fixed his remuneration by reference to a stipulated rate of commission on net sales. The contract, which provided for an indefinite employment terminable on two weeks' notice, also contained a restrictive covenant (applicable for one year following termination) in respect of the area of employment. The employer subsequently began to withhold 10% of commissions earned by the plaintiff and other salesmen as a reserve for bad debts. The plaintiff complained periodically about these deductions, but remained in the defendant's employ for a year after they began. The plaintiff then sued to recover the withheld commissions. The Ontario Court of Appeal, *per Mackay J.A.*, held that:<sup>12</sup>

matière de changements de politique imposés de façon unilatérale, l'arbitre a ensuite conclu ainsi<sup>10</sup>:

[TRADUCTION] À mon avis, qu'une politique d'emploi soit imposée arbitrairement ou que les relations de travail soient modifiées arbitrairement sous l'apparence de la cessation d'un contrat et de son remplacement, les principes appliqués ne devraient pas être différents. Dans les deux cas, c'est répréhensible sur le plan moral et une telle situation ne devrait pas exister.

L'arbitre a fondé cette conclusion sur l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *Wiebe v. Central Transport Refrigeration (Man.) Ltd.*<sup>11</sup>. Dans l'arrêt *Wiebe*, la Cour s'est demandé si le manquement par un employé de longue date à une politique d'emploi mise en application après qu'il eut commencé à occuper son emploi pouvait justifier sa mise à pied. Se basant sur la jurisprudence établie dans ce domaine, la Cour d'appel a jugé que ce n'était pas le cas puisque l'employé n'avait pas donné son assentiment au changement de politique. Elle a jugé notamment que le pouvoir de négociation inégal entre l'employeur et l'employé faisait en sorte que l'employeur devait établir, preuve à l'appui, que l'employé avait adhéré à la politique et que, dans l'instance, l'employeur ne s'était pas acquitté de ce fardeau.

Avant d'en arriver à cette conclusion, la Cour d'appel a revu la jurisprudence relative à l'imposition de politiques d'emploi aux employés. Dans l'arrêt *Hill v. Peter Gorman Ltd.*, le demandeur vendeur avait été embauché par la défenderesse en vertu d'un contrat qui établissait sa rémunération en fonction d'une commission calculée sur les ventes nettes selon un taux prédéterminé. Le contrat, qui prévoyait un emploi d'une durée indéterminée auquel il pouvait être mis fin à deux semaines d'avis, contenait également une clause de non-concurrence (d'une durée d'un an après la cessation de l'emploi) relativement au domaine d'emploi. L'employeur a commencé par la suite à retenir 10 % des commissions gagnées par le demandeur et d'autres vendeurs à titre de provision pour créances irrécouvrables. Le demandeur s'est plaint périodiquement de ces déductions, mais il a continué de travailler pour la défenderesse pendant encore une année après le début des retenues. Puis, il a engagé une poursuite en recouvrement des commissions

... it cannot be said, as a matter of law, that an employee accepts an attempted variation simply by the fact alone of continuing in his employment. Where an employer attempts to vary the contractual terms, the position of the employee is this: He may accept the variation expressly or impliedly in which case there is a new contract. He may refuse to accept it and if the employer persists in the attempted variation the employee may treat this persistence as a breach of contract and sue the employer for damages, or while refusing to accept it he may continue in his employment and if the employer permits him to discharge his obligations and the employee makes it plain that he is not accepting the variation, then the employee is entitled to insist on the original terms. [Emphasis is mine.]

The Court in *Wiebe* also reviewed the decision of the British Columbia Supreme Court in *Pronovost v. Northwest Accept. Corp.*<sup>13</sup> In *Pronovost*, the plaintiff employee was dismissed summarily and given only two weeks' severance pay. The employer relied on a provision in its company personnel manual, known to the plaintiff, which stated that it was not company policy to pay severance pay. The employer's position was that once the employee had become aware of the policy, he must be taken to have agreed to it when he continued in the same employment despite the change. In dismissing the employer's arguments and deciding that the plaintiff was entitled to reasonable notice or salary in lieu of notice, the Court stated:<sup>14</sup>

I just cannot accept that unrealistic position. To object to the policy would be to invite termination. I repeat what I said in *Bradbrooke v. Eaton Yale*, [1982] B.C.W.L.D. 2298, B.C.S.C., Vancouver No. C820989, 18th November 1982 (not yet reported):

It is the position of counsel for the defendants that the plaintiff is bound by the policy outlined in the handbook. I cannot agree with that proposition and that would be so even if the plaintiff had read and understood the pertinent section of the handbook when received in 1978-79.

retenues. Le juge Mackay, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a conclu<sup>12</sup>:

[TRADUCTION] ... en droit, on ne peut pas dire qu'un employé accepte une tentative de modification du simple fait qu'il continue d'occuper son emploi. Lorsqu'un employeur tente de modifier les dispositions contractuelles, l'employé se trouve dans la situation suivante: il peut accepter la modification expressément ou implicitement, dans lequel cas il y a un nouveau contrat. Il peut refuser de l'accepter et, si l'employeur persiste dans sa tentative de modification, l'employé peut considérer cette persistance comme une rupture de contrat et poursuivre son employeur en dommages-intérêts ou, tout en refusant de l'accepter, il peut continuer d'occuper son emploi et, si l'employeur lui permet de s'acquitter de ses obligations et si l'employé fait comprendre qu'il n'accepte pas la modification, il a le droit d'exiger le respect des dispositions originelles du contrat. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt *Wiebe*, la Cour a également examiné la décision rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Pronovost v. Northwest Accept. Corp.*<sup>13</sup>. Dans l'affaire *Pronovost*, l'employé demandeur avait été renvoyé sans préavis et n'avait reçu que deux semaines de salaire à titre d'indemnité de départ. L'employeur s'appuyait sur une disposition du manuel du personnel de sa compagnie, disposition qui était connue du demandeur et qui déclarait que la compagnie n'avait pas pour politique de verser une indemnité de départ. L'employeur soutenait qu'à partir du moment où l'employé avait pris connaissance de la politique, il devait être considéré comme l'ayant acceptée dans la mesure où il continuait d'occuper le même emploi malgré la modification. En rejetant les arguments de l'employeur et en décidant que le demandeur avait le droit de recevoir un avis raisonnable ou une compensation monétaire équivalente, la Cour a affirmé<sup>14</sup>:

[TRADUCTION] Je ne puis tout simplement pas admettre cette position irréaliste. S'opposer à la politique en cause mènerait à la cessation de l'emploi. Je répète ce que j'ai dit dans l'affaire *Bradbrooke v. Eaton Yale*, [1982] B.C.W.L.D. 2298, C.S.C.-B., Vancouver n° C820989, le 18 novembre 1982 (décision encore inédite):

L'avocat des défenderesses soutient que le demandeur est lié par la politique énoncée dans le manuel. Je ne puis être d'accord avec cette proposition et il en serait ainsi même si le demandeur avait lu et compris l'article pertinent du manuel lorsqu'il l'a reçu en 1978-1979.

In the absence of a contractual arrangement, the plaintiff was entitled at common law to reasonable notice or salary in lieu of notice. The employer cannot unilaterally deprive him of that common law right. [Emphasis is mine.]

The last decision reviewed by the court in *Wiebe* was that of *Starcevich v. Woodward's Ltd.*<sup>15</sup> The defendant employer argued that because the employee had been aware of the company policy regarding severance, and had even applied it to other employees, the policy had become a term of employment. The Court dismissed this argument and held:<sup>16</sup>

If the defendant is correct in saying that the 1987 severance policy became a term of the plaintiff's employment when it was promulgated, then, in my view, the defendant is saying that it had the right to unilaterally impose a new term of employment on the plaintiff long after the initial hiring. I know of no theory of contract law which suggests that one party can unilaterally impose a contractual term on the other, unless the other agrees to accept that term as a term of his or her contract.

In this case, the defendant says that the plaintiff accepted the policy as a term of his employment. In support of that statement, the defendant points to the fact that the plaintiff was aware of the policy, and that he in fact applied the policy to others during the course of his employment.

In my view, neither of those facts establishes, on balance, that the plaintiff accepted that policy as a term of his own contract of employment. The plaintiff may well have had to deal with the dismissal of employees as part of his job description, and if there was a policy in effect, no doubt he was required to apply that policy. It does not follow that by applying the policy he must be taken to have accepted that he was legally bound by the policy in the event of his own dismissal. There would have to be clear and unequivocal evidence to establish that the plaintiff had agreed to the policy forming part of his own contract of employment. Such clear and unequivocal evidence does not exist in the material before me. [Emphasis is mine.]

The rule established by these decisions is therefore quite clear. An employment policy introduced by an employer does not become a term of the employment contract unless and until it has been clearly agreed to by the employee. Knowledge of the policy by an employee while he or she continues in the same

En l'absence d'un accord contractuel, le demandeur avait droit en common law à un avis raisonnable ou à un salaire au lieu de l'avis. L'employeur ne peut pas unilatéralement le priver de ce droit reconnu en common law. [C'est moi qui souligne.]

<sup>a</sup> La dernière décision examinée par la cour dans l'arrêt *Wiebe* a été *Starcevich v. Woodward's Ltd.*<sup>15</sup>. La défenderesse, c'est-à-dire l'employeur, alléguait que, parce que l'employé avait connaissance de la politique de la compagnie concernant l'indemnité de départ et l'avait même appliquée à d'autres employés, cette politique était devenue une condition d'emploi. La Cour a rejeté cet argument et conclu<sup>16</sup>:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] Si la défenderesse a raison de dire que la politique de 1987 en matière d'indemnité de départ est devenue une condition d'emploi du demandeur lors de sa promulgation, alors, à mon avis, la défenderesse soutient qu'elle avait le droit d'imposer unilatéralement une nouvelle condition d'emploi au demandeur longtemps après son embauche initiale. Je ne connais aucune théorie du droit des contrats qui donne à entendre qu'une partie peut imposer unilatéralement une disposition contractuelle à l'autre partie, à moins que celle-ci n'accepte cette condition comme étant une modalité de son contrat.

<sup>c</sup> En l'espèce, la défenderesse dit que le demandeur a accepté la politique comme étant une condition de son emploi. À l'appui de cette déclaration, elle souligne que le demandeur était au courant de cette politique et que, de fait, il l'a appliquée à d'autres personnes dans le cadre de son emploi.

<sup>d</sup> À mon avis, aucun de ces faits n'établit, à tout prendre, que le demandeur ait accepté la politique comme étant une condition de son propre contrat de travail. Il peut bien avoir eu à s'occuper du congédiement de certains employés dans l'exercice de ses fonctions et, si une politique était en vigueur, il ne fait aucun doute qu'il était tenu de l'appliquer. Il ne s'ensuit pas que, en appliquant la politique, il doit être considéré comme ayant admis être lié légalement par elle dans le cas de son propre congédiement. Il faudrait prouver de façon claire et non équivoque que le demandeur avait donné son accord à ce que la politique fasse partie de son propre contrat de travail. Aucune preuve claire et non équivoque de ce genre ne ressort des documents portés à ma connaissance. [C'est moi qui souligne.]

<sup>e</sup> La règle établie par ces décisions est donc tout à fait claire. Une politique d'emploi introduite par l'employeur ne devient une condition du contrat de travail que si elle a été clairement acceptée par l'employé. La connaissance de la politique par un employé pendant qu'il continue d'occuper le même emploi sans

employment without asserting any objection will not necessarily be construed as acquiescence particularly where a denunciation of the policy could invite termination. However, as is explicitly stated in each of the cases referred to in *Wiebe*, if there is clear and unequivocal acceptance of the policy as a term of employment, the policy is binding on the employee.

How is this principle to be applied to the case at bar? In 1983, the applicant informed its employees that it would be requiring them to sign annual contracts with the School Board, notwithstanding the fact that they had originally been engaged under contracts of an indeterminate duration. Clearly, this action on the part of the employer was an attempt to vary the contractual terms of employment. What then were the options open to the respondent? As noted by the Ontario Court of Appeal in *Gorman, supra*, it was open to her to accept the variation in which case a new annual contract came into existence. It was also open to the respondent to refuse to accept the variation. If the employer persisted and refused to continue her employment for failure to abide by the unilaterally imposed term as the Adjudicator envisaged, she could then have sought the appropriate remedy for unjust dismissal. This remedy would have been available whether the respondent had been terminated outright, or under the guise of a refusal to continue her employment for the subsequent school year.<sup>17</sup>

However, by signing the first annual contract and each one thereafter over a ten-year period, the respondent consented, in the clearest way possible, to the variation to the contract proposed by her employer. Assuming that this consent was validly given, a new employment contract, with a one-year duration, came into existence and replaced the preceding one. It is therefore apparent that this is not a case of an employee confronted by a unilaterally imposed policy change which has not been expressly accepted as in *Wiebe, Gorman, Starcevich* or *Pronovost*. The annual contracts signed by the respondent year after year evidence her acceptance in the clearest way known to law and therefore bind her to the fullest extent. The Adjudicator therefore erred in failing to take note of

formuler d'opposition ne sera pas nécessairement interprétée comme un acquiescement, notamment lorsqu'une dénonciation de la politique pourrait mener à une mise à pied. Cependant, ainsi qu'il est expressément dit dans chacune des affaires mentionnées dans l'arrêt *Wiebe*, s'il y a acceptation claire et non équivoque de la politique en tant que condition d'emploi, la politique lie l'employé.

Comment ce principe doit-il s'appliquer en l'espèce? En 1983, la requérante a informé ses employés qu'elle exigerait d'eux qu'ils signent des contrats annuels avec le Conseil scolaire, malgré le fait qu'ils avaient déjà été embauchés en vertu de contrats d'une durée indéterminée. Il est manifeste que, par ce geste, l'employeur tentait de modifier les dispositions contractuelles relatives à l'emploi. Quels choix s'offraient alors à l'intimée? Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a fait remarquer dans l'arrêt *Gorman*, précité, l'intimée pouvait accepter la modification, auquel cas un nouveau contrat annuel entrerait en vigueur. Elle pouvait également refuser d'accepter la modification. Si l'employeur refusait de la maintenir dans son poste pour non-respect de la condition imposée unilatéralement comme l'arbitre l'a envisagé, elle pouvait alors demander la réparation appropriée pour congédiement injuste. Cette solution aurait été possible, que l'on ait mis fin à l'emploi de l'intimée purement et simplement ou sous l'apparence du refus de la maintenir dans son poste durant la prochaine année scolaire<sup>17</sup>.

Toutefois, en signant le premier contrat annuel et chacun des autres par la suite au cours d'une période de dix ans, l'intimée a consenti, le plus clairement possible, à la modification proposée au contrat par son employeur. En supposant que ce consentement a été valablement donné, un nouveau contrat de travail, d'une durée d'un an, est entré en vigueur et a remplacé le précédent. Il est donc évident que l'intimée n'évoque pas le cas d'un employé faisant face à une modification de politique imposée unilatéralement qui n'a pas été acceptée expressément comme dans les affaires *Wiebe, Gorman, Starcevich* ou *Pronovost*. Les contrats annuels signés par l'intimée année après année témoignent de son acceptation de la manière la plus claire reconnue en droit et par conséquent la lient

this acceptance and in holding that the matter could be decided by reference to the principle developed in the aforementioned cases.

If, on the other hand, the Adjudicator's decision can be read as holding that the respondent should nevertheless be relieved from her contract on the sole ground that her bargaining position was inferior to that of the employer, then it is entirely without legal foundation.<sup>18</sup> Bargaining positions are rarely if ever equal in any given contractual relationship. In the context of employment contracts, the employer usually has the stronger bargaining power. That, as such, has never been held to be a ground for allowing an employee to repudiate the terms of a contract. The Adjudicator was obviously concerned by the fact that, in his view, a refusal by the respondent to accept the contractual modification in 1983 might have led to her termination. But even if that be so, she was entitled to reasonable notice and no one could have taken that right away from her if indeed she had decided to exercise it. Instead of exercising that right, she opted to accept the contractual modification. That is the choice that she made.

I would add that in assessing whether there was anything "unconscionable" about the circumstances in which the respondent made that choice, as the Adjudicator suggests there was, it must be remembered that there is no legal entitlement to permanent employment. An employer may terminate employment of an indeterminate duration at any time, just as an employee may quit such employment at any time, provided that in either case reasonable notice be given. In the same vein, an employer may attempt to change the fundamental terms of an employment contract, in which case an employee may accept or refuse to adhere to such changes. If the employee does refuse, the employer cannot compel acceptance. However, the employer retains the right to terminate the employment provided that reasonable notice is given. That, it seems, is the context in which the respondent found herself in 1983. Rather than insisting on her contractual rights, she chose to adhere to the modified terms

au plus haut degré. L'arbitre a donc commis une erreur en ne prenant pas cette acceptation en considération et en concluant que la question pouvait être tranchée par renvoi au principe élaboré dans les affaires susmentionnées.

Si, par ailleurs, la décision de l'arbitre peut s'interpréter comme statuant que l'intimée devrait à tout événement être relevée de son contrat pour le seul motif que son pouvoir de négociation était inférieur à celui de son employeur, elle n'a alors absolument aucun fondement juridique<sup>18</sup>. Le pouvoir de négociation est rarement égal dans une relation contractuelle donnée. Dans le contexte de contrats de travail, l'employeur détient habituellement le plus grand pouvoir de négociation. Cela n'a jamais été jugé comme étant en soi un motif permettant à un employé de répudier son contrat d'emploi. L'arbitre était évidemment préoccupé par le fait que, selon lui, le refus par l'intimée d'accepter la modification apportée au contrat en 1983 aurait pu mener à sa mise à pied. Mais même dans cette éventualité, elle aurait eu droit à un avis raisonnable et personne n'aurait pu la priver de ce droit si elle avait en effet décidé de l'exercer. Au lieu d'exercer ce droit, elle a choisi d'accepter la modification apportée au contrat. C'est le choix qu'elle a fait.

J'ajouterais qu'en considérant la question de savoir s'il y a quelque chose de «répréhensible sur le plan moral» quant aux circonstances dans lesquelles l'intimée a fait ce choix, comme le donne à entendre l'arbitre, il faut se rappeler qu'il n'existe pas de droit à un emploi permanent. L'employeur peut mettre fin à un emploi d'une durée indéterminée en tout temps, tout comme l'employé peut quitter un tel emploi en tout temps, pourvu qu'un avis raisonnable soit donné dans l'un et l'autre cas. Dans la même veine, l'employeur peut essayer de modifier les dispositions fondamentales d'un contrat de travail, auquel cas l'employé a le choix d'accepter ou de refuser de telles modifications. Si l'employé refuse ces modifications, l'employeur n'est pas en mesure d'exiger qu'elles soient acceptées. Cependant, l'employeur conserve le droit de mettre fin à l'emploi pourvu que soit donné un avis raisonnable. C'est, semble-t-il, le contexte dans lequel l'intimée s'est retrouvée en 1983. Au lieu

of employment. That choice was made freely and it cannot be said that there was anything “unconscionable” about the circumstances in which it was made.<sup>19</sup>

Having decided that the annual contracts were binding on the complainant, it follows that the applicant’s decision not to renew the last contract for the 1993-1994 school year was made in conformity with its terms and does not result in a dismissal within the meaning of subsection 240(1) of the *Canada Labour Code*. As such, the case falls squarely within the ambit of the decision of the Federal Court of Appeal in *Eskasoni School Board and Eskasoni Band Council v. MacIssac et al.*,<sup>20</sup> where it was held that a decision not to renew a contract for a fixed term of employment did not constitute a dismissal.<sup>21</sup>

As the complainant was not dismissed, the Adjudicator lacked jurisdiction to consider the complaint under section 242 of the *Canada Labour Code*, and on that ground his decision is set aside.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. L-2 (hereinafter the Code).

<sup>2</sup> *In the matter of an Adjudication pursuant to Division XIV, Part III of The Canada Labour Code: Alma Jean Guimond v. Sagkeeng Education Authority Inc.*, (October 18, 1994), at p. 1 (hereinafter the Adjudicator’s decision).

<sup>3</sup> [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1086 (hereinafter *Bibeault*).

<sup>4</sup> *Bibeault*, *supra* note 3, at p. 1087.

<sup>5</sup> *Ibid.*, at p. 1088.

<sup>6</sup> *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652 (hereinafter *Pollard*).

<sup>7</sup> *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354 (C.A.); see also *Beothuk Data Systems Ltd. v. Dean*, [1996] 1 F.C. 451 (T.D.).

<sup>8</sup> (1988), 93 N.R. 244 (F.C.A.), at p. 247 (hereinafter *Srougi*).

<sup>9</sup> See *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at p. 1003 *per* La Forest J.: “Where, as here, an administrative tribunal is protected by a privative clause, this Court has indicated that it will only review the decision of the Board if that Board has either made an error in interpreting the provisions conferring jurisdiction on it, or has exceeded its jurisdiction by making a patently unreasonable error of law in the performance of its function”; see also

d’exiger le respect des droits que lui garantissait son contrat, elle a choisi d’adhérer aux conditions d’emploi modifiées. Ce choix a été fait librement et on ne peut pas dire qu’il y avait quelque chose de «répréhensible sur le plan moral» quant aux circonstances dans lesquelles il a été fait<sup>19</sup>.

Comme j’ai jugé que les contrats annuels liaient la plaignante, il s’ensuit que la décision de la requérante de ne pas renouveler le dernier contrat pour l’année scolaire 1993-1994 a été prise conformément aux dispositions de ce dernier et ne constitue pas un congédiement au sens du paragraphe 240(1) du *Code canadien du travail*. Le cas est donc nettement visé par l’arrêt rendu par la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Eskasoni School Board et Eskasoni Band Council v. MacIssac et al.*<sup>20</sup>, où il a été jugé qu’une décision de ne pas renouveler un contrat conclu pour une durée déterminée ne constituait pas un congédiement<sup>21</sup>.

Comme la plaignante n’a pas été congédiée, l’arbitre n’avait pas compétence pour examiner la plainte en vertu de l’article 242 du *Code canadien du travail*, et la décision qu’il a rendue est annulée pour ce motif.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. L-2 (ci-après le Code).

<sup>2</sup> *In the matter of an Adjudication pursuant to Division XIV, Part III of The Canada Labour Code: Alma Jean Guimond v. Sagkeeng Education Authority Inc.*, (18 octobre 1994), à la p. 1 (ci-après la décision de l’arbitre).

<sup>3</sup> [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1086 (ci-après l’arrêt *Bibeault*).

<sup>4</sup> *Bibeault*, précité, note 3, à la p. 1087.

<sup>5</sup> *Ibid.*, à la p. 1088.

<sup>6</sup> *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652 (ci-après l’arrêt *Pollard*).

<sup>7</sup> *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354 (C.A.); voir également *Beothuk Data Systems Ltd. c. Dean*, [1996] 1 C.F. 451 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>8</sup> (1988), 93 N.R. 244 (C.A.F.), à la p. 247 (ci-après appelé *Srougi*).

<sup>9</sup> Voir *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, à la p. 1003, le juge La Forest: «Lorsque, comme en l’espèce, un tribunal administratif est protégé par une clause privative, notre Cour a déclaré qu’elle n’examinera la décision du tribunal que si celui-ci a commis une erreur en interprétant les dispositions attributives de compétence ou s’il a excédé sa compétence en commettant une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l’exercice de sa

*Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham*, [1994] 3 F.C. 449 (T.D.), at p. 454; and *Canada Post Corp. v. Pollard*, *supra* note 6, at p. 671, for a treatment of s. 243 of the *Canada Labour Code*.

<sup>10</sup> Adjudicator's decision, at p. 13.

<sup>11</sup> (1994), 95 Man. R. (2d) 65 (C.A.) (hereinafter *Wiebe*).

<sup>12</sup> (1957), 9 D.L.R. (2d) 124 (Ont. C.A.), at pp. 131-132 (hereinafter *Gorman*).

<sup>13</sup> (1983), 48 B.C.L.R. 281 (S.C.) (hereinafter *Pronovost*).

<sup>14</sup> *Ibid.*, at p. 283.

<sup>15</sup> (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 254 (S.C.) (hereinafter *Starcevich*).

<sup>16</sup> *Ibid.*, at p. 258.

<sup>17</sup> See *Srougi*, *supra*, note 8.

<sup>18</sup> There was no suggestion on the part of the complainant that she should be relieved of her contract on any other ground, i.e., undue influence, duress, misrepresentation, fraud or *non est factum*, nor did the Adjudicator make any finding in this regard.

<sup>19</sup> Recognizing that any judgment as to what is and what is not "unconscionable" is most subjective, what I am saying is that whatever judgment is placed on the situation, no legal remedy can flow from it.

<sup>20</sup> (1986), 69 N.R. 315 (F.C.A.).

<sup>21</sup> Specifically, the Court of Appeal was called upon to decide whether a "dismissal" authorized by a term contract contravened s. 28(1) (now s. 168(1)) of the Code, which provides that the protection of employees against unjust dismissal applies notwithstanding any custom, contract or arrangement.

fonction»; voir également *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 454; et *Société canadienne des postes c. Pollard*, précité à la note 6, à la p. 671, où l'on traite de l'art. 243 du *Code canadien du travail*.

<sup>10</sup> Décision de l'arbitre, à la p. 13.

<sup>11</sup> (1994), 95 Man. R. (2d) 65 (C.A.) (ci-après l'arrêt *Wiebe*).

<sup>12</sup> (1957), 9 D.L.R. (2d) 124 (C.A. Ont.), aux p. 131 et 132 (ci-après l'arrêt *Gorman*).

<sup>13</sup> (1983), 48 B.C.L.R. 281 (C.S.) (ci-après l'affaire *Pronovost*).

<sup>14</sup> *Ibid.*, à la p. 283.

<sup>15</sup> (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 254 (C.S.) (ci-après l'affaire *Starcevich*).

<sup>16</sup> *Ibid.*, à la p. 258.

<sup>17</sup> Voir *Srougi*, précité à la note 8.

<sup>18</sup> La plaignante n'a nullement fait valoir qu'elle devrait être relevée de son contrat pour un autre motif, c'est-à-dire pour influence indue, dol, déclaration trompeuse, fraude ou pour dénégation d'écriture, et l'arbitre n'a tiré aucune conclusion à cet égard.

<sup>19</sup> Pour être plus précis, tout en reconnaissant que tout jugement relatif à ce qui est et à ce qui n'est pas «répréhensible sur le plan moral» est très subjectif, j'en arrive à la conclusion que, quel que soit le jugement que l'on puisse porter sur la situation, il ne peut en découler aucun recours sur le plan juridique.

<sup>20</sup> (1986), 69 N.R. 315 (C.A.F.).

<sup>21</sup> Plus précisément, on demandait à la Cour d'appel de décider si un «congédiement» autorisé par un contrat à terme contrevenait à l'art. 28(1) (maintenant l'art. 168(1)) du Code, qui prévoit que la protection des employés contre un congédiement injuste s'applique malgré toute coutume, tout contrat ou toute disposition.

T-2754-94

**Trans-Continental Textile Recycling Ltd. (Plaintiff)**

v.

**Partenreederei m.s. Erato, Flairius Enterprises S.A., Mediterranean Shipping Co. S.A., Société Ivoirienne de Transport Maritime, The Owners and All Others Interested in the Ships Erato II and MSC Giovanna (Defendants)**

**INDEXED AS: TRANS-CONTINENTAL TEXTILE RECYCLING LTD. v. ERATO (THE) (T.D.)**

Trial Division, Hargrave P. — Vancouver, November 6 and 9, 1995.

*Practice — Stay of proceedings — Application to stay proceedings pursuant to Federal Court Act, s. 50 — Bill of lading providing disputes relating to cargo carried to or from U.S.A. subject to sole jurisdiction of U.S. District Court — Goods shipped overland from Vancouver to Baltimore, carried by sea to Antwerp, placed in new container for onward carriage to Ghana, where arriving short, damaged — (1) Jurisdiction clause applied — No ambiguity as to court nominated by owner — Contract with carrier for ocean carriage from U.S.A. and within jurisdiction clause — Jurisdiction clause not ambiguous — (2) Discretion to deny stay, given jurisdiction clause, should not be exercised unless strong cause for doing so — (3) Though substantial costs could be awarded in Federal Court, but not in New York District Court, issue merely going to balance of convenience; insufficient basis for exercise of discretion to deny stay — Balance of convenience favouring neither Vancouver nor New York — (4) Defendants submitting to jurisdiction by filing defence, providing draft list of documents, not objecting to jurisdiction until nine months later.*

This was an application for a stay of proceedings pursuant to *Federal Court Act*, section 50, which permits the Court, in its discretion, to stay proceedings either where the claim is proceeding in another jurisdiction or where, for any reason, it is in the interest of justice. Goods were shipped overland from Vancouver to Baltimore, then carried by sea to Antwerp where they were placed in a new container for carriage to Ghana, arriving short and damaged. Clause 2 of

T-2754-94

**Trans-Continental Textile Recycling Ltd. (demanderesse)**

c.

**Partenreederei n.m. Erato, Flairius Enterprises S.A., Mediterranean Shipping Co. S.A., Société Ivoirienne de Transport Maritime, les propriétaires et toutes autres personnes ayant un droit sur les navires Erato II et MSC Giovanna (défendeurs)**

**RÉPERTORIÉ: TRANS-CONTINENTAL TEXTILE RECYCLING LTD. c. ERATO (LE) (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, protonotaire Hargrave — Vancouver, 6 et 9 novembre 1995.

*Pratique — Suspension d'instance — Demande de suspension des procédures en application de l'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale — Le connaissement prévoit que les litiges relatifs à la cargaison transportée aux É.-U. ou en provenant relèvent de la compétence exclusive de la Cour de district américaine — Les marchandises ont été envoyées par voie de terre de Vancouver à Baltimore, puis transportées par mer à Anvers, où elles ont été placées dans un nouveau conteneur pour être acheminées au Ghana, y arrivant avec des pièces manquantes et des dégâts — 1) La clause de compétence s'applique — Il n'existe aucune ambiguïté quant au tribunal nommé par le propriétaire — Contrat conclu avec le transporteur pour transport par mer à partir des É.-U. et visé par la clause de compétence — La clause de compétence n'est pas ambiguë — 2) Le pouvoir discrétionnaire de refuser une suspension, vu la clause de compétence, ne devrait pas être exercé à moins qu'il n'existe un motif impérieux de le faire — 3) Bien que d'importants frais puissent être adjugés devant la Cour fédérale, et non devant la Cour de district de New York, la question porte simplement sur la prépondérance des inconvénients; il n'existe pas suffisamment de motifs pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire en vue de refuser une suspension — La prépondérance des inconvénients ne favorise ni Vancouver ni New York — 4) Les défendeurs ont acquiescé à la compétence en déposant leur défense, en produisant un projet de liste de documents, en ne s'opposant à la compétence que neuf mois plus tard.*

Il s'agit d'une demande de suspension des procédures en application de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui permet à la Cour, à sa discrétion, de suspendre les procédures soit lorsque la demande est en instance devant un autre tribunal, soit lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige. Les marchandises ont été envoyées par voie de terre de Vancouver à Baltimore, puis transportées par mer à Anvers, où elles ont été placées dans un nouveau



the bill of lading provided that disputes relating to cargo carried to or from the United States would be subject to the sole jurisdiction of the U.S. District Court, Southern District of New York, and U.S. law would be applied. Clause 3 provided that the carrier would, acting as the shipper's agent, arrange for transport of the cargo by other carriers from the place of origin to port of loading and/or from port of discharge to destination, and during such through transport, handling and storage of the goods would be subject to the freight contracts and tariffs of the other carriers. Clause 17 provided for the application of the American *Carriage of Goods by Sea Act* before loading and after discharge as long as the goods remained in the actual custody and control of the carrier. The paramount clause provided for the application of that Act when goods were shipped from the United States. The application for a stay was not made until nine months after the defence was filed.

The issues were (1) whether the jurisdiction clause applied; (2) whether the Court should exercise its discretion to grant a stay; (3) whether the balance of convenience favoured Canada; and (4) whether the defendants had submitted to the Court's jurisdiction.

*Held*, the application should be dismissed.

The defendants established a *prima facie* case for a stay based on the contractual obligation in the bill of lading requiring litigation before the New York District Court. The onus shifted to the plaintiff to show that there were special circumstances by reason of which justice required that the trial should take place in the Federal Court of Canada.

(1) The jurisdiction clause applied. (i) There was no ambiguity as to the court nominated by the owner. (ii) Under clause 3, the land carriage portion of the transportation was arranged by the ocean carrier as agent for the shipper. Thus, the contract for land carriage was separate and was between the shipper and the land carrier. Transportation by the ocean carrier was from the American East Coast and fell within the jurisdiction clause, even though the cargo came from Vancouver. (iii) The jurisdiction clause was not ambiguous. The ocean carrier acted as the shipper's agent in arranging other portions of the carriage to the port of loading. The face of the bill of lading was clearly for through transport, setting out an American port, Baltimore, as the port of loading. Finally, clause 17 made a clear reference, which was a reflection of the paramount clause, to the American *Carriage of Goods by Sea Act*.

conteneur pour être acheminées au Ghana, y arrivant avec des pièces manquantes et des dégâts. La clause 2 du connaissement prévoit que les litiges relatifs à la cargaison transportée aux États-Unis ou en provenant doivent relever de la compétence unique de la Cour de district américaine, District sud de New York, et le droit américain s'applique. La clause 3 prévoit que le transporteur prendra, à titre de mandataire de l'expéditeur, des dispositions pour le transport de la cargaison par d'autres transporteurs à partir du point d'origine au port de chargement ou à partir du port de déchargement jusqu'au lieu de destination, ou prendre ces deux mesures à la fois et que, au cours de ce transport direct, la manipulation et l'emmagasinage des marchandises feront l'objet des contrats d'affrètement et des tarifs des autres transporteurs. En vertu de la clause 17, la loi américaine dite *Carriage of Goods by Sea Act* s'applique avant le chargement et après le déchargement, aussi longtemps que les marchandises demeureront sous la garde et le contrôle réels du transporteur. La disposition attributive de prépondérance prévoit l'application de cette loi lorsque des marchandises sont expédiées à partir des États-Unis. La demande de suspension n'a été faite que neuf mois après que la défense eut été déposée.

Il s'agit de savoir 1) si la clause de compétence s'applique; 2) si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder une suspension; 3) si la prépondérance des inconvénients favorise le Canada et 4) si les défendeurs ont acquiescé à la compétence de la Cour.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Les défendeurs ont établi l'existence d'une cause *prima facie* en vue d'une suspension fondée sur l'obligation contractuelle figurant dans le connaissement, celle de saisir la cour de district de New York de tous litiges. Il incombe alors à la demanderesse de prouver qu'il existe des circonstances spéciales en raison desquelles la justice exige que le procès ait lieu devant la Cour fédérale du Canada.

1) La clause de compétence s'applique. i) Il n'existe certes pas d'ambiguïté quant au tribunal nommé par le propriétaire. ii) En vertu de la clause 3, la partie terrestre du transport a été arrangée par le transporteur maritime en tant que mandataire de l'expéditeur. Ainsi donc, le contrat de transport par terre est distinct et lie l'expéditeur et le voiturier par terre. Le transport assuré par le transporteur maritime a été effectué à partir de la Côte est américaine et relève donc de la clause de compétence même si la cargaison provenait de Vancouver. iii) La clause de compétence n'est pas ambiguë. Le transporteur maritime agit à titre de mandataire de l'expéditeur en prenant des dispositions pour d'autres parties du transport jusqu'au port de chargement. Le recto du connaissement porte clairement sur le transport direct, déterminant un port américain, Baltimore, comme port de chargement. En dernier lieu, la clause 17 fait clairement état, en raison de la disposition attributive de prépondérance, de la loi américaine dite *Carriage of Goods by Sea Act*.

(2) The discretion to deny a stay, given the jurisdiction clause, should not be exercised unless there is a strong cause for doing so.

(3) Even though the successful party could be awarded substantial costs in the Federal Court, but nothing in the New York District Court, this case fell into the category of "mere balance of convenience". The Court was not prepared to exercise its discretion to deny a stay on this basis alone. Neither Vancouver nor New York was more convenient than the other to the extent of providing a strong reason to override the jurisdiction clause.

(4) The defendants have given every indication of attornment to the jurisdiction. They did not explain why they had waited nine months after filing their defence before invoking the jurisdiction clause. In filing a defence and providing a draft list of documents without objecting to jurisdiction and only advising the plaintiff that they would be challenging jurisdiction nine months after filing the defence, the defendants left it too late to seek a stay on that ground.

2) Le pouvoir discrétionnaire de refuser une suspension, vu la clause de compétence, ne devrait pas être exercé à moins qu'il n'existe un motif impérieux de le faire.

3) Lors même que la partie qui a gain de cause pourrait se voir adjuger d'importants frais devant la Cour fédérale, mais rien devant la Cour de district de New York, l'espèce relève de la catégorie de la «simple prépondérance des incon vénients». La Cour n'est pas disposée à exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'accorder une suspension sur ce seul fondement. Ni Vancouver ni New York ne convient plus que l'autre au point de fournir un motif impérieux de passer outre à la clause de compétence.

4) Tout indique que les défendeurs ont acquiescé à la compétence. Ils n'ont pas expliqué pourquoi ils ont attendu neuf mois après avoir déposé leur défense avant d'invoquer la clause de compétence. En déposant une défense, en produisant un projet de liste de documents sans s'opposer à la compétence et en avisant la demanderesse qu'ils contesteraient la compétence seulement neuf mois après le dépôt de la défense, les défendeurs ont laissé s'écouler trop de temps pour demander une suspension fondée sur ce motif.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Carriage of Goods by Sea Act*, 46 U.S.C. App. § 1300 (1988).  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 50.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, Tariff B (as am. by SOR/95-282, s. 5).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Burrard-Yarrows Corp. v. The Hoegh Merchant*, [1982] 1 F.C. 248 (T.D.); *Seapearl (The ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.); *Eleftheria, The*, [1969] 1 L.Loyd's Rep. 237 (Adm.); *Ultramar Canada v. Lineas Asmar S.A.*, [1989] F.C.J. No. 242 (C.A.) (QL); *Oulton v. Radcliffe* (1874), L.R. 9 C.P. 189 (C.A.); *Fry v. Moore* (1889), 23 Q.B.D. 395 (C.A.); *May (A.S.) & Co. Ltd. v. Robert Reford Co. Ltd.*, [1969] 2 O.R. 611; (1969), 6 D.L.R. (3d) 288 (H.C.); *Catalyst Research Corp. v. Medtronic, Inc.*, [1981] 2 F.C. 620; (1981), 120 D.L.R. (3d) 159; 55 C.P.R. (2d) 85 (T.D.); aff'd [1982] 2 F.C. 657; (1982), 131 D.L.R. (3d) 767; 61 C.P.R. (2d) 91 (C.A.); *Vallorbe Shipping Co. S.A. v. The M.V. Tropwave*, [1975] F.C. 595 (T.D.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Carriage of Goods by Sea Act*, 46 U.S.C. App. § 1300 (1988).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 50.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, tarif B (mod. par DORS/95-282, art. 5).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Burrard-Yarrows Corp. c. Le Hoegh Merchant*, [1982] 1 C.F. 248 (1<sup>re</sup> inst.); *Navire Seapearl M/V c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.); *Eleftheria, The*, [1969] 1 L.Loyd's Rep. 237 (Adm.); *Ultramar Canada c. Lineas Asmar S.A.*, [1989] F.C.J. n<sup>o</sup> 242 (C.A.) (QL); *Oulton v. Radcliffe* (1874), L.R. 9 C.P. 189 (C.A.); *Fry v. Moore* (1889), 23 Q.B.D. 395 (C.A.); *May (A.S.) & Co. Ltd. v. Robert Reford Co. Ltd.*, [1969] 2 O.R. 611; (1969), 6 D.L.R. (3d) 288 (H.C.); *Catalyst Research Corp. c. Medtronic, Inc.*, [1981] 2 C.F. 620; (1981), 120 D.L.R. (3d) 159; 55 C.P.R. (2d) 85 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1982] 2 C.F. 657; (1982), 131 D.L.R. (3d) 767; 61 C.P.R. (2d) 91 (C.A.); *Vallorbe Shipping Co. S.A. c. Le N.M. Tropwave*, [1975] C.F. 595 (1<sup>re</sup> inst.).

## CONSIDERED:

*Ardennes, The* (1950), 84 Ll.L.Rep. 340 (K.B.); *Vishva Ajay, The*, [1989] 2 Lloyd's Rep. 558 (Q.B.).

## REFERRED TO:

*Mountainbell Co. Ltd. et al. v. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1988), 20 F.T.R. 57 (F.C.T.D.); *El Amria, The*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 119 (C.A.); *Spiliada, The*, [1987] 1 Rep. Lloyd's 1 (H.L.); *Nile Rhapsody, The*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 399 (Q.B.).

## AUTHORS CITED

Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Y. Blais, 1988.

APPLICATION to stay proceedings pursuant to *Federal Court Act*, section 50 based on a clause in the bill of lading which required that disputes relating to cargo carried to or from the U.S.A. be heard by the U.S. District Court. Application dismissed.

## COUNSEL:

*Christopher Giaschi* for plaintiff.  
*Peter G. Bernard* for defendants.

## SOLICITORS:

*McEwen, Schmitt*, Vancouver, for plaintiff.  
*Campney & Murphy*, Vancouver, for defendants.

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

HARGRAVE P.: This motion, by the defendants Flairius Enterprises S.A. and Mediterranean Shipping Co. S.A., for a stay of these proceedings which they submit ought to be heard by the U.S. District Court, Southern District of New York (the New York District Court), arises out of a jurisdiction clause in a bill of lading, dated November 30, 1993, at Vancouver, for a container of used clothing. The goods were shipped overland from Vancouver to Baltimore, then carried by the *MSC Giovanna* to Antwerp, where the goods were placed in a new container for onward carriage to Ghana, arriving there short and damaged.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Ardennes, The* (1950), 84 Ll.L.Rep. 340 (K.B.); *Vishva Ajay, The*, [1989] 2 Lloyd's Rep. 558 (Q.B.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Mountainbell Co. Ltd. et al. c. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1988), 20 F.T.R. 57 (C.F.1<sup>re</sup> inst.); *El Amria, The*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 119 (C.A.); *Spiliada, The*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); *Nile Rhapsody, The*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 399 (Q.B.).

## DOCTRINE

Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montréal: Y. Blais, 1988.

DEMANDE de suspension d'instance, en application de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, fondée sur une clause figurant dans le connaissement qui exigeait que les litiges relatifs à la cargaison transportée aux É.-U. ou en provenant soient entendus par la Cour de district américaine. Demande rejetée.

## AVOCATS:

*Christopher Giaschi* pour la demanderesse.  
*Peter G. Bernard* pour les défendeurs.

## PROCUREURS:

*McEwen, Schmitt*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Campney & Murphy*, Vancouver, pour les défendeurs.

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

LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: La présente requête, introduite par les défenderesses Flairius Enterprises S.A. et Mediterranean Shipping Co. S.A., en suspension des présentes procédures qui, selon elles, devraient être entendues par la Cour de district américaine, district sud de New York (la Cour de district de New York), découle d'une clause de compétence figurant dans un connaissement établi à Vancouver, en date du 30 novembre 1993, concernant un conteneur de vêtements usagés. Les marchandises ont été envoyées par voie de terre de Vancouver à Baltimore, puis transportées par le *MSC Giovanna* à Anvers, où

elles ont été placées dans un nouveau conteneur pour être acheminées au Ghana, y arrivant avec des pièces manquantes et des dégâts.

### PERTINENT BILL OF LADING PROVISIONS

The parties have dealt with each other in the past and thus the plaintiff would be taken to be familiar with the bill of lading. Clause 2 on the reverse of the bill of lading sets out, in part:

LAW AND JURISDICTION. Claims and disputes arising under or in connection with this B/L shall be referred to the High Court of Justice in London or such other place as the Carrier in his sole discretion shall designate. English law to be applied, unless some other law is compulsorily applicable, except that claims and disputes relating to cargo carried to or from the United States shall be subject to the sole jurisdiction of the U.S. in the U.S. District Court, Southern District of New York and U.S. law shall be applied. [Emphasis added.]

Clause 3 of the bill of lading deals, in part, with the filling in of through transport boxes on the face of the bill of lading and with arranging for other than the ocean carriage offered by the carrier:

If boxes 5 and/or 6 are filled out the Carrier will, acting as the shipper's agent, only arrange for transport of the cargo by other Carriers from the place of origin to Port of Loading and/or from Port of Discharge to destination, and during such segments of Through Transport, handling and storage of goods shall be subject to the freight contracts and tariffs of the other Carriers.

In the context of jurisdiction a portion of clause 17 is also relevant:

If goods are shipped from the U.S.A., U.S. COGSA shall apply before loading and after discharge as long as the goods remain in the actual custody and control of the Carrier.

### a LES DISPOSITIONS APPLICABLES DU CONNAISSEMENT

Les parties ont fait affaire ensemble dans le passé, de sorte que la demanderesse serait considérée comme étant au fait du connaissement. La clause 2 figurant au verso du connaissement se lit notamment:

[TRADUCTION] DROIT ET COMPÉTENCE. Les réclamations et les litiges nés du présent connaissement ou relativement à celui-ci doivent être déférés à la Haute Cour de justice de Londres ou à une autre instance que le transporteur, à sa discrétion, désignera. Le droit anglais s'applique, à moins qu'une autre loi ne soit d'application obligatoire, sauf que les réclamations et les litiges relatifs à la cargaison transportée aux États-Unis ou en provenant doivent relever de la compétence unique des É.-U., c'est-à-dire de la Cour de district américaine, District sud de New York, et le droit américain s'applique. [C'est moi qui souligne.]

La clause 3 du connaissement porte en partie sur les détails à insérer dans les cases relatives au transport direct, lesquelles figurent au recto du connaissement, et sur les dispositions prises en vue d'un moyen de transport autre que le transport maritime offert par le transporteur:

[TRADUCTION] Si les cases 5 ou 6 ou les deux sont remplies, le transporteur prendra, à titre de mandataire de l'expéditeur, des dispositions pour le transport de la cargaison par d'autres transporteurs seulement à partir du point d'origine au port de chargement ou à partir du port de déchargement jusqu'au lieu de destination, ou prendre ces deux mesures à la fois, et, au cours de ces parties de transport direct, la manipulation et l'emmagasinage des marchandises feront l'objet des contrats d'affrètement et des tarifs des autres transporteurs.

Dans le contexte de la compétence, une partie de la clause 17 est également pertinente:

[TRADUCTION] Si les marchandises sont expédiées des États-Unis, la loi américaine Carriage of Goods by Sea s'applique avant le chargement et après le déchargement aussi longtemps qu'elles demeureront sous la garde et le contrôle réels du transporteur.

as is the paramount clause which provides for the application of the *American Carriage of Goods by Sea Act* [46 U.S.C. App. § 1300 (1988)] when goods are shipped from the United States. All of this is typical of a combined transport bill of lading.

Il en est ainsi de la disposition attributive de prépondérance, qui prévoit l'application de l'*American Carriage of Goods by Sea Act* [46 U.S.C. App. § 1300 (1988)], lorsque des marchandises sont expédiées à partir des États-Unis. Il s'agit là du type même du <sup>a</sup>connaissance de transport combiné.

### PRESENT STATUS OF THE PROCEEDINGS

### ÉTAT ACTUEL DES PROCÉDURES

By this motion the defendants Flairius Enterprises S.A. and Mediterranean Shipping Co. S.A. apply for a stay pursuant to section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. No other defendants have been served, although a P & I Club letter of undertaking was given to prevent the arrest of the *MSC Giovanna*. The letter of undertaking, in favour of cargo owners, is not specific as to any court. It is valid for amounts "adjudged due or awarded to you by a Court/Arbital Tribunal of competent jurisdiction from the owners/demise charterers of the vessel *MSC Giovanna*".

Par la présente requête, les défenderesses Flairius Enterprises S.A. et Mediterranean Shipping Co. S.A. demandent une suspension en application de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7]. Bien qu'une lettre d'engagement de P & I Club ait été donnée pour empêcher la saisie du *MSC Giovanna*, aucun autre défendeur n'en a reçu la signification. La lettre d'engagement, en faveur des propriétaires de la cargaison, n'est pas destinée particulièrement à un tribunal. Elle est valable pour des sommes [TRADUCTION] «jugées dues ou qui vous ont été adjugées par une cour/un tribunal d'arbitrage compétent relativement aux propriétaires/affrêteurs à coque nue du navire *MSC Giovanna*».

Also relevant is the timing of the present motion. The action was begun, in an apparently timely manner, in November of 1994, with the defence of these two defendants following a month later. Draft affidavits of documents were exchanged during the first part of 1995 and the letter of undertaking, referred to above, issued at the end of March 1995. In June of 1995, plaintiff's solicitor requested the name of a candidate for examination for discovery. It was not until October 1, 1995, that the solicitors for Flairius Enterprises S.A. and Mediterranean Shipping Co. S.A. advised that they had been instructed to apply for a stay on the basis of the jurisdiction clause, in the bill of lading, which is set out above.

Est également pertinent le moment du dépôt de la présente requête. L'action a été intentée, de façon apparemment opportune, en novembre 1994, avec le dépôt de la défense de ces deux défenderesses un mois plus tard. Des projets d'affidavits ont été échangés au cours de la première partie de 1995, et la lettre d'engagement, susmentionnée, a été envoyée à la fin de mars 1995. En juin 1995, l'avocat de la demanderesse a demandé le nom d'un défendeur pour l'interrogatoire préalable. Ce n'est qu'au 1<sup>er</sup> octobre 1995 que les avocats de Flairius Enterprises S.A. et de Mediterranean Shipping Co. S.A. ont avisé qu'ils avaient reçu l'instruction de demander une suspension en raison de la clause de compétence, dans le connaissance, qui est énoncée ci-dessus.

### CONSIDERATION

### i EXAMEN

Section 50 of the *Federal Court Act* provides that the Court may, in its discretion, stay proceedings either where the claim is proceeding in another jurisdiction or where, for any reason, it is in the interest of justice.

L'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit que la Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures soit lorsque la demande est en instance devant un autre tribunal, soit lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

## Exercise of Discretion

In the present instance, the application for the stay is on the basis of a contractual agreement to litigate in the New York District Court. There is a substantial body of law as to how a court should exercise its discretion, including *Burrard-Yarrows Corp. v. The Hoegh Merchant*, [1982] 1 F.C. 248 (T.D.); *Seapearl (The ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161 (C.A.); and *Mountainbell Co. Ltd. et al. v. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1988), 20 F.T.R. 57 (F.C.T.D.).

In the *Seapearl (supra)* Mr. Justice Pratte, speaking for the Court of Appeal, [at pages 176-177] pointed out that, “*Prima facie*, an application to stay proceedings commenced in the Federal Court in defiance of an undertaking to submit a dispute to arbitration or to a foreign court must succeed because, as a rule, contractual undertakings must be honoured.” He went on to point out that to depart from the *prima facie* rule there must be strong reasons to enable a court to conclude that it would not be just or reasonable, in the circumstances, to enforce the contractual obligation.

In all three of the cases, the *Hoegh Merchant*, the *Seapearl* and *Mountainbell Co. Ltd.*, the courts either considered or quoted from the leading case in the area of an application for a stay grounded upon a jurisdiction clause in a bill of lading, *Eleftheria, The*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm.), a decision of Mr. Justice Brandon (as he then was).<sup>1</sup> The much quoted passage is at page 242:

The principles established by the authorities can, I think, be summarized as follows: (1) Where plaintiffs sue in England in breach of an agreement to refer disputes to a foreign Court, and the defendants apply for a stay, the English Court, assuming the claim to be otherwise within the jurisdiction, is not bound to grant a stay but has a discretion whether to do so or not. (2) The discretion should be exercised by granting a stay unless strong cause for not doing so is shown. (3) The burden of proving such strong cause is on the plaintiffs. (4) In exercising its discretion the Court should take into account all the circumstances of the particular case. (5) In particular, but without prejudice to (4), the following matters, where they arise, may be properly regarded: (a) In what country the evidence on the issues of

## Exercice du pouvoir discrétionnaire

En l’espèce, la demande de suspension repose sur un engagement contractuel, celui de saisir la Cour de district de New York de tout litige. Il existe une abondante jurisprudence sur la façon dont un tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire, à savoir les décisions *Burrard-Yarrows Corp. c. Le Hoegh Merchant*, [1982] 1 C.F. 248 (1<sup>re</sup> inst.); *Navire M/V Seapearl c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161 (C.A.); et *Mountainbell Co. Ltd. et al. c. W.T.C. Air Freight (H.K.) Ltd. et al.* (1988), 20 F.T.R. 57 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

Dans le *Seapearl*, précité, le juge Pratte a, au nom de la Cour [aux pages 176 et 177], souligné que «À priori, une requête en sursis d’instance engagée en Cour fédérale, contrairement à l’engagement de soumettre le litige à l’arbitrage ou à une juridiction étrangère, devrait être accueillie car, en règle générale, on doit respecter ses engagements». Il a ajouté que pour écarter cette règle, il faut des motifs impérieux pour permettre à un tribunal de conclure qu’il ne serait pas juste ni raisonnable, dans le cas d’espèce, de donner effet à l’obligation contractuelle.

Dans toutes les trois décisions de la jurisprudence, le *Hoegh Merchant*, le *Seapearl* et *Mountainbell Co. Ltd.*, les tribunaux ont ou bien examiné l’arrêt de principe *Eleftheria, The*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm.), rendu par le juge Brandon (tel était alors son titre)<sup>1</sup>, concernant une demande de suspension fondée sur une clause de compétence figurant dans un connaissement, ou en ont cité un extrait. Le passage fréquemment cité se trouve à la page 242:

[TRADUCTION] Les principes établis par la jurisprudence peuvent à mon avis être résumés de la manière suivante: 1) Lorsque les demandeurs intentent des poursuites en Angleterre, en rupture d’une entente selon laquelle les différends seraient renvoyés à un tribunal étranger, et lorsque les défendeurs demandent une suspension des procédures, le tribunal anglais, à supposer que la réclamation relève autrement de sa compétence, n’est pas tenu d’accorder une suspension des procédures, mais a le pouvoir discrétionnaire de le faire. (2) Le pouvoir discrétionnaire d’accorder une suspension des procédures devrait être exercé à moins qu’on ne démontre qu’il existe des motifs sérieux pour ne pas le faire. (3) La charge de la preuve en ce qui concerne ces motifs sérieux incombe aux demandeurs. (4) En exerçant

fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the English and foreign Courts. (b) Whether the law of the foreign Court applies and, if so, whether it differs from English law in any material respects. (c) With what country either party is connected, and how closely. (d) Whether the defendants genuinely desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages. (e) Whether the plaintiffs would be prejudiced by having to sue in the foreign Court because they would (i) be deprived of security for that claim; (ii) be unable to enforce any judgment obtained; (iii) be faced with a time-bar not applicable in England; or (iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial.

The *Eleftheria* involved a Greek jurisdiction clause in a bill of lading for carriage of plywood from Galatz in Romania to the United Kingdom. Mr. Justice Brandon began his consideration of the arguments by the parties by pointing out [at page 245]:

First, as to the *prima facie* case for a stay arising from the Greek jurisdiction clause. I think that it is essential that the Court should give full weight to the *prima facie* desirability of holding the plaintiffs to their agreement. In this connection I think that the Court must be careful not just to pay lip service to the principle involved, and then fail to give effect to it because of a mere balance of convenience.

These cautions, against only paying lip service to the principle, and against the granting of a stay, where there is a contractual obligation as to jurisdiction, on the basis of a “mere balance of convenience” is the corollary to the general proposition that there must be a strong reason to deny a contractual jurisdiction clause.

#### Burden of Proof

It is for the defendant to persuade the Court of the *prima facie* case, that is, that there is a more suitable

son pouvoir discrétionnaire, le tribunal devrait prendre en considération toutes les circonstances de l'affaire en cause. (5) Notamment mais sans préjudice du (4), les questions suivantes, s'il y a lieu, devraient être examinées: a) Dans quel pays peut-on trouver, ou se procureur facilement la preuve relative aux questions de faits, et quelles conséquences peut-on en tirer sur les avantages et les coûts comparés du procès devant les tribunaux anglais ou les tribunaux étrangers? b) Le droit du tribunal étranger est-il applicable et, si c'est le cas, diffère-t-il du droit anglais sur des points importants? c) Avec quel pays chaque partie a-t-elle des liens, et de quelle nature sont-ils? d) Les défendeurs souhaitent-ils vraiment porter le litige devant un tribunal étranger ou prennent-ils seulement avantage des procédures? e) Les demandeurs subiraient-ils un préjudice s'ils devaient tenter une action devant un tribunal étranger (i) parce qu'ils seraient privés de garantie à l'égard de leur réclamation; (ii) parce qu'ils seraient incapables de faire appliquer tout jugement obtenu; (iii) parce qu'il y aurait une prescription non applicable en Angleterre; ou (iv) parce que, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres, ils ne seraient pas en mesure d'obtenir un jugement équitable.

L'affaire *Eleftheria* portait sur une clause de compétence grecque figurant dans un connaissement pour le transport du contre-plaqué de Galatz en Roumanie au Royaume-Uni. Le juge Brandon a commencé son examen des moyens des parties en soulignant ce qui suit [à la page 245]:

[TRADUCTION] En premier lieu, quant à la cause *prima facie* pour une suspension découlant de la clause de compétence grecque, j'estime qu'il est essentiel que la cour accorde tout le poids nécessaire à l'avantage *prima facie* de faire respecter par les demandeurs leur engagement. À cet égard, j'estime que la Cour doit éviter de reconnaître le principe en cause tout juste pour la forme pour ensuite ne pas y donner effet en raison d'une simple prépondérance des inconvénients.

Ces mises en garde contre une reconnaissance purement symbolique du principe en cause suivie du refus d'une suspension, lorsqu'il existe une obligation contractuelle quant à la compétence, en raison d'une «simple prépondérance des inconvénients», sont le corollaire de l'idée générale qu'il faut un motif impératif pour refuser d'appliquer une clause de compétence contractuelle.

#### Fardeau de la preuve

Il appartient à la défenderesse de persuader la Cour de l'existence d'une cause *prima facie*, c'est-à-dire

or a proper forum elsewhere: once that is accomplished the burden then shifts to the plaintiff to show that there are special circumstances by reason of which justice requires that the trial should nevertheless take place where the present action has been commenced. For discussion of the concept of this shifting burden of proof, see *Spiliada, The*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.), at page 10 and a discussion of the *Spiliada* test in *Nile Rhapsody, The*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 399 (Q.B.) at pages 409 *et seq.*

### *Prima Facie Case*

In the present instance, the applicant defendants established the *prima facie* case for a stay on the contractual obligation in the bill of lading requiring litigation before the New York District Court. Counsel also emphasized that strong reasons are necessary to overcome the contractual jurisdiction clause.

The defendants' material goes on to point out both advantages and disadvantages in litigating in the New York District Court including that cargo actions such as this can normally be concluded within nine months to a year; that there is discovery of documents between the parties in that jurisdiction; and that there are rules for the taking of deposition evidence and for discovery by interrogatories; but, to be fair, no costs are awarded for attorney's fees.

The defendants also submit that, contrary to some of the plaintiff's affidavit material, New York would be a convenient place to which to bring witnesses, for there is no preponderance of witnesses in either Vancouver or on the American East Coast and that offshore witnesses might be brought to New York as easily as to Vancouver. These latter points, of course, go to convenience. However, that is part of the onus that is on the defendants to show that the New York District Court is a more suitable forum.

qu'il existe un tribunal plus pertinent ou approprié ailleurs: une fois cela fait, il incombe alors à la demanderesse de prouver qu'il existe des circonstances spéciales en raison desquelles la justice exige que le procès ait néanmoins lieu là où la présente action a été intentée. Pour la discussion du concept de ce déplacement du fardeau de la preuve, voir *Spiliada, The*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.), à la page 10 et, pour une discussion du critère dégagé dans l'arrêt *Spiliada*, voir *Nile Rhapsody, The*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 399 (Q.B.), à la page 409 et suiv.

### *Cause prima facie*

En l'espèce, les défendeurs requérants ont établi l'existence d'une cause *prima facie* en vue d'une suspension fondée sur l'obligation contractuelle figurant dans le connaissement, celle de saisir la cour de district de New York de tous litiges. L'avocat a également insisté sur le fait que d'impérieux motifs s'imposent pour passer outre à la clause de compétence contractuelle.

Se fondant sur leurs documents, les défendeurs soulignent les avantages et désavantages qu'il y a à déférer les différends à la Cour de district de New York, savoir que les actions en recouvrement de cargaison telles que l'espèce peuvent habituellement être tranchées dans un délai allant de neuf mois à un an, qu'il y a communication de documents entre les parties devant cette juridiction, et qu'il existe des règles régissant la prise des dépositions et la communication préalable au moyen d'interrogatoires, mais que, pour être juste, il faut dire qu'aucuns frais ne sont adjugés pour les honoraires d'avocat.

Les défendeurs soutiennent également que, contrairement à certains des documents sous forme d'affidavit de la demanderesse, New York serait un bon endroit pour y citer des témoins, car, en fait de témoins, ni Vancouver ni la Côte est américaine ne l'emportent l'une sur l'autre, et que des témoins à l'étranger pourraient être amenés à New York aussi facilement qu'à Vancouver. Ces derniers points, bien entendu, concernent la commodité. Toutefois, il s'agit là d'une partie de l'obligation, qui incombe aux



défendeurs, de prouver que la Cour de district de New York est un tribunal plus convenable.

### Plaintiff's Position

The plaintiff gives three reasons, each of which stands on its own, to deny the stay so that the proceedings and trial, if necessary, will take place in Vancouver. The reasons are as follows:

1. The jurisdiction clause in favour of the New York District Court does not apply to this shipment of goods;
2. If the jurisdiction clause does apply in relation to this cargo, the Court still retains a discretion to reject the clause and ought to do so where, as here, there is no connection with New York and the balance of convenience overwhelmingly favours Canada; and
3. Again, if the jurisdiction clause does apply, the Defendants who have brought this motion have, in any event, attorned to the jurisdiction of the Federal Court.

### Applicability of Jurisdiction Clause

The plaintiff submits that the jurisdiction clause, which provides in part that:

... claims and disputes relating to cargo carried to or from the United States shall be subject to the sole jurisdiction of the U.S. in the U.S. District Court, Southern District of New York, and U.S. law shall be applied . . . . [Emphasis added.]

must be precisely interpreted for, as pointed out in the third edition (1988) of Tetley on *Marine Cargo Claims*, at page 816:

Unless the jurisdiction clause is clear and precise, it should not be honoured because it will not allow the parties to know with certainty before which court they are to proceed. In some countries a jurisdiction clause is not valid unless the name of the actual court is spelled out.

The argument proceeds that not all disputes under the bill of lading are under the jurisdiction of the New

### La position de la demanderesse

La demanderesse invoque trois motifs, indépendants les uns des autres, pour refuser la suspension de sorte que les procédures et le procès, si nécessaire, aient lieu à Vancouver. Voici ces motifs:

- <sup>a</sup> [TRADUCTION] 1. La clause de compétence favorisant la Cour de district de New York ne s'applique pas à cette expédition de marchandises.
- <sup>b</sup> 2. Si la clause de compétence s'applique effectivement à cette cargaison, la Cour conserve le pouvoir discrétionnaire de la rejeter et devrait le faire lorsque, comme en l'espèce, il n'existe aucun lien avec New York et que la prépondérance des inconvénients joue inéluctablement en faveur du Canada.
- <sup>c</sup> 3. Encore une fois, si la clause de compétence s'applique effectivement, les défendeurs qui ont introduit la présente requête ont, en tout état de cause, reconnu la compétence de la Cour fédérale.

### Applicabilité de la clause de compétence

La demanderesse soutient que la clause de compétence, qui prévoit notamment:

[TRADUCTION] . . . les réclamations et les litiges relatifs à la cargaison transportée aux États-Unis ou en provenant doivent relever de la compétence unique des É.-U., c'est-à-dire de la Cour de district américaine, district sud de New York, et le droit américain s'applique. [C'est moi qui souligne.]

doit être interprétée avec précision car, comme l'a souligné la troisième édition (1988) de l'ouvrage de Tetley ayant trait aux *Marine Cargo Claims*, à la page 816:

[TRADUCTION] À moins que la clause de compétence soit claire et précise, elle ne devrait pas être respectée parce qu'elle ne permettra pas aux parties de connaître avec certitude le tribunal devant lequel elles doivent agir. Dans certains pays, une clause de compétence n'est valide que si le nom du tribunal réel est précisé.

Il est allégué que les litiges sous le régime du connaissance ne relèvent pas tous de la compétence

York District Court, but only claims “relating to cargo carried to or from the U.S.”. The plaintiff correctly points out that the cargo was transported from Vancouver to Ghana and the fact that the cargo was loaded onto an ocean vessel at Baltimore, U.S.A., does not alter the origin of the cargo: the cargo is still “from” Vancouver and not from the United States. Thus, on the facts and on a plain reading of the bill of lading, the jurisdiction clause in favour of the New York District Court does not apply.

In my mind there are several answers to this submission. First, in the authorities on which Professor Tetley bases this observation, there was clearly some ambiguity as to the court or even the location of the court and while a bill of lading is probably best described as a standard form of contract, not a contract of adhesion, an ambiguity is going to be construed against a carrier who printed up the bill of lading. However, in the present instance there is certainly not an ambiguity as to the court nominated by the owner.

A second approach to this issue involves the nature of a multimodal bill of lading, of which the present is an example. In clause 3 of the bill of lading, set out in part above, it is clear that the land carriage portion of the transportation was arranged for by the ocean carrier as agent for the shipper. Thus the contract for land carriage is separate and is between the shipper and the land carrier. On this analysis it is clear that transportation, by the ocean carrier, as defendant, was from the American East Coast and thus it falls within the jurisdiction clause. This is so even though box 5 on the face of the bill of lading, styled “From: (Through Transport)”, shows the cargo as coming from Vancouver. Box 5 having been filled in, the situation comes within clause 3 on the reverse of the bill of lading which reads in part “If boxes 5 and/or 6 are filled out, the Carrier will, acting as the shipper’s agent, only arrange for transportation of the cargo by other Carriers from the place of origin to Port of Loading. . . .” Thus, as I say, the contract with the defendant carrier is for ocean carriage from Baltimore, U.S.A. and clearly within the jurisdiction clause.

de la Cour de district de New York, qui a seulement compétence pour trancher les réclamations «relatives à la cargaison transportée aux É.-U. ou en provenant». La demanderesse souligne à juste titre que la cargaison a été transportée de Vancouver au Ghana, et que le chargement de la cargaison à bord d’un navire de haute mer à Baltimore (É.-U.) ne modifie en rien l’origine de la cargaison: la cargaison [TRADUCTION] «provient» toujours de Vancouver et non des États-Unis. Ainsi donc, vu les faits et après une simple lecture du connaissement, on s’aperçoit que la clause en faveur de la Cour de district de New York ne s’applique pas.

À mon avis, il existe plusieurs réponses à cet argument. En premier lieu, dans les sources sur lesquelles le professeur Tetley fonde cette observation, il existait, à l’évidence, une certaine ambiguïté quant au tribunal ou même quant au lieu du tribunal et, bien qu’un connaissement soit probablement mieux décrit comme un contrat type, et non pas comme un contrat d’adhésion, toute ambiguïté sera interprétée à l’encontre du transporteur qui a rédigé le connaissement. Toutefois, en l’espèce, il n’existe certes pas d’ambiguïté quant au tribunal nommé par le propriétaire.

Une autre façon d’envisager la question porte sur la nature d’un connaissement plurimodal, dont le présent est un exemple. Dans la clause 3 du connaissement, reproduite partiellement ci-dessus, il est clair que la partie terrestre du transport a été arrangée par le transporteur maritime en tant que mandataire de l’expéditeur. Ainsi donc, le contrat de transport par terre est distinct et lie l’expéditeur et le voiturier par terre. Il ressort de cette analyse que le transport, assuré par le transporteur maritime, comme défendresse, a été effectué de la Côte est américaine et relève donc de la clause de compétence. Il en est ainsi même si la case 5 au recto du connaissement, intitulée [TRADUCTION] «Provenance: (transport direct)» indique que la cargaison provenait de Vancouver. La case 5 ayant été remplie, la situation relève de la clause 3 figurant au verso du connaissement qui dit notamment [TRADUCTION] «Si les cases 5 ou 6 ou les deux sont remplies, le transporteur prendra, à titre de mandataire de l’expéditeur, des dispositions pour le transport de la cargaison par d’autres transporteurs seulement à partir du point d’origine au port de chargement».

A third, and to my mind perhaps better analysis, leading to the same conclusion, is based on looking at the bill of lading as a whole, much as would a knowledgeable shipper who might, if unhappy about the arrangement, to borrow from the *dictum* of Lord Goddard in *Ardennes, The* (1950), 84 Ll.L. Rep. 340 (K.B.), at page 344, if there were time, demand his goods back from the carrier.

I do not think that a knowledgeable shipper, considering the ocean transportation portion of the carriage, would feel there was anything ambiguous about the jurisdiction clause, taking into consideration all of the circumstances in the case and the whole of the contract contained in the bill of lading. Clause 2, the jurisdiction clause, is not ambiguous. Clause 3 makes clear that in a through carriage situation the ocean carrier acts as the shipper's agent in arranging other portions of the carriage, to the port of loading. The face of the bill of lading is clearly for through transport, setting out an American port, Baltimore, as the port of loading. Finally, clause 17 makes a clear reference, which is a reflection of the paramount clause, clause 1 on the back of the bill of lading, to the *American Carriage of Goods by Sea Act*.

For all of these reasons the first argument, that the jurisdiction clause in favour of the New York District Court does not apply, is not convincing.

#### Balance of Convenience

The plaintiff submits that even if the jurisdiction clause does apply, the Court still has the discretion to reject the clause should there be no connection with New York and the balance of convenience be overwhelmingly in favour of jurisdiction here in Canada. However, I would point out Mr. Justice

Ainsi, selon moi, le contrat conclu avec le transporteur défendeur porte sur le transport maritime depuis Baltimore (É.-U.) et relève clairement de la clause de compétence.

<sup>a</sup> Une troisième analyse, peut-être meilleure à mon avis, qui conduit à la même conclusion repose sur l'examen de l'ensemble du connaissance, comme le ferait un expéditeur bien informé qui, s'il n'est pas content de l'arrangement, pour reprendre l'opinion incidente du lord Goddard dans *Ardennes, The* (1950), 84 Ll.L. Rep. 340 (K.B.), à la page 344, pourrait, s'il n'était pas trop tard, exiger du transporteur de lui remettre ses marchandises.

<sup>c</sup> Je ne pense pas qu'un expéditeur bien informé, examinant l'aspect maritime du transport, estimerait qu'il existait quelque chose d'ambigu quant à la clause de compétence, tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire et de l'ensemble du contrat figurant dans le connaissance. La clause 2, la clause de compétence, n'est pas ambiguë. La clause 3 précise que dans un cas de transport direct, le transporteur maritime agit comme le mandataire de l'expéditeur en prenant des dispositions quant à d'autres parties du transport, jusqu'au port de chargement. Le recto du connaissance porte clairement sur le transport direct, mentionnant un port américain, Baltimore, comme port de chargement. En dernier lieu, la clause 17 fait clairement état, en raison de la disposition attributive de prépondérance (la clause 1 figurant au verso du connaissance), de l'*American Carriage of Goods by Sea Act*.

<sup>d</sup> Par tous ces motifs, le premier argument selon lequel la clause de compétence favorisant la Cour de district de New York ne s'applique pas n'est pas convaincant.

#### Prépondérance des inconvénients

<sup>e</sup> La demanderesse soutient que même si la clause de compétence s'appliquait effectivement, la Cour a encore le pouvoir discrétionnaire de rejeter la clause s'il n'existe aucun lien avec New York et si la prépondérance des inconvénients penche inéluctablement en faveur de la compétence d'un tribunal canadien. Je

Hugessen's view in *Ultramar Canada v. Lineas Asmar S.A.*, [[1989] F.C.J. No. 242 (C.A.) (QL)] that [at page 2] "mere questions of convenience in the marshalling of evidence are not enough to overcome a contractual undertaking to submit a dispute to arbitration or to a foreign court."

The plaintiff's affidavit material, at first glance, appears to cover off many of the matters referred to in *Eleftheria (supra)* which may properly be regarded in making the assessment as to convenience.

The plaintiff notes that the shipper is a British Columbia company and that the container was stuffed at the plaintiff's place of business in Surrey, British Columbia, and submits that most of the witnesses are located in Vancouver, except those in Ghana, where the goods were allegedly delivered with shortage and damage. The defendants Flairius Enterprises and Mediterranean Shipping are Swiss companies. None of the parties to the action are in the United States, or more particularly in New York State: the plaintiff says it has no reason to believe that there should be witnesses from that area. Finally, the plaintiff does concede that as the goods were transferred from the original Vancouver container to a new container in Antwerp, there might be witnesses from Antwerp to be called. However, whether those witnesses are brought to New York or to Vancouver matters little from a convenience point of view.

On a closer reading, some of the plaintiff's affidavit material is conjecture and generalization, however, some of the points are, notwithstanding the submissions to this effect by the defendants, perfectly valid.

For their part, the defendants say that the plaintiff has failed to show by a strong reason or reasons that the New York District Court is inconvenient and that the assumption that there will be no Baltimore witnesses is only that. As to witnesses elsewhere they may be brought to New York, as easily as to Vancouver. Thus, as to Vancouver being a convenient

soulignerais néanmoins le point de vue du juge Hugessen dans l'affaire *Ultramar Canada c. Lineas Asmar S.A.*, [[1989] F.C.J. n° 242 (C.A.) (QL)] selon lequel [à la page 2] «une simple question de commodité dans la constitution de la preuve ne suffit pas à primer une obligation contractuelle de soumettre un litige à l'arbitrage ou d'en saisir une cour étrangère.»

Les affidavits produits par la demanderesse semblent, à première vue, porter sur de nombreuses questions mentionnées dans l'affaire *Eleftheria* (précitée) dont on peut tenir compte pour procéder à l'évaluation de la commodité.

La demanderesse fait remarquer que l'expéditeur est une compagnie de Colombie-Britannique, et que le conteneur a été rempli à sa place d'affaires à Surrey (Colombie-Britannique), et elle soutient que la plupart des témoins se trouvent à Vancouver, excepté ceux au Ghana, où les marchandises auraient été livrées avec des dommages et des pièces manquantes. Les défendresses Flairius Enterprises et Mediterranean Shipping sont des compagnies suisses. Aucune des parties à l'action ne se trouve aux États-Unis, ou plus particulièrement dans l'État de New York: la demanderesse dit qu'elle n'a aucune raison de croire qu'il devrait y avoir des témoins dans cette région. En dernier lieu, la demanderesse reconnaît que puisque les marchandises ont été transférées du conteneur initial de Vancouver à un nouveau conteneur à Anvers, il se peut que des témoins d'Anvers soient cités. Toutefois, que ces témoins soit amenés à New York ou à Vancouver importe peu du point de vue de la commodité.

Une lecture plus approfondie des documents sous forme d'affidavit de la demanderesse révèle une part de conjecture et de généralisation. Toutefois, certains des points sont, malgré les observations des défendeurs à cet égard, parfaitement valables.

Pour leur part, les défendeurs soutiennent que la demanderesse n'a pas démontré au moyen d'un motif ou de motifs impérieux que la Cour de district de New York ne convient pas, et que la présomption qu'il n'y aura pas de témoins à Baltimore n'est que cela, une présomption. Quant aux témoins venant d'ailleurs, on peut les faire venir à New York, aussi facilement qu'à

forum, it is only such in the eyes of Vancouver witnesses.

The defendants also point out that the New York District Court is an experienced Court and that their management is such that the case might well be transferred to New York and completed in nine to twelve months, well before the case could be completed here in Vancouver were it to remain here. The plaintiff's security is still good in New York. The defendants are prepared to waive any time bar. The plaintiff acknowledges that no other defendants have been served and therefore it would seem that waiver of a time bar, by any other of the defendants, is not a factor. Finally, the New York District Court has discovery procedure analogous to ours, although the defendants, who bring this motion, admit that the New York District Court does not award attorney's fees.

It concerns me that in the New York District Court the successful plaintiff will not be awarded attorney's fees in order to help defray costs. The amount at stake, for short and damaged cargo, is only some \$45,000. Under the new Tariff B of Federal Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/95-282, s. 5)] costs, the plaintiff might obtain substantial reimbursement if the matter remains in the Federal Court, but nothing if it goes to the New York District Court.

Mr. Justice Sheen considered a similar cost issue in *Vishva Ajay, The*, [1989] 2 Lloyd's Rep. 558 (Q.B.). In that case he noted that a successful litigant in India would not be awarded costs on a realistic basis and if that were so there was an advantage to both parties in litigating in England, where the successful party, either plaintiff or defendant, would recover a higher proportion of their costs. This analysis, at page 560 of *Vishva Ajay*, covers various aspects of the question

Vancouver. Ainsi donc, seuls les témoins de Vancouver voient dans cette ville le tribunal le plus commode.

Selon les défendeurs, la Cour de district de New York est un tribunal expérimenté, et sa gestion est telle que l'affaire pourrait très bien être transférée à New York et tranchée dans un délai de neuf à douze mois, soit bien plus rapidement qu'elle ne le serait à Vancouver si elle devait y être jugée. Le cautionnement de la demanderesse est toujours valable à New York. Les défendeurs sont disposés à ne pas invoquer la prescription. La demanderesse reconnaît qu'aucun autre défendeur n'a reçu de signification et que, en conséquence, il semble que la renonciation au droit d'invoquer la prescription, par un autre défendeur, ne constitue pas un facteur. En dernier lieu, la Cour de district de New York a une procédure de communication de documents et d'interrogatoire préalable analogue à la nôtre, bien que les défendeurs, qui introduisent la présente requête, reconnaissent que la Cour de district de New York n'adjuge pas d'honoraires d'avocat.

Je me soucie du fait que la Cour de district de New York n'adjuge pas d'honoraires d'avocat à la demanderesse victorieuse pour l'aider à couvrir ses frais. La somme en jeu, pour la cargaison manquante et endommagée, s'élève seulement à 45 000 \$. Selon le nouveau tarif B de la Cour fédérale [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/95-282, art. 5)] relatif aux frais et dépens, la demanderesse pourrait obtenir un important remboursement si la Cour fédérale était saisie de l'affaire, mais elle n'obtiendrait rien si la Cour de district de New York en était saisie.

Le juge Sheen a examiné une question semblable portant sur les frais et dépens dans *Vishva Ajay, The*, [1989] 2 Lloyd's Rep. 558 (Q.B.). Dans cette affaire, il a noté qu'un plaideur qui avait gain de cause en Inde ne se verrait pas adjuger les frais de façon réaliste, et que s'il en était ainsi, les deux parties avaient intérêt à plaider en Angleterre, où la partie qui a gain de cause, que ce soit le demandeur ou le défendeur, recouvrerait une proportion plus élevée de

and concludes that the advantage of litigating in England, where costs are more realistic, accrues to both parties.

Were the present instance a case merely of deciding jurisdiction on the basis of appropriateness or convenience, the absence of costs in the New York District Court might well be persuasive. However in this instance, the discretion to deny a stay, given the jurisdiction clause, should not be exercised unless there is a strong cause for doing so. Therefore, notwithstanding substantial Federal Court costs on the one hand and an absence for reimbursement of attorney's fees on the other, this issue falls into the category of "mere balance of convenience" referred to by Mr. Justice Brandon in *Eleftheria* (*supra*). I am not prepared to exercise my discretion and deny a stay on this basis alone.

As Mr. Justice Collier pointed out in *The Hoegh Merchant* (*supra*) at page 250, a mathematical count of the pros and cons of a forum is not conclusive. In looking at the conveniences of either Vancouver or of New York, I am not able to say that one is more convenient than the other to the extent of there being a strong reason, overriding the jurisdiction clause and pointing to a stay as a proper outcome.

#### Attornment to Jurisdiction

The plaintiff's position is that if the defendant wishes to challenge the jurisdiction of the Federal Court, that must be done before filing an appearance or otherwise taking a step in the proceeding. By taking steps in this proceeding, including filing a defence and exchanging draft affidavits of documents and also allowing some nine months to go by since filing a defence, the defendants have waived any right to challenge the jurisdiction of the Federal Court.

ses frais. Cette analyse, à la page 560 de *Vishva Ajay*, porte sur divers aspects de la question, et conclut que l'avantage de plaider en Angleterre, où les frais sont plus réalistes, revient aux deux parties.

<sup>a</sup> S'il s'agissait uniquement en l'espèce de décider de la compétence en fonction de ce qui est approprié ou commode, la non-adjudication des frais devant la Cour de district de New York pourrait très bien constituer un argument convaincant. Toutefois, en l'espèce, le pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension, vu la clause de compétence, ne devrait pas être exercé à moins qu'il existe un motif impérieux de le faire. En conséquence, malgré l'importance des frais susceptibles d'être adjugés par la Cour fédérale d'une part et le non-remboursement d'honoraires d'avocat d'autre part, la question relève de la catégorie de la «simple prépondérance des inconvénients» dont a fait état le juge Brandon dans *Eleftheria* (précité). Je ne suis pas disposé à exercer mon pouvoir discrétionnaire et à refuser d'accorder une suspension sur ce seul fondement.

<sup>e</sup> Comme l'a souligné le juge Collier dans *The Hoegh Merchant* (précité), à la page 250, le calcul mathématique des avantages et désavantages d'un tribunal n'est pas concluant. Lorsque j'examine les avantages respectifs de Vancouver et de New York, je suis incapable de considérer que ceux de l'une de ces villes l'emportent à ce point sur ceux de l'autre qu'il est impérieux de passer outre à la clause de compétence et que l'octroi d'une suspension se révèle la seule solution appropriée.

#### Reconnaissance de la compétence

<sup>h</sup> Selon la demanderesse, si le défendeur désire contester la compétence de la Cour fédérale, il doit le faire avant de déposer un acte de comparution ou avant de prendre d'autres mesures dans la procédure. En prenant des mesures dans la présente procédure, telles le dépôt d'une défense et l'échange de projets d'affidavits, et en permettant que s'écoulent quelque neuf mois depuis le dépôt d'une défense, les défendeurs ont renoncé au droit de contester la compétence de la Cour fédérale.

Certainly the older cases take a very hard line. In *Oulton v. Radcliffe* (1874), L.R. 9 C.P. 189 (C.A.), an undertaking to appear, given by counsel, followed by an appearance was enough to cure an irregularity in service and establish jurisdiction, despite subsequent objections by the defendant.

In *Fry v. Moore* (1889), 23 Q.B.D. 395, the Court of Appeal pointed out that the defendant had taken at least two steps in the action and thereby had waived any irregularity and could not then object to jurisdiction. This hard line has been carried forward into the modern cases, including in this Court.

The first case to which counsel for the plaintiff referred, dealing with attornment, is *May (A.S.) & Co. Ltd. v. Robert Reford Co. Ltd.*, [1969] 2 O.R. 611 (H.C.), which involved a Yugoslavian jurisdiction clause in a bill of lading for goods shipped from Yugoslavia to Ontario. The Yugoslavian jurisdiction clause provided [at page 612] that "Any dispute arising under this bill of lading to be decided in Yugoslavia according to Yugoslavian law". The Court felt that the balance of convenience lay in the jurisdiction of the Ontario Court, although this finding is perhaps suspect in that *Eleftheria* (*supra*), which had only been decided two months previously, was not referred to, and thus there is no reference for the need for strong reasons to show an operative balance of convenience in favour of a stay. However, the important determination in the *Robert Reford* case, at page 615 was that of attornment to the jurisdiction of the Ontario Court when the foreign defendant entered an unconditional appearance:

There is another matter which in my view operates as a bar to the present application, namely, the entrance of an unconditional appearance on behalf of this applicant as above stated. If the case was one to which the *Arbitrations Act*, already quoted, applied then, of course, the entry of appearance would have no effect because of the language of the statute. Holding as I do that the *Arbitrations Act* does not apply the entry of appearance must be viewed as an attornment to the jurisdiction of the Court and that it is now too late for the applicant to seek a stay: see *Raymond v.*

Certainement l'ancienne jurisprudence adopte une attitude très ferme. Dans l'affaire *Oulton v. Radcliffe* (1874), L.R. 9 C.P. 189 (C.A.), un engagement à comparaître, donné par des avocats, suivi d'une comparution, suffisait à remédier à une irrégularité dans la signification et à établir la compétence, malgré des objections ultérieures de la part du défendeur.

Dans l'affaire *Fry v. Moore* (1889), 23 Q.B.D. 395, la Cour d'appel a souligné que le défendeur ayant pris au moins deux mesures dans l'action, il avait ainsi renoncé à exciper de toute irrégularité, et ne pouvait alors s'opposer à la compétence. Cette optique stricte a été suivie dans la jurisprudence moderne, y compris celle de la Cour.

La première décision dont a fait état l'avocat de la demanderesse et qui porte sur la reconnaissance est la décision *May (A.S.) & Co. Ltd. v. Robert Reford Co. Ltd.*, [1969] 2 O.R. 611 (H.C.). Il y était question d'une clause de compétence yougoslave dans un connaissement concernant des marchandises expédiées de Yougoslavie en Ontario. Cette clause de compétence yougoslave prévoyait [à la page 612] que [TRADUCTION] «Tout litige né de ce connaissement doit être tranché en Yougoslavie selon le droit yougoslave.» Selon la Cour, la prépondérance des inconvénients favorisait la Cour de l'Ontario, mais cette conclusion était peut-être suspecte en ce sens que l'affaire *Eleftheria* (précitée), tranchée seulement deux mois auparavant, n'a pas été mentionnée ni, par conséquent, la nécessité de motifs impérieux pour indiquer que la balance des inconvénients penche en faveur d'une suspension. Toutefois, l'importante conclusion dans l'affaire *Robert Reford*, à la page 615 portait sur la reconnaissance de la compétence de la Cour de l'Ontario en raison du dépôt, par le défendeur étranger, d'un acte de comparution inconditionnelle.

[TRADUCTION] Il existe une autre question qui, à mon avis, a pour effet de faire obstacle à la présente demande, à savoir l'inscription d'un acte de comparution inconditionnelle faite au nom du requérant à l'instance comme il a été dit ci-dessus. Si l'espèce était celle à laquelle la *Loi sur l'arbitrage*, déjà citée, s'appliquait, alors, bien entendu, l'inscription d'un acte de comparution n'aurait aucun effet étant donné le texte de la loi. Comme je décide que la *Loi sur l'arbitrage* ne s'applique pas, l'inscription d'un acte de comparution doit être considéré comme une reconnaissance

*Adrema Ltd. and Farrington-Bradma Ltd.*, [1962] O.R. 677, 33 D.L.R. (2d) 469.

Turning from the Ontario High Court to the Federal Court, Mr. Justice Mahoney (as he then was) in *Catalyst Research Corp. v. Medtronic, Inc.*, [1981] 2 F.C. 620 (T.D.) (affirmed by the Court of Appeal [1982] 2 F.C. 657) dealt quite decisively with attornment. The defendant, Medtronic, had applied for leave to file a conditional appearance, to set aside service, but it also, one month later, had joined in an application for security for costs. Having applied for security for costs the Court found that Medtronic could not thereafter object to the jurisdiction of the Court for, "Having approbated, it has waived its right to reprobate" (page 623). The interesting point here is that Medtronic had not filed any unconditional appearance and indeed had applied for leave to file a conditional appearance, but having relied on the Court's jurisdiction for another purpose, could not then successfully argue that it had not attorned to the jurisdiction.

The Court of Appeal in *Medtronic (supra)*, in very short reasons, pointed out that not every application for security for costs by a foreign defendant would necessarily amount to an attornment to the jurisdiction, but where more than a month had gone by, between the challenge to jurisdiction (the leave to enter a conditional appearance) and the request for security for costs, a waiver of objection to jurisdiction was properly inferred. Indeed, the Court of Appeal felt so certain on this point that after hearing from the appellant, they did not call upon the respondent.

In *Vallorbe Shipping Co. S.A. v. The M.V. Tropwave*, [1975] F.C. 595 (T.D.), Mr. Justice Heald (as he then was) dealt with an application for a stay under section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], the defendant relying upon

de la compétence de la Cour, et il est maintenant trop tard pour que le requérant demande une suspension: voir *Raymond v. Adrema Ltd. and Farrington-Bradma Ltd.*, [1962] O.R. 677, 33 D.L.R. (2d) 469.

Quittons la Haute Cour de l'Ontario pour parler de la Cour fédérale. Dans l'affaire *Catalyst Research Corp. c. Medtronic, Inc.*, [1981] 2 C.F. 620 (1<sup>re</sup> inst.) (confirmée par la Cour d'appel, [1982] 2 C.F. 657), le juge Mahoney (tel était alors son titre) s'est catégoriquement penché sur la question de la reconnaissance. La défenderesse Medtronic avait demandé l'autorisation de déposer un acte de comparution conditionnelle et sollicité l'annulation de la signification, mais, un mois plus tard, elle s'était également jointe à une requête en cautionnement *judicatum solvi*. La Cour a conclu que puisqu'elle avait demandé ce cautionnement, Medtronic ne pouvait par la suite contester la compétence de la Cour car «Par le simple fait d'avoir acquiescé, elle a renoncé à ses moyens d'exception» (page 623). Ce qui est intéressant dans cette affaire, c'est que Medtronic, loin d'avoir déposé un acte de comparution inconditionnelle, avait en fait demandé la permission de déposer un acte de comparution conditionnelle, mais, ayant invoqué la compétence de la Cour pour une autre fin, elle ne pouvait alors prétendre avec succès qu'elle n'avait pas reconnu sa compétence.

Dans l'affaire *Medtronic* (précitée), la Cour d'appel, dans ses motifs très brefs, a souligné que la demande de cautionnement pour frais judiciaires présentée par un défendeur étranger ne constituait pas nécessairement une reconnaissance de compétence, mais que, lorsque plus d'un mois s'était écoulé entre la contestation de la compétence (la permission de déposer un acte de comparution conditionnelle) et la requête en cautionnement pour frais, on était en droit de conclure à la renonciation au droit de soulever l'incompétence de la Cour. En fait, la Cour d'appel était si sûre d'elle sur ce point que, après avoir entendu l'appelante, elle n'a pas entendu l'intimée.

Dans *Vallorbe Shipping Co. S.A. c. Le N.M. Tropwave*, [1975] C.F. 595 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Heald (tel était alors son titre) statuait sur une demande de suspension fondée sur l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10], le



a a jurisdiction clause providing for arbitration in New York. There were two interesting aspects to *Tropwave*. First, it was the plaintiff who brought the motion to stay its own action. Second, the parties were also in the midst of arbitration proceedings in New York. However, the plaintiff commenced the Canadian court action and the defendant, disponent owners of the *Tropwave*, filed a defence and a counterclaim. Mr. Justice Heald analyzed the situation by saying that the plaintiff, in bringing the court proceedings, clearly expressed an intention to revoke the arbitration clause and the defendant, by filing a defence and counterclaim, clearly expressed a similar intention (page 600).

### CONCLUSION

The defendants do not explain why they waited some nine months from when they filed their defence, until October 1, 1995, before relying on the jurisdiction clause. They do not say they were unaware or had overlooked the jurisdiction clause in the bill of lading. Indeed, they must be taken to have been aware of the jurisdiction clause at all times.

f There was some discussion, at the hearing of the motion, as to whether the plaintiff, who had spent substantial money on lawyers in this jurisdiction, would in fact be prejudiced by a stay and the movement of the case to the New York District Court. I do not believe that prejudice enters into the attornment equation, for in some of the reported cases dealing with attornment, the objection to jurisdiction was at a very early stage. Rather, it is a matter of submission to the jurisdiction of the Court which, even with fairly substantial reasons, cannot be undone.

In filing a defence and providing a draft list of documents, without objecting to jurisdiction and only advising the plaintiff of the jurisdiction some nine months after filing the defence, the defendants have left it too late to now object to jurisdiction. The

défendeur s'appuyant sur une clause de compétence prévoyant l'arbitrage à New York. L'affaire *Tropwave* comporte deux aspects intéressants. En premier lieu, c'est la demanderesse qui a introduit la requête en suspension de sa propre action. En second lieu, les parties se trouvaient également en plein arbitrage à New York. Cependant, la demanderesse a intenté l'action devant la cour canadienne et le défendeur, frère propriétaire du navire *Tropwave*, a déposé une défense et une demande reconventionnelle. Le juge Heald a analysé la situation en disant que la demanderesse, par son action judiciaire, a clairement exprimé son intention de révoquer la clause compromissoire et que la défenderesse, en déposant sa défense et sa demande reconventionnelle, a clairement exprimé une intention semblable (page 600).

### CONCLUSION

d Les défendeurs n'ont pas expliqué pourquoi ils ont attendu quelque neuf mois après le dépôt de leur défense, soit jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 1995, avant d'invoquer la clause de compétence. Ils ne disent pas avoir ignoré ou omis la clause de compétence figurant dans le connaissement. En fait, on doit les considérer comme ayant été en tout temps conscients de cette clause.

f À l'audition de la requête, il y a eu discussion de la question de savoir si la demanderesse, qui a engagé d'importantes dépenses pour les honoraires d'avocat devant cette instance, subirait en fait un préjudice du fait d'une suspension et du transfert de l'affaire à la Cour de district de New York. Je ne pense pas que le préjudice entre dans l'équation de la reconnaissance, car, dans certaines décisions publiées portant sur la reconnaissance, l'opposition à la compétence avait eu lieu à un stade primitif. Il est plutôt question de soumission à la compétence de la Cour qui, même en présence de motifs vraiment importants, est irrévocable.

En déposant leur défense et en produisant un projet de liste de documents sans s'opposer à la compétence, et en invoquant auprès de la demanderesse la clause de compétence seulement quelque neuf mois après le dépôt de leur défense, les défendeurs ont laissé

defendants have given every indication of attornment to the jurisdiction. The defendants' motion for a stay is dismissed.

---

<sup>1</sup> See also *El Amria, The*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 119 (C.A.), at p. 123 where, as Lord Justice Brandon, he repeats the passage in giving judgment for the Court of Appeal.

s'écouler trop de temps pour pouvoir maintenant contester la compétence. Tout indique que les défendeurs ont acquiescé à la compétence. La requête en suspension introduite par les défendeurs est rejetée.

---

<sup>1</sup> Voir également *El Amria, The*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 119 (C.A.), à la p. 123 où, en qualité de lord juge Brandon, il répète le passage en rendant le jugement de la Cour d'appel.

A-481-93

A-481-93

**Lois Schultz** (*Appellant*)**Lois Schultz** (*appelante*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen** (*Respondent*)<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** (*intimée*)*INDEXED AS: SCHULTZ v. CANADA (C.A.)**RÉPERTORIÉ: SCHULTZ c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Stone, Linden and McDonald JJ.A. — Toronto, September 18; Ottawa, November 2, 1995.

<sup>b</sup> Cour d'appel, juges Stone, Linden et McDonald, J.C.A. — Toronto, 18 septembre; Ottawa, 2 novembre 1995.

*Income tax — Income calculation — Appeal, cross-appeal from T.C.C. decision taxpayers equal partners in investment club strategy, convertible hedging transactions — T.C.C. having jurisdiction to decide whether partnership existed — Intention to carry on business as partners essential for partnership to exist — Trading transactions in issue "business" as defined in Ontario Partnerships Act, s. 2 — Business carried on by taxpayers in common with view to profit — Minister acting with "all due dispatch" within meaning of Income Tax Act, s. 165(3)(a) in confirming reassessments — Minister's calculations with respect to hedging transactions valid — Taxpayer not assisted by Act, s. 39(4) election.*

<sup>c</sup> *Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Appel et appel incident formés contre une décision par laquelle la C.C.I. a jugé que les contribuables étaient associés à parts égales dans une stratégie de club d'investissement et dans des opérations de couverture — La C.C.I. avait compétence pour statuer sur l'existence d'une société de personnes — L'intention d'exploiter une entreprise à titre d'associés est essentielle à l'existence d'une société de personnes — Les opérations commerciales réalisées en l'espèce constituent une «entreprise» au sens de l'art. 2 de la Loi sur les sociétés en nom collectif de l'Ontario — Les contribuables ont exploité une entreprise ensemble en vue de réaliser un bénéfice — Le ministre a agi avec «diligence» au sens de l'art. 165(3)a de la Loi de l'impôt sur le revenu en confirmant les nouvelles cotisations — Les calculs du ministre relativement aux opérations de couverture sont valables — Le choix visé par l'art. 39(4) de la Loi n'est d'aucun secours au contribuable.*

These were an appeal and a cross-appeal from a Tax Court of Canada decision dismissing the taxpayer's appeal from an assessment made under the *Income Tax Act* for the taxation year 1983 but allowing her appeals from assessments for the years 1984, 1985, 1986 and 1987. In 1983, the appellant and her spouse, who had been practising dentistry for about ten years and was earning a relatively high income, were advised by a consulting firm to adopt an investment club strategy and later to enter into convertible hedging transactions in publicly traded securities. The objectives of both strategies were the same: income splitting and earning of extra income. Each set of hedging transactions began with Dr. Schultz taking a short position. The funds from this short trade, coupled with Dr. Schultz's guarantee of his wife's account, enabled the hedge transactions to proceed thereafter. The Tax Court Judge ruled that the taxpayers were in a partnership relationship in conducting those transactions rather than in an agency relationship and that the appellant had filed with the Minister on her own behalf an election pursuant to subsection 39(4) of the Act. The main issues herein were whether the Tax Court Judge had jurisdiction to decide that a partnership existed and if so, whether in law a partnership did exist. Three other issues had to be considered: whether the Minister acted with

<sup>d</sup> <sup>e</sup> <sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup> <sup>j</sup> Il s'agit d'un appel et d'un appel incident formés contre un jugement par lequel la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel formé par l'appelante à l'encontre d'une cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour l'année d'imposition 1983 mais a accueilli ses appels concernant des cotisations établies pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987. En 1983, l'appelante et son époux, qui exerçait la profession de dentiste depuis environ dix ans et gagnait un revenu relativement élevé, ont adopté, sur les conseils d'une firme de consultants, une stratégie de club d'investissement et, plus tard, une stratégie d'opérations de couverture sur des valeurs mobilières convertibles cotées en bourse. L'objet des deux stratégies était le même: fractionner le revenu et gagner un revenu supplémentaire. Chaque série d'opérations de couverture débutait par une prise de position vendeur de la part du D<sup>r</sup> Schultz. Les fonds réalisés grâce à la prise de position vendeur, conjugués à la garantie signée par le D<sup>r</sup> Schultz à l'égard du compte de son épouse, permettaient la suite des opérations de couverture. Le juge de la Cour de l'impôt a décidé que les contribuables, lorsqu'ils ont effectué ces opérations, étaient liés par un contrat de société plutôt que par un mandat et que l'appelante avait déposé auprès du ministre un choix exercé pour son propre compte en vertu du paragraphe 39(4) de la

“all due dispatch” in confirming his reassessments with respect to all five taxation years under review, whether the Minister’s calculations with respect to the hedging transactions were correct and whether the Tax Court Judge erred in awarding the costs of the appeal to the respondent.

*Held*, the appeal should be dismissed, the cross-appeal should be allowed.

The Minister of National Revenue is not in all circumstances confined to his assumptions made at the time of an assessment. In the present case, he was not prevented from pleading the alternative defence before the Tax Court of Canada. He has not changed the basis of the assessments but merely asserted a different legal result flowing from the self-same set of facts by alleging that those facts show the existence of a joint venture or partnership if they do not show an agency relationship. Even if it could be said that the Minister has alleged new “facts” by adopting the alternative posture, the case law as developed allowed him to do so but imposed upon him the onus of proving those facts. The respondent was entitled to plead joint venture or partnership in the alternative and therefore, the Tax Court Judge had jurisdiction to consider that issue. The Judge’s conclusion, that there was a partnership consisting of the appellants and that the partnership, rather than the individual appellants in his or her own right, carried out the hedging transactions in the taxation years in question, was supported by the evidence. Section 2 of the Ontario *Partnership Act* defines partnership as the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit. In determining the existence of a partnership, regard must be paid to the true contract and intention of the parties as appearing from the whole facts of the case. There must be an intention to make a profit regardless of whether a profit is realized. The trading transactions in issue constituted a “business” as defined in the Ontario statute and such business was carried on in common, that is to say on the appellant’s own behalf rather than for the benefit of others. It is important to consider the taxpayers’ conduct in order to decide whether their partnership was carried on with a view to profit. During all of the relevant years, each of them guaranteed in broad terms the other’s trading account with the broker, allowing a credit to be established in one account to offset a debit in the other for margin purposes. Any additional margin deposits were always paid out of a joint bank account belonging to both appellants. It was Dr. Schultz’s initial short sale positions that made it possible for his wife to take her initial long positions. These paired transactions were each dependent upon the other. The

Loi. Les principales questions à trancher en l’espèce consistaient à déterminer si le juge de la Cour de l’impôt avait compétence pour statuer sur l’existence d’une société de personnes et, dans l’affirmative, si une telle société existait du point de vue juridique. Trois autres questions devaient être examinées: la première consistait à déterminer si le ministre avait agi avec «diligence» en confirmant ses nouvelles cotisations à l’égard des cinq années d’imposition en cause, la deuxième consistait à savoir si les calculs effectués par le ministre à l’égard des opérations de couverture étaient exacts et la troisième question était de savoir si le juge de la Cour de l’impôt avait commis une erreur en adjugeant les dépens de l’appel à l’intimée.

*Arrêt*: l’appel doit être rejeté, l’appel incident doit être accueilli.

Le ministre du Revenu national n’est pas en toutes circonstances limité aux hypothèses qu’il formule lorsqu’il établit une cotisation. En l’espèce, il n’était pas empêché d’invoquer une défense subsidiaire devant la Cour canadienne de l’impôt. Il n’a pas modifié le fondement de ses cotisations, il a simplement tiré des conséquences juridiques différentes du même ensemble de faits en alléguant qu’à défaut de démontrer l’existence d’un rapport découlant d’un mandat, ces faits démontraient l’existence d’une entreprise conjointe ou d’une société de personnes. Même si on pouvait affirmer que le ministre a allégué de nouveaux «faits» en faisant valoir sa thèse subsidiaire, la jurisprudence, telle qu’elle a évolué, lui permettait de le faire, mais lui imposait le fardeau de prouver ces faits. L’intimée avait le droit d’invoquer comme moyen subsidiaire l’entreprise conjointe ou la société de personnes et, en conséquence, le juge de la Cour de l’impôt avait compétence pour étudier cette question. La conclusion du juge de la Cour de l’impôt voulant qu’il y avait une société de personnes formée des appelants et que cette société de personnes, plutôt que les appelants à titre de particuliers agissant en leur propre nom, a effectué les opérations de couverture pour les années d’imposition en cause est fondée sur la preuve. L’article 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l’Ontario définit la société en nom collectif comme la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Pour déterminer l’existence d’une société, il faut interpréter le contrat et déterminer l’intention véritable des parties compte tenu de l’ensemble des faits de l’affaire. Il faut qu’il y ait une intention de réaliser des profits, peu importe que des profits soient effectivement réalisés. Les opérations commerciales en l’espèce constituaient une «entreprise» au sens de la loi ontarienne et cette entreprise était exploitée en commun, c’est-à-dire pour le compte de l’appelante plutôt que pour le compte d’autrui. Il est important de prendre en considération le comportement des contribuables pour décider si leur société de personnes était exploitée en vue de réaliser un profit. Durant toutes les années en cause, chacun d’eux a signé une garantie générale à l’égard du compte de négociation de valeurs de l’autre, permettant ainsi qu’un crédit soit

appellants operated their accounts in tandem and in a highly co-ordinated fashion rather than independently of one another, which suggests that they carried on business in common with a view to profit.

The Tax Court Judge did not err in concluding that the Minister had acted with "all due dispatch" in confirming his reassessments for the taxation years 1984, 1985, 1986 and 1987. The significant delays on the part of the Minister in confirming his reassessments could be explained by the large number of taxpayers being investigated by the Minister with respect to investment club transactions and convertible hedging transactions. These transactions were numerous and complicated. The words "with all due dispatch" did not bind the Minister to fixed time limits, but only required him, having regard to the particular circumstances, to proceed with his review of the matters within a reasonable time after the notices of objection were received; this is precisely what he did. Moreover, the appellants could have appealed the reassessments pursuant to paragraph 169(b) of the Act. As to whether the Minister's calculations with respect to the hedging transactions were valid and correct, it should be pointed out that the losses, expenses and gains on the hedging transactions in issue should be calculated when the leg of a particular hedge was finally closed out. The appellant filed a subsection 39(4) election in 1983 with a view to reducing her income tax burden. In her cross-appeal, the respondent correctly stated that since the matter was governed by subsection 96(3) of the Act, the election was of no assistance to the appellant. It has not been demonstrated that the disposition of costs, which was a matter for the discretion of the Tax Court Judge, should attract the intervention of the Court on the basis that it was not properly exercised.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 39(4) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16; 1980-81-82-83, c. 140, s. 18), 96(3) (as enacted by S.C. 1973-74, c. 14, s. 30; 1980-81-82-83, c. 48, s. 52; 1985, c. 45, s. 13), 152(4) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84; c. 45, s. 59), 165(3)(a), 169(b) (as am. by S.C. 1980-81-82-83,

établi dans un compte pour compenser un débit dans l'autre compte afin de respecter la marge obligatoire. Les dépôts additionnels sur marge ont toujours été payés par prélèvement sur un compte bancaire conjoint appartenant aux deux appelants. C'est la prise de position vendeur initiale de la part du D<sup>r</sup> Schultz qui permettait à son épouse de prendre sa position acheteur initiale. Ces opérations jumelées étaient interdépendantes. Les appelants exploitaient leurs comptes en tandem et de façon très coordonnée plutôt que de manière indépendante, ce qui donne à penser qu'ils ont exploité ensemble une entreprise en vue de réaliser un bénéfice.

Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas commis une erreur en concluant que le ministre avait agi avec «diligence» en confirmant ses nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987. Les retards importants du ministre à confirmer ses nouvelles cotisations pouvaient s'expliquer par le nombre élevé de contribuables au sujet desquels le ministre faisait enquête relativement à des opérations de clubs d'investissement et à des opérations de couverture sur des titres convertibles. Ces opérations étaient nombreuses et compliquées. L'expression «avec diligence» n'imposait pas au ministre le respect de délais déterminés, mais l'obligeait seulement, selon les circonstances particulières de l'affaire, de procéder à un examen des questions dans un délai raisonnable suivant la réception des avis d'opposition; c'est précisément ce qu'il a fait. Au surplus, les appelants auraient pu interjeter appel des nouvelles cotisations en vertu de l'alinéa 169b) de la Loi. Quant à la question de savoir si les calculs du ministre relativement aux opérations de couverture étaient exacts et valables, il convient de faire remarquer que les pertes subies, les dépenses engagées et les gains réalisés sur les opérations de couverture en cause dans la présente espèce devraient être calculés lorsqu'une position d'une opération de couverture donnée a finalement été dénouée. L'appelante a déposé un choix qu'elle a exercé en vertu du paragraphe 39(4) en 1983 afin de réduire son fardeau fiscal. Dans son appel incident, l'intimée a prétendu avec raison que, puisque cette question est régie par le paragraphe 96(3) de la Loi, le choix de l'appelante ne lui était d'aucun secours. Il n'a pas été démontré que l'adjudication des dépens, qui relevait du pouvoir discrétionnaire du juge de la Cour de l'impôt, justifiait l'intervention de cette Cour parce que ce pouvoir discrétionnaire aurait été exercé de manière irrégulière.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 39(4) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 16; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 18; 1985, ch. 45, art. 126), 96(3) (édicte par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 30; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 52; 1985, ch. 45, art. 13), 152(4) (mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 84; ch. 45, art.

c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 70), 231.2 (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121), 245(1).  
*Partnership Act, 1890* (U.K.), 53 & 54 Vict., c. 39, s. 1(1).  
*Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. P.5, ss. 1(1), 2, 3.

59; 1985, ch. 45, art. 126), 165(3)a), 169b) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58; 1984, ch. 45, art. 70), 231.2 (édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 121), 245(1).  
*Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990, ch. P.5, art. 1(1), 2, 3.  
*Partnership Act, 1890* (R.-U.), 53 & 54 Vict., ch. 39, s. 1(1).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Johnston v. Minister of National Revenue*, [1948] S.C.R. 486; *Wise (M.) et al. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 169; (1985), 86 DTC 6023 (F.C.A.); *Northern Sales (1963) Ltd. v. MNR*, [1973] CTC 239; (1973), 73 DTC 5200 (F.C.T.D.); *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] S.C.R. 328.

## CONSIDERED:

*Gardner (John) and Bowring, Hardy and Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue* (1930), 15 T.C. 602 (Scot. Ct. Sess.).

## REFERRED TO:

*M.N.R. v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184 (Ex. Ct.); *Brewster, N C v. The Queen*, [1976] CTC 107; (1976), 76 DTC 6046 (F.C.T.D.); *Tobias (D) v. The Queen*, [1978] CTC 113; (1978), 78 DTC 6028 (F.C.T.D.); *McLeod (C.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 433; (1990), 90 DTC 6281 (F.C.T.D.); *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306; (1993), 93 DTC 298 (T.C.C.); *Adam v. Newbigging* (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.); *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 (C.A.); *Thrush v. Read*, [1950] O.R. 276 (C.A.); *LePage (A.E.) Ltd. v. Kamex Developments Ltd. et al.* (1977), 16 O.R. (2d) 193 (C.A.); *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.); *Cox v. Hickman* (1860), 11 E.R. 431 (H.L.); *Fisher & Sons, In re*, [1912] 2 K.B. 491; *Mollwo, March & Co. v. The Court of Wards* (1872), L.R. 4 P.C. 419; *Marx v. Marx*, [1964] S.C.R. 653; *Greco (N.A.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2384; (1991), 91 DTC 1090 (T.C.C.); *Jolicoeur, Joseph Baptiste Wilfrid v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 85; [1960] C.T.C. 346; (1960), 60 DTC 1254; *Apfelbaum (H.) v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 2599; (1991), 91 DTC 800 (T.C.C.); *Friedberg v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 285.

## AUTHORS CITED

*Lindley & Banks on Partnership*, 17th ed. by R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1995.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Johnston v. Minister of National Revenue*, [1948] R.C.S. 486; *Wise (M.) et autres c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 169; (1985), 86 DTC 6023 (C.A.F.); *Northern Sales (1963) Ltd. c. MRN*, [1973] CTC 239; (1973), 73 DTC 5200 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] R.C.S. 328.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Gardner (John) and Bowring, Hardy and Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue* (1930), 15 T.C. 602 (C. Sess. Éc.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*M.N.R. v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1964] C.T.C. 294; (1964), 64 DTC 5184 (C. de l'É.); *Brewster, N C c. La Reine*, [1976] CTC 107; (1976), 76 DTC 6046 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Tobias (D) c. La Reine*, [1978] CTC 113; (1978), 78 DTC 6028 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *McLeod (C.) c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 433; (1990), 90 DTC 6281 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306; (1993), 93 DTC 298 (C.C.I.); *Adam v. Newbigging* (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.); *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 (C.A.); *Thrush v. Read*, [1950] O.R. 276 (C.A.); *LePage (A.E.) Ltd. v. Kamex Developments Ltd. et al.* (1977), 16 O.R. (2d) 193 (C.A.); *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.); *Cox v. Hickman* (1860), 11 E.R. 431 (H.L.); *Fisher & Sons, In re*, [1912] 2 K.B. 491; *Mollwo, March & Co. v. The Court of Wards* (1872), L.R. 4 P.C. 419; *Marx v. Marx*, [1964] R.C.S. 653; *Greco (N.A.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2384; (1991), 91 DTC 1090 (C.C.I.); *Jolicoeur, Joseph Baptiste Wilfrid v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 85; [1960] C.T.C. 346; (1960), 60 DTC 1254; *Apfelbaum (H.) c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 2599; (1991), 91 DTC 800 (C.C.I.); *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285.

## DOCTRINE

*Lindley & Banks on Partnership*, 17th ed. by R. C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1995.

*Lindley on the Law of Partnership*, 13th ed. by Ernest H. Scamell. London: Sweet & Maxwell, 1971.

Manzer, A. R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1995.

*Lindley on the Law of Partnership*, 13th. ed. by Ernest H. Scamell. London: Sweet & Maxwell, 1971.

Manzer, A. R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1995.

APPEAL and CROSS-APPEAL from Tax Court of Canada decision ([1993] 2 C.T.C. 2409; (1993), 93 DTC 953 (T.C.C.)) dismissing taxpayer's appeal from an assessment made under the *Income Tax Act* for the taxation year 1983 but allowing her appeals from assessments for the taxation years 1984, 1985, 1986 and 1987. Appeal dismissed, cross-appeal allowed.

COUNSEL:

*Barry S. Wortzman, Q.C., Martin L. O'Brien, Q.C., and Donald Zaldin* for appellant.

*Larry Olsson, Q.C., Kathryn R. Philpott and Henry A. Gluch* for respondent.

SOLICITORS:

*Zaldin & Zaldin*, Toronto, for appellant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

STONE J.A.: This is an appeal by Lois Schultz from a judgment of the Tax Court of Canada dated July 5, 1993 [*Schultz (T.M.G.) v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2409], which dismissed her appeal from an assessment made under the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] (the Act) for the taxation year 1983 but allowed her appeals from assessments under the Act for the taxation years 1984, 1985, 1986 and 1987 and referred the matters back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment in accordance with the reasons for judgment.

The appeal and the respondent's cross-appeal were heard together with the appeal of the appellant's

APPEL et APPEL INCIDENT formés contre un jugement par lequel la Cour canadienne de l'impôt ([1993] 2 C.T.C. 2409; (1993), 93 DTC 953 (C.C.I.)) a rejeté l'appel formé par la contribuable à l'encontre d'une cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour l'année d'imposition 1983 mais a accueilli ses appels concernant des cotisations établies pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987. Appel rejeté, appel incident accueilli.

AVOCATS:

*Barry S. Wortzman, c.r., Martin L. O'Brien, c.r. et Donald Zaldin* pour l'appelante.

*Larry Olsson, c.r., Kathryn R. Philpott et Henry A. Gluch* pour l'intimée.

PROCUREURS:

*Zaldin & Zaldin*, Toronto, pour l'appelante.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté par Lois Schultz d'un jugement en date du 5 juillet 1993 [*Schultz (T.M.G.) c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2409] par lequel la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel formé par l'appelante à l'encontre d'une cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] (la Loi) pour l'année d'imposition 1983, a accueilli ses appels concernant des cotisations établies en vertu de la Loi pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987 et a déferé les affaires au ministre du Revenu national pour nouvel examen et nouvelles cotisations conformément aux motifs du jugement.

L'appel interjeté par l'appelante et l'appel incident de l'intimée ont été entendus en même temps que

spouse, Dr. Thomas M. G. Schultz, and the respondent's cross-appeal in Court file No. A-482-93 from a second judgment of the Tax Court of Canada of the same date and in respect of assessments for the same taxation years. A copy of these reasons will be filed in that Court file and shall thereupon become the reasons for judgment therein.

The appellant and her spouse will sometimes be hereinafter referred to collectively as "the appellants".

Notwithstanding that the appellants' appeals to the Tax Court of Canada in respect of their 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years were allowed, they did not entirely succeed before that Court. It appears from the learned Tax Court Judge's reasons that the assessments were referred back to the Minister for reassessment on the basis that the appellants were in a partnership relationship during those years in conducting the transactions referred to below rather than in an agency relationship and that Lois Schultz had filed with the Minister on her own behalf an election pursuant to subsection 39(4) [as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16; 1980-81-82-83, c. 140, s. 18] of the Act.<sup>1</sup> The effect of the judgments, therefore, is that each of the appellants are to be assessed as partners in respect of those transactions and that the Minister must give effect to the subsection 39(4) election filed by Lois Schultz in 1983 in reassessing her income in respect of the 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years.

### BACKGROUND

The circumstances surrounding the dispute may be briefly summarized. In the fall of 1983, the appellants together approached J. K. Maguire & Associates, a firm of financial and tax consultants in Toronto. Dr. Schultz had been then practising dentistry for approximately ten years and was earning a relatively high income. Lois Schultz, on the other hand, was earning a relatively low income as a part-time employee of her husband's office. Both appellants testified at the trial as did J. K. Maguire the sole proprietor of the consult-

l'appel de l'époux de l'appelante, le D<sup>r</sup> Thomas M. G. Schultz, et l'appel incident de l'intimée dans le dossier A-482-93 relativement à un deuxième jugement de la Cour canadienne de l'impôt portant la même date et concernant des cotisations pour les mêmes années d'imposition. Une copie des présents motifs sera versée dans ce deuxième dossier et elle en constituera dès lors les motifs.

Ci-après, l'appelante et son époux seront parfois dénommés collectivement «les appellants».

Bien que les appels interjetés par les appelants à l'égard des années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987 aient été accueillis par la Cour canadienne de l'impôt, celle-ci ne leur a pas entièrement donné gain de cause. D'après les motifs du juge de la Cour de l'impôt, les cotisations ont été déferées au ministre pour nouvelles cotisations parce que les appelants, lorsqu'ils ont effectué les opérations décrites plus loin au cours des années en cause, étaient liés par un contrat de société plutôt que par un mandat et parce que Lois Schultz avait déposé auprès du ministre un choix exercé pour son propre compte en vertu du paragraphe 39(4) [édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 16; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 18; 1985, ch. 45, art. 126] de la Loi<sup>1</sup>. En conséquence, à la suite de ces jugements, chacun des appelants doit faire l'objet d'une cotisation en tant qu'associé à l'égard de ces opérations et le ministre doit tenir compte du choix exercé en 1983 par Lois Schultz en vertu du paragraphe 39(4) pour établir une nouvelle cotisation relativement à son revenu pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987.

### EXPOSÉ DES FAITS

Voici un bref résumé des circonstances du litige. À l'automne 1983, les appelants se sont adressés ensemble à J. K. Maguire & Associates, une firme de consultants en finance et en fiscalité à Toronto. À cette époque, le D<sup>r</sup> Schultz exerçait sa profession de dentiste depuis environ dix ans et il gagnait un revenu relativement élevé. De son côté, Lois Schultz gagnait un revenu relativement faible comme employée à temps partiel dans le cabinet de son mari. Les deux appelants, de même que J. K. Maguire, l'unique



ing firm. Dr. Schultz testified that the purpose of the consultation was both to earn extra income and to do some income splitting for his wife's benefit. Mr. Maguire advised them to adopt an investment club strategy and later a convertible hedging strategy. Lois Schultz agreed under cross-examination that the basic concept was "of trying to take offsetting positions" where she would take the gains and Dr. Schultz would get the losses. She testified as follows:

Q. You have described how you met Mr. Maguire and had an initial consultation with him, Mrs. Schultz, and your husband has explained that as well. I gather both of you understood the basic concept of trying to take offsetting positions where you would take the gains and your husband would get the losses.

A. Yes.

Q. That is what was referred to as income splitting and the advantage was that your tax rates were lower, so that if you could end up more or less with gains and losses that substantially offset each other there would be a tax advantage because your husband has a high income and you have a relatively low income.

A. Yes.

Q. That concept applied both to the investment club strategy and to the later convertible hedge strategy.

A. Yes.

Q. You understood that, too.

A. Yes.<sup>2</sup>

The investment club strategy applied only during the 1983 taxation years of the appellants. Put simply, the concept was for Dr. Schultz to sell short Government of Canada bonds at the same time that Lois Schultz bought the same number of Government of Canada bonds long. In view of the disposition of the appeals against the 1983 tax assessments, it is not necessary to describe the various steps involved between the short sale and the long purchase. In the

propriétaire de la firme de consultants, ont témoigné lors du procès. Le D<sup>r</sup> Schultz a témoigné que cette consultation avait pour objet de lui permettre de gagner un revenu supplémentaire et d'effectuer un fractionnement du revenu en faveur de son épouse. M. Maguire a conseillé aux appelants d'adopter une stratégie de club d'investissement et, plus tard, une stratégie d'opérations de couverture sur des titres convertibles. En contre-interrogatoire, Lois Schultz a admis que le principe de cette stratégie consistait à [TRADUCTION] «tenter de prendre des positions compensatrices» de sorte qu'elle réaliserait des gains tandis que le D<sup>r</sup> Schultz subirait des pertes. Voici son témoignage à ce sujet:

[TRADUCTION] Q. M<sup>me</sup> Schultz, vous avez décrit comment vous aviez rencontré M. Maguire et aviez eu un entretien initial avec lui, et votre époux l'a expliqué également. Si je ne m'abuse, vous compreniez tous les deux le concept de base consistant à essayer d'adopter des positions compensatrices, de manière que vous-même réalisiez les gains et que votre époux prenne les pertes à sa charge.

R. Oui.

Q. C'est ce qui a été appelé le fractionnement du revenu, et l'avantage, c'était que vos propres taux d'imposition étaient moins élevés; donc, si vous pouviez vous retrouver plus ou moins avec des gains et des pertes qui, en gros, se contrebalançaient, il en découlait un avantage fiscal, car le revenu de votre époux est élevé, et le vôtre, relativement bas.

R. Oui.

Q. Ce concept s'appliquait aussi bien à la stratégie du club d'investissement qu'à la stratégie postérieure d'opérations de couverture portant sur des titres convertibles.

R. Oui.

Q. Vous compreniez cela également.

R. Oui.<sup>2</sup>

La stratégie du club d'investissement n'a été appliquée par les appelants que durant l'année d'imposition 1983. En termes simples, il s'agissait pour le D<sup>r</sup> Schultz de prendre une position vendeur à l'égard d'un certain nombre d'obligations du gouvernement du Canada tandis que Lois Schultz prenait simultanément une position acheteur à l'égard du même nombre d'obligations du gouvernement du Canada. Compte tenu de la décision rendue au sujet des appels des

end, Dr. Schultz claimed a loss against other income when he purported to close out his short position before the end of the 1983 taxation year. As Lois Schultz did not finally dispose of her long position until January 1984, she reported the related income and gains from her position in that year. The appeals from the assessments for the 1983 taxation year were dismissed on the ground that neither Dr. Schultz nor Lois Schultz were members of any investment club in that taxation year. The Tax Court Judge found the transactions were solely those of J. K. Maguire. That finding was not challenged in this Court.

The remaining taxation years involved convertible hedging transactions in publicly traded securities. The objective however remained the same—that of income splitting and the earning of extra income. The plan required each appellant to open an account with a stockbroker in Toronto. That was done. Each of the appellants executed a cross-guarantee agreement in favour of the broker which allowed for lower margin requirements. Indeed, the cross-guarantees which operated throughout the 1984 and 1985 taxation years guaranteed payment to the broker of “all present and future debts and liabilities”,<sup>3</sup> while those which operated throughout the 1986 and 1987 taxation years guaranteed the payment of “all commissions, fees, expenses or charges which may be incurred in the execution of such orders, the payment to you of the purchase price, or the delivery to you (as the case may be) of such stocks, bonds or commodities, and of any losses which you may sustain upon said Customer’s account by reason of insufficient margin or otherwise”.<sup>4</sup> In both 1984 and 1985, each appellant executed a trading authorization which allowed each spouse to trade on the other’s behalf. Such an authority was not executed by either appellant in 1986 or 1987 but, that apart, arrangements between themselves remained virtually unchanged. While Mr. Maguire possessed no authority to instruct the broker on particular purchases or sales in 1984 and 1985, he worked closely with the broker in generating hedging

cotisations fiscales de 1983, il n’est pas nécessaire de décrire les différentes étapes franchies entre la prise de position vendeur et la prise de position acheteur. Au bout du compte, le D<sup>r</sup> Schultz déclarait une perte qu’il déduisait d’autres revenus après avoir prétendument dénoué sa position vendeur avant la fin de l’année d’imposition 1983. Comme Lois Schultz ne dénouait pas sa position acheteur avant janvier 1984, elle déclarait le revenu et les gains afférents découlant de sa position au cours de cette année. Les appels des cotisations pour l’année d’imposition 1983 ont été rejetés pour le motif que ni le D<sup>r</sup> Schultz ni Lois Schultz n’étaient membres d’un club d’investissement au cours de cette année d’imposition. Le juge de la Cour de l’impôt a estimé que J. K. Maguire avait effectué seul les opérations. Cette conclusion n’a pas été contestée devant la Cour.

Pour ce qui est des autres années d’imposition, il s’agissait d’opérations de couverture sur des valeurs mobilières convertibles cotées en bourse. L’objet des opérations demeurerait toutefois le même: fractionner le revenu et gagner un revenu supplémentaire. Le plan exigeait que chacun des époux ouvre un compte auprès d’un courtier en valeurs mobilières de Toronto, ce qui fut fait. Chacun des appelants a signé une garantie réciproque en faveur du courtier, ce qui a permis d’abaisser la marge obligatoire. En fait, les garanties réciproques en vigueur durant les années d’imposition 1984 et 1985 garantissaient le paiement au courtier de [TRADUCTION] «toutes les dettes présentes et futures»<sup>3</sup>, tandis que celles en vigueur durant les années d’imposition 1986 et 1987 garantissaient [TRADUCTION] «la totalité des commissions, honoraires, dépenses ou frais qui peuvent être engagés dans l’exécution de ces ordres, le paiement en votre faveur du prix d’achat ou la remise en vos mains (le cas échéant) des actions, obligations ou marchandises, et le remboursement de toute perte que vous pourriez subir sur le compte du client en raison de l’insuffisance de la marge ou autrement»<sup>4</sup>. En 1984 et en 1985, les appelants ont chacun signé une autorisation de négocier des valeurs qui permettait à chacun d’eux de conclure des opérations pour le compte de l’autre. Ni l’un ni l’autre des appelants n’a signé de documents semblables en 1986 ou en 1987 mais, sauf cette exception, les arrangements entre eux sont demeurés

ideas on behalf of the appellants. He could and did advise the appellants whether transactions in particular securities made sense from their standpoint. In both 1986 and 1987, instructions to the broker were given by Mr. Maguire and were confirmed by the appellants. Where the instructions could not be so confirmed, Mr. Maguire had an arrangement with the broker that the hedging transactions could proceed without confirmation if Mr. Maguire so instructed.<sup>5</sup>

In general, each set of transactions began with a short sale by Dr. Schultz. The effect of this was to create a credit balance in his margin account at the office of the broker. The existence of that balance and Dr. Schultz's cross-guarantee enabled Lois Schultz to buy long without putting up the usual 50% margin. Lois Schultz's cross-guarantee enabled Dr. Schultz to sell short without putting up that same margin. As Mr. Maguire explained in-Chief, "the brokers know that whatever one person loses the other person is making".<sup>6</sup> Lois Schultz had merely to put up only the difference between the credit balance in Dr. Schultz's account and the debit balance in her account flowing from the acquisition of her long position. This difference was invariably paid out of a joint bank account in the names of both appellants as indeed were any margin requirements of Dr. Schultz.

Dr. Schultz's transactions involved either the short sale of common shares or of share warrants. The transactions followed a pattern and may be illustrated by reference to the first set of transactions in 1984 in securities of Macmillan Inc. The broker needed to locate a lender of the number of common shares of that company to be sold short and to bring them under his control. In order to effect the short sale, Dr. Schultz became obliged to pay the lender's "rental" fee and any dividend the owner otherwise forgave as

essentiellement les mêmes. Même si M. Maguire n'avait pas le pouvoir de donner au courtier des ordres d'achat ou de vente en 1984 et en 1985, il travaillait en étroite collaboration avec lui afin de trouver des stratégies de couverture pour le compte des appelants. Il pouvait conseiller les appelants et leur indiquer si, compte tenu de leur situation, certaines opérations sur des valeurs mobilières données étaient opportunes et c'est ce qu'il fit. En 1986 et en 1987, M. Maguire donnait les ordres au courtier et les appelants les confirmaient. Dans l'éventualité où les appelants ne pourraient confirmer ses ordres, M. Maguire s'était entendu avec le courtier pour faire en sorte que, sur ses instructions, les opérations de couverture puissent être effectuées sans confirmation<sup>5</sup>.

En règle générale, chaque série d'opérations débutait par une prise de position vendeur de la part du D<sup>r</sup> Schultz. Il en résultait un solde créditeur dans son compte sur marge auprès de la firme de courtage. Ce solde et la garantie réciproque signée par le D<sup>r</sup> Schultz permettaient à Lois Schultz de prendre une position acheteur sans avoir à fournir la marge habituelle de 50 %. Par ailleurs, la garantie réciproque signée par Lois Schultz permettait au D<sup>r</sup> Schultz de prendre une position vendeur sans avoir à fournir cette même marge. Comme M. Maguire l'a expliqué au cours de son interrogatoire principal, [TRADUCTION] «les courtiers savent que ce qu'une personne perd, l'autre le gagne»<sup>6</sup>. Lois Schultz n'avait qu'à combler la différence entre le solde créditeur du compte de son mari et le solde débiteur de son propre compte à la suite de sa prise de position acheteur. Cet écart était invariablement comblé par prélèvement sur un compte bancaire conjoint au nom des appelants comme, en fait, toute marge devant être fournie par le D<sup>r</sup> Schultz.

Les opérations effectuées par le D<sup>r</sup> Schultz concernaient l'achat à découvert d'actions ordinaires ou de bons de souscription d'actions. Les opérations se déroulaient toutes selon un même processus qu'illustre la première série d'opérations réalisées en 1984 avec des titres de Macmillan Inc. Le courtier devait trouver un prêteur disposant du nombre d'actions ordinaires de cette société qui devaient être vendues à découvert pour prendre ensuite le contrôle de ces actions. Afin de conclure la vente à découvert, le D<sup>r</sup> Schultz s'enga-

well as the broker's fees. The purpose of borrowing the shares was to ensure they would be returned to the lender in due course. On the same day that Dr. Schultz sold short, Lois Schultz took a long position in the form of a debenture of the same issuer convertible into the same number of common shares that Dr. Schultz had sold short. This was followed shortly by Lois Schultz short selling the same number of common shares to Dr. Schultz who claimed a short sale loss from these transactions in the 1984 taxation year. In late January 1985 Lois Schultz sold the convertible debenture, on which she reported a gain. At the same time she covered her short position in the common shares and later reported a short sale loss in her 1985 taxation year.

In the 1986 and 1987 taxation years the appellants dealt with a different broker in the hedging transactions. In these years, Dr. Schultz held both the short and the long position and claimed a loss when he shifted the long position to Lois Schultz.

### THE ASSESSMENTS

In assessing the appellants, the Minister refused to recognize any disposition of securities until the leg of the hedging transaction was actually closed out. He proceeded on the assumption that Lois Schultz was Dr. Schultz's agent and accordingly that any losses or income was for his account and taxable in his hands only. He took the further position that Dr. Schultz could not deduct the losses because no disposition of securities had taken place and in any event because he had no reasonable expectation of profit from the short transactions. The Minister maintained that same position before the Tax Court of Canada. However, he alleged in the alternative that if Lois Schultz was not the agent or nominee of Dr. Schultz in carrying out the hedging transactions, those transactions constituted

geait à payer des frais de «location» au prêteur ainsi que tout dividende auquel le propriétaire renonçait par ailleurs, de même que les honoraires du courtier. L'emprunt des actions visait à s'assurer que celles-ci seraient retournées au prêteur en temps opportun. Le jour même où le D<sup>r</sup> Schultz prenait une position vendeur, Lois Schultz prenait une position acheteur sous forme d'une débeture du même émetteur convertible en un même nombre d'actions ordinaires que celles vendues à découvert par le D<sup>r</sup> Schultz. Peu de temps après, Lois Schultz vendait à découvert le même nombre d'actions ordinaires au D<sup>r</sup> Schultz qui déclarait une perte sur vente à découvert résultant de ces opérations pour l'année d'imposition 1984. À la fin de janvier 1985, Lois Schultz vendait la débeture convertible à l'égard de laquelle elle déclarait un gain. En même temps, elle couvrait sa position vendeur par rapport aux actions ordinaires pour ultérieurement déclarer une perte sur vente à découvert pour l'année d'imposition 1985.

Pour les années d'imposition 1986 et 1987, les appelants ont fait affaire avec une maison de courtage différente pour réaliser des opérations de couverture. Au cours de ces années, le D<sup>r</sup> Schultz prenait à la fois une position vendeur et une position acheteur et il déclarait une perte lorsqu'il faisait prendre la position acheteur à Lois Schultz.

### LES COTISATIONS EN LITIGE

En établissant les cotisations des appelants, le ministre a refusé de reconnaître qu'il y avait eu disposition de titres tant que la position acheteur de l'opération de couverture n'a pas été effectivement dénouée. Il s'est fondé sur l'hypothèse que Lois Schultz agissait comme mandataire du D<sup>r</sup> Schultz et qu'en conséquence, toute perte subie ou tout gain réalisé l'était pour le compte de ce dernier et n'était déductible ou imposable qu'à l'égard de son revenu. Le ministre a en outre décidé que le D<sup>r</sup> Schultz ne pouvait déduire les pertes puisqu'il n'y avait eu aucune disposition de titres et que, de toute manière, le D<sup>r</sup> Schultz n'avait aucune attente raisonnable de profit à l'égard des opérations de vente à découvert. Le ministre a soutenu la même position devant la

a joint venture or partnership in which each partner had an equal interest in losses and gains. He also pleaded that as a “partner” rather than an individual taxpayer Lois Schultz was not entitled to take advantage of her subsection 39(4) election.

Cour canadienne de l’impôt. Subsidiairement, il a toutefois allégué que si Lois Schultz n’agissait pas comme mandataire du D<sup>r</sup> Schultz ou comme personne désignée par lui lors des opérations de couverture, une entreprise conjointe ou une société de personnes dont les associés partageaient également les pertes et les gains découlaient de ces opérations. Le ministre a également plaidé qu’en tant qu’«associé» plutôt qu’à titre de particulier, Lois Schultz n’avait pas le droit de bénéficier du choix prévu au paragraphe 39(4).

### TAX COURT JUDGE’S CONCLUSIONS

The Tax Court Judge gives effect to the alternative plea, when he concluded, at page 2423 of his reasons for judgment:

Thus, the Court finds that for the 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years Dr. and Mrs. Schultz were equal partners in the hedging transactions and that they shared equally in, and were legally entitled to share their profits and their losses in equal shares.

On the other hand, he determined that Lois Schultz’s subsection 39(4) election “is to be applied to her only and is not to apply to Dr. Schultz, since that election was a personal election by Mrs. Schultz”. The respondent takes issue with that particular conclusion in her cross-appeal. The Tax Court Judge rejected the appellants’ contention that the Minister had not acted with “all due dispatch” within the meaning of paragraph 165(3)(a) of the Act in confirming his reassessments or that subsection 245(1) was constitutionally invalid.

### THE ISSUES

The core issues before the Court are whether the Tax Court of Canada had jurisdiction to decide that a partnership existed and if so whether in law a partnership did exist. If we should conclude that the Tax Court Judge had jurisdiction to decide that a partnership existed and if he correctly decided that a partnership did exist during the 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years, there would be no need to canvass the appellants’ further contention that Dr. Schultz had a

### LES CONCLUSIONS DU JUGE DE LA COUR CANADIENNE DE L’IMPÔT

Le juge de la Cour de l’impôt accueille ce moyen subsidiaire lorsqu’il conclut, à la page 2423 de ses motifs:

Ainsi, la Cour conclut que, pour les années d’imposition 1984, 1985, 1986 et 1987, M. et M<sup>me</sup> Schultz étaient associés à parts égales dans les opérations de couverture, qu’ils partageaient à parts égales leurs profits et leurs pertes et qu’ils en avaient légalement le droit.

Par ailleurs, le juge de la Cour de l’impôt a décidé que le choix exercé par Lois Schultz en vertu du paragraphe 39(4) «doit s’appliquer à elle seulement et non à M. Schultz également, car c’était un choix personnel de sa part». Dans son appel incident, l’intimée conteste cette conclusion. Le juge de la Cour de l’impôt a rejeté les prétentions des appelants voulant que le ministre n’avait pas agi avec «diligence» au sens de l’alinéa 165(3)a) de la Loi en confirmant ses nouvelles cotisations ou que le paragraphe 245(1) était inconstitutionnel.

### LES QUESTIONS EN LITIGE

Les principales questions que la Cour doit trancher consistent à déterminer si la Cour canadienne de l’impôt avait compétence pour statuer sur l’existence d’une société de personnes et, dans l’affirmative, si une telle société existait du point de vue juridique. Si nous devons conclure que le juge de la Cour de l’impôt avait compétence pour statuer sur l’existence d’une société de personnes et qu’il a à bon droit décidé qu’il existait une telle société pour les années

reasonable expectation of profit as a member of the partnership. The respondent conceded as much at trial, as is confirmed in paragraph 106 of her written argument:

106. In respect of the convertible hedge strategy Counsel for the Crown conceded that if the Appellants were in an agency or partnership relationship and considering both sides of each hedge together or collectively there was a reasonable possibility or expectation of profit. Therefore it was conceded that on the basis of the Minister's approach the total activity could properly be viewed as a business or an adventure in the nature of trade.

If these issues should be disposed of in favour of the respondent, three issues would remain in the appeal. The first is the overriding question of whether the Minister acted with "all due dispatch" within the meaning of subparagraph 165(3)(a) of the Act in reconfirming his assessments with respect to all five taxation years under review. The second is whether the Minister's calculations with respect to the hedging transactions are valid and correct. A third issue is whether the Tax Court Judge erred in awarding the costs of the appeal to the respondent. There would yet remain to be considered the respondent's cross-appeal submission that as a partner Lois Schultz would not be entitled to take advantage of the subsection 39(4) election which she filed with the Minister in 1983, unless, of course, I should conclude that the appellants are entitled to succeed in their submission that the Minister did not act with "all due dispatch".

## DISCUSSION

### Findings

In deciding as he did the Tax Court Judge made the following findings, at page 2422:

The principal purpose of these transactions by both the Schultzes was income splitting, i.e., to reduce Dr. Schultz's high income and to increase Mrs. Schultz's low income. The evidence is that they hedged in a highly coordinated fashion.

d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987, il ne serait pas nécessaire de traiter de la prétention des appelants selon laquelle le D<sup>r</sup> Schultz avait, à titre d'associé, une attente raisonnable de profit. L'intimée l'a admis au procès comme le confirme le paragraphe 106 de sa plaidoirie écrite:

[TRADUCTION] 106. En ce qui a trait à la stratégie d'opérations de couverture sur des titres convertibles, le procureur du ministère public admet que si les rapports entre les appelants découlaient d'un mandat ou d'un contrat de société, en envisageant les deux parties de chaque opération de couverture ensemble ou collectivement, il existait une possibilité ou une attente raisonnable de profit. Par conséquent, il a été admis qu'en se fondant sur la conception du ministre, les activités pouvaient dans l'ensemble être considérées comme une entreprise ou une affaire de caractère commercial.

Si ces questions devaient être tranchées en faveur de l'intimée, il resterait néanmoins trois autres questions à régler en appel. La première est la question cruciale de savoir si le ministre a agi avec «diligence» au sens de l'alinéa 165(3)a) de la Loi en confirmant de nouveau ses cotisations à l'égard des cinq années d'imposition en cause. La deuxième consiste à déterminer si les calculs effectués par le ministre à l'égard des opérations de couverture sont valables et exacts. La troisième question est celle de savoir si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en adjugeant les dépens de l'appel à l'intimée. Il resterait à étudier la prétention formulée par l'intimée dans son appel incident selon laquelle Lois Schultz, à titre d'associée, n'aurait pas le droit de bénéficier du choix prévu au paragraphe 39(4) qu'elle a déposé auprès du ministre en 1983 à moins, naturellement, que je n'en vienne à la conclusion que les appelants ont démontré que le ministre n'a pas agi avec «diligence».

## ANALYSE

### Conclusions du juge de la Cour de l'impôt

Dans sa décision, à la page 2422, le juge de la Cour de l'impôt en est arrivé aux conclusions suivantes:

Les opérations des deux Schultz avaient principalement pour objet un fractionnement du revenu, c'est-à-dire une réduction du revenu de M. Schultz, qui était élevé, visant à accroître le revenu de M<sup>me</sup> Schultz, qui était bas. La preuve

Dr. and Mrs. Schultz also had the joint intention to make a profit for their family by their coordinated transactions. They believed this was possible from the information given to them by Mr. Maguire. The Schultzes also believed that they could make this profit before taxes, not after taxes. Mr. Maguire neglected to include his advisory fees in his example which consisted of a relatively small flat fee coupled with a substantial percentage of "the taxes saved". Nonetheless, using Mr. Maguire's hedging example with a profit of \$4,000 and including his fees, the Court finds that it was reasonably possible for the Schultzes to earn a profit both before and after taxes.

In my view, there was ample evidence to support these findings.

#### The partnership issues

I begin by addressing the appellants' submission that the Tax Court Judge lacked jurisdiction to enter into the question of whether the hedging transactions in the 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years were those of a partnership composed of both appellants rather than of transactions engaged in by each of the appellants in his or her own right. It seems clear that the Tax Court Judge, who said nothing on the subject of his jurisdiction, proceeded on the assumption that there was jurisdiction to determine this issue.

It should be noted at the outset that the plea of joint venture or partnership was not attacked by the appellants as improper either before or during the trial. I do not, however, view that failure as fatal to the appellants' arguments on this issue.

In their respective notices of appeal to the Tax Court of Canada, the appellants disputed the Minister's position that an agency relationship existed whereby Lois Schultz was the agent of her husband in engaging in the hedging transactions. It was, indeed, conceded in the respondent's replies to those notices that in assessing each of the appellants for the years in question Lois Schultz was treated as the agent or

établi qu'ils effectuaient des opérations de couverture d'une manière très coordonnée. M. et M<sup>me</sup> Schultz avaient en outre l'intention commune de réaliser un profit pour leur famille grâce à leurs opérations coordonnées. Ils croyaient que c'était possible en se fondant sur les renseignements que leur avait fournis M. Maguire. Ils croyaient également qu'ils pouvaient réaliser ce profit avant impôt et non après. M. Maguire a négligé d'inclure ses frais de consultation dans son exemple, dans lequel il y avait un droit de base relativement faible et un pourcentage substantiel de l'«impôt économisé». Néanmoins, en utilisant l'exemple de M. Maguire concernant une opération de couverture qui rapporte un profit de 4 000 \$ et en incluant ses frais, la Cour conclut qu'il était raisonnablement possible aux Schultz de réaliser un profit avant et après impôt.

À mon avis, de nombreux éléments de preuve appuient ces conclusions.

#### Questions concernant l'existence de la société de personnes

J'aborde en premier lieu la prétention des appelants voulant que le juge de la Cour de l'impôt n'avait pas compétence pour déterminer si les opérations de couverture effectuées au cours des années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987 l'avaient été par une société formée des deux appelants ou si elles ne constituaient pas plutôt des opérations effectuées par chacun des appelants en son propre nom. Il semble évident que, par son silence sur ce point, le juge de la Cour de l'impôt a présumé qu'il avait compétence pour statuer sur cette question.

Tout d'abord, soulignons que ni avant ni durant le procès, les appelants n'ont contesté le moyen concernant l'entreprise conjointe ou la société de personnes. Toutefois, je ne considère pas que ce défaut empêche les appelants de soulever des arguments touchant cette question.

Dans leurs avis d'appel respectifs déposés auprès de la Cour de l'impôt, les appelants contestent la thèse du ministre selon laquelle il existait un mandat en vertu duquel Lois Schultz était la mandataire de son mari relativement aux opérations de couverture. En fait, dans sa réponse à ces avis, l'intimée a admis qu'en établissant la cotisation de chacun des appelants pour les années en cause, le ministre avait considéré Lois

nominee of Dr. Schultz. At the trial itself, it was admitted by the Crown that the assessments for the 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years were based upon the assumption that Lois Schultz was the agent of her husband and not on the theory that the hedging transactions were those of a joint venture or partnership.<sup>7</sup>

The appellants contend that it was not open to the Minister to change the foundation on which his assessments rested, from the existence of an agency relationship to one of partnership. To do so, they argue, would in effect be to raise new assessments beyond the limitation period laid down in subsection 152(4) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84; *idem*, c. 45, s. 59] of the Act and thereby result in prejudice and injustice to them.

As I understand it, the Minister is not in all circumstances confined to his assumptions made at the time of an assessment. In the seminal case of *Johnston v. Minister of National Revenue*, [1948] S.C.R. 486, Rand J. stated, speaking for the majority, at page 489:

... and since the taxation is on the basis of certain facts and certain provisions of law either those facts or the application of the law is challenged. Every such fact found or assumed by the assessor or the Minister must then be accepted as it was dealt with by these persons unless questioned by the appellant. If the taxpayer here intended to contest the fact that he supported his wife ... he should have raised that issue in his pleading, and the burden would have rested on him as on any appellant to show that the conclusion below was not warranted. For that purpose he might bring evidence before the Court notwithstanding that it had not been placed before the assessor or the Minister, but the onus was his to demolish the basic fact on which the taxation rested.

In the intervening years both the Exchequer Court and the Trial Division of this Court have had occasion to consider the place and importance of the Minister's assumptions in tax litigation: *M.N.R. v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1964] C.T.C. 294 (Ex. Ct.); *Brewster, N C v. The Queen*, [1976] CTC 107 (F.C.T.D.); *Tobias (D) v. The Queen*, [1978] CTC 113 (F.C.T.D.);

Schultz comme la mandataire du D<sup>r</sup> Schultz ou la personne désignée par lui. Lors de l'audience, le ministère public a admis que les cotisations pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987 étaient fondées sur l'hypothèse que Lois Schultz était la mandataire de son mari et non sur l'idée que les opérations de couverture étaient effectuées par une entreprise conjointe ou une société de personnes<sup>7</sup>.

Les appelants prétendent que le ministre ne pouvait pas modifier la base sur laquelle reposaient ses cotisations et passer ainsi de l'existence d'un mandat à celle d'une société de personnes. Selon eux, agir ainsi équivaldrait à prélever de nouvelles cotisations au-delà du délai prévu par le paragraphe 152(4) [mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 84; *idem*, ch. 45, art. 59; 1985, ch. 45, art. 126] de la Loi et serait préjudiciable et injuste à leur endroit.

Si je ne m'abuse, lorsqu'il établit une cotisation, le ministre n'est pas en toutes circonstances limité aux hypothèses qu'il formule. Dans l'arrêt *Johnston v. Minister of National Revenue*, [1948] R.C.S. 486, qui fait autorité, le juge Rand, s'exprimant au nom de la majorité, a déclaré à la page 489:

[TRADUCTION] ... et comme l'impôt est fondé sur certains faits et certaines dispositions législatives, ce sont soit les faits en question soit l'application de la loi que l'on conteste. N'importe quel fait que détermine ou que suppose l'évaluateur ou le ministre doit donc être accepté de la façon dont ces personnes en ont traité, à moins que la partie appelante le mette en doute. Si le contribuable en l'espèce avait l'intention de contester le fait qu'il subvenait aux besoins de son épouse ... il aurait dû soulever la question dans ses actes de procédure, et il lui aurait incombé, comme à tout autre appelant, de faire la preuve que la conclusion tirée en première instance n'était pas justifiée. À cette fin, le contribuable pourrait soumettre des éléments de preuve à la Cour même s'ils n'ont pas été présentés à l'évaluateur ou au ministre, mais il lui incombait de démolir le fait fondamental sur lequel l'impôt reposait.

Depuis cet arrêt, la Cour de l'Échiquier et la Section de première instance de la Cour ont eu l'occasion de se pencher sur la place et l'importance des hypothèses formulées par le ministre dans des litiges en matière fiscale: *M.N.R. v. Pillsbury Holdings Ltd.*, [1964] C.T.C. 294 (C. de l'É.); *Brewster, N C c. La Reine*, [1976] CTC 107 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Tobias (D) c. La*



*McLeod (C.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 433 (F.C.T.D.).

I do not understand that the law as developed in these cases prevented the Minister from pleading the alternative defence before the Tax Court of Canada. It is true that in pleading he is subject to certain constraints. For example, he cannot plead an alternative assumption when to do so would fundamentally alter the basis on which his assessment was based as to render it an entirely new assessment. In my view, in the present cases the Minister has not so changed the basis of the assessments. What he did was merely to assert a different legal result flowing from the self-same set of facts by alleging that those facts show the existence of a joint venture or partnership if they do not show an agency relationship. Even if it could be said that the Minister has alleged new “facts” by adopting the alternative posture, the law as developed allowed him to do so but imposed upon him the onus of proving those facts: *Pillsbury, supra*, at page 302; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306 (T.C.C.), at pages 2310-2311. The same opinion is implicit in *Wise (M.) et al. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 169 (F.C.A.) where Pratte J.A. stated, at page 170:

It is common ground that the Minister had, in this case, the burden of establishing the correctness of the assessments since he was trying to support them on grounds that were different from those on which they were based.

In my view, therefore, the respondent was quite entitled to plead joint venture or partnership in the alternative and accordingly the Tax Court Judge did have jurisdiction to consider that issue. I am not persuaded that by relying on his alternative plea the Minister has in effect raised entirely new assessments and so prejudiced the appellants.

It now becomes necessary to consider whether the Tax Court Judge erred in concluding that there was in this case a partnership consisting of the appellants and that the partnership, rather than the individual appel-

*Reine*, [1978] CTC 113 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *McLeod (C.) c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 433 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

Selon moi, l'évolution de la jurisprudence en la matière n'empêche pas le ministre d'invoquer une défense subsidiaire devant la Cour canadienne de l'impôt. Il est vrai que dans sa plaidoirie, il est assujéti à certaines restrictions. Par exemple, il ne peut plaider une hypothèse subsidiaire qui aurait pour effet de modifier le fondement sur lequel reposait sa cotisation de sorte qu'il établirait une cotisation entièrement nouvelle. À mon avis, dans les affaires qui nous intéressent, le ministre n'a pas ainsi modifié le fondement de ses cotisations. Il a simplement tiré des conséquences juridiques différentes du même ensemble de faits en alléguant qu'à défaut de démontrer l'existence d'un rapport découlant d'un mandat, ces faits démontraient l'existence d'une entreprise conjointe ou d'une société de personnes. Même si on pouvait affirmer que le ministre a allégué de nouveaux «faits» faisant valoir sa thèse subsidiaire, le droit, tel qu'il a évolué, lui permet de le faire, mais lui impose le fardeau de la preuve de ces faits: *Pillsbury*, précité, à la page 302; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306 (C.C.I.), aux pages 2310 et 2311. La même opinion est exprimée implicitement dans *Wise (M.) et autres c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 169 (C.A.F.) où le juge Pratte, J.C.A., déclare, à la page 170:

Il est établi que le Ministre avait, dans le présent cas, le fardeau d'établir l'exactitude des cotisations puisqu'il tentait de les étayer sur la foi de motifs qui différaient de ceux sur lesquels elle reposait.

Par conséquent, l'intimée avait à mon avis tout à fait le droit d'invoquer comme moyen subsidiaire l'entreprise conjointe ou la société de personnes et, en conséquence, le juge de la Cour de l'impôt avait compétence pour étudier cette question. Je ne suis pas convaincu qu'en se fondant sur ce moyen subsidiaire, le ministre a en réalité établi des cotisations entièrement nouvelles et ainsi porté préjudice aux appellants.

Il est maintenant nécessaire de se demander si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant qu'il y avait en l'espèce une société de personnes formée des appelants et que cette société de

lants in his or her own right, carried out the hedging transactions in the taxation years in question. That conclusion was based both on an analysis of the law and the surrounding circumstances. It should be observed that circumstances may no doubt exist where spouses should not be considered to be partners in a business for income tax purposes if it is clear that each acted independently of the other. The question before us here is whether in the circumstances disclosed by the record Dr. and Lois Schultz conducted the convertible hedging transactions as partners or in their own individual capacities.

The *Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. P.5 [then R.S.O. 1980, c. 370], section 2 provides the following definition of a partnership:

2. Partnership is the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit, but the relation between the members of a company or association that is incorporated by or under the authority of any special or general Act in force in Ontario or elsewhere, or registered as a corporation under any such Act, is not a partnership within the meaning of this Act.

Only the opening portion of that section is of relevance. That portion is verbatim with the definition of partnership which appeared in subsection 1(1) of the *Partnership Act, 1890* (U.K.), 53 & 54 Vict., c. 39. Section 3 of the Ontario statute sets forth a number of negative rules for determining the existence of a partnership.

I have already alluded to the Tax Court Judge's findings on the issue of whether a partnership existed and have expressed the view that the findings are supported by the evidence. There remains the underlying issue of whether in law a partnership existed in each of the taxation years 1984, 1985, 1986 and 1987. It is trite to say that the express denial of a partnership, as in this case, does not of itself show that no partnership existed: *Adam v. Newbigging* (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.), at page 315; *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 (C.A.), at page 290.

personnes, plutôt que les appelants à titre de particuliers agissant en leur propre nom, a effectué les opérations de couverture pour les années d'imposition en cause. Cette conclusion est fondée sur une analyse du droit et des faits de l'espèce. Il est à remarquer qu'il existe sans doute des cas où des époux ne devraient pas être considérés comme des associés dans une entreprise aux fins de l'impôt sur le revenu s'il est évident que chacun d'eux a agi indépendamment de l'autre. La question que nous devons trancher est celle de savoir si, dans les circonstances que révèle le dossier, le docteur et Lois Schultz ont effectué des opérations de couverture sur des titres convertibles en tant qu'associés ou en leur qualité personnelle.

L'article 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990, ch. P.5 [en ce temps-là L.R.O. 1980, ch. 370], définit comme suit la société en nom collectif:

2. La société en nom collectif est la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Ne constitue toutefois pas une société en nom collectif, au sens de la présente loi, la relation qui existe entre les membres d'une compagnie ou d'une association constituée en personne morale par une loi générale ou spéciale en vigueur en Ontario ou ailleurs ou en application de celle-ci, ou inscrite comme personne morale aux termes d'une telle loi.

Seule la partie introductive de cet article est pertinente. Cette partie reprend textuellement la définition de société en nom collectif que renferme le paragraphe 1(1) de la *Partnership Act, 1890* (R.-U.), 53 & 54 Vict., ch. 39. L'article 3 de la loi ontarienne énonce un certain nombre de règles négatives pour déterminer l'existence d'une société en nom collectif.

J'ai déjà évoqué les conclusions du juge de la Cour de l'impôt sur la question de l'existence d'une société de personnes et j'ai exprimé l'avis que la preuve appuyait ces conclusions. Il reste à trancher la question sous-jacente de savoir si, du point de vue juridique, il existait bien une société de personnes au cours des années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987. Il va sans dire que la dénégation expresse de l'existence d'une société de personnes, comme c'est le cas en l'espèce, ne suffit pas en elle-même à démontrer l'inexistence d'une société de personnes: *Adam v.*

As was observed by Collier J. in *Northern Sales (1963) Ltd. v. MNR*, [1973] CTC 239 (F.C.T.D.), at page 244: “prior to the Act of 1890 the law of partnership was the result of judge-made law . . . and the Act of 1890 introduced no great change in the law”. At page 245, Collier J. recited the following passage from *Lindley on The Law of Partnership*, 13th ed., (London: Sweet & Maxwell, 1971), at page 65:

As will appear more clearly hereafter, the main rule to be observed in determining the existence of a partnership, a rule which has been recognized ever since the case of *Cox v. Hickman*, is that regard must be paid to the true contract and intention of the parties as appearing from the whole facts of the case. Although this principle is not expressed in the Act it is still law.

That same test of intention was applied in *Thrush v. Read*, [1950] O.R. 276 (C.A.) and in *LePage (A.E.) Ltd. v. Kamex Developments Ltd. et al.* (1977), 16 O.R. (2d) 193 (C.A.). In the present case we can find no declaration to the effect that the appellants intended to carry on business as partners. However, an intention to do so may be inferred from all of the surrounding circumstances and especially from the manner in which the parties conducted themselves in arranging their affairs and in transacting the business in question. This point is made with characteristic brevity by Duff J. (as he then was) in *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] S.C.R. 328, at page 329:

Partnership arises from contract, evidenced either by express declaration or by conduct signifying the same thing. It is not sufficient there should be community of interest; there must be contract.

For a partnership to exist, according to the language of section 2 of the *Partnerships Act* of Ontario, two or more persons must be “carrying on a business in common with a view to profit”. By subsection 1(1) of that statute the word “business” is defined to include “every trade, occupation and profession”. *Lindley & Banks on Partnership*, 17th ed., (London: Sweet &

*Newbigging* (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.), à la page 315; *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 (C.A.), à la page 290.

Comme l’a fait remarquer le juge Collier dans l’affaire *Northern Sales (1963) Ltd. c. MRN*, [1973] CTC 239 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 244: «avant la Loi de 1890, le droit d’association était d’origine jurisprudentielle . . . et la Loi de 1890 n’a pas introduit de changement important dans ce droit». À la page 245, le juge Collier cite le passage suivant tiré de *Lindley on The Law of Partnership*, 13<sup>e</sup> éd., (Londres: Sweet & Maxwell, 1971), à la page 65:

Comme la suite le démontrera clairement, la règle principale à suivre pour déterminer l’existence d’une société, consacrée depuis l’arrêt *Cox c. Hickman*, est qu’il faut interpréter le contrat et déterminer l’intention véritable des parties compte tenu de l’ensemble des faits de l’affaire. Bien que ce principe ne soit pas inscrit dans la Loi, il fait quand même partie de notre droit.

Ce même critère relatif à l’intention a été appliqué dans la décision *Thrush v. Read*, [1950] O.R. 276 (C.A.) et dans l’affaire *LePage (A.E.) Ltd. v. Kamex Developments Ltd. et al.* (1977), 16 O.R. (2d) 193 (C.A.). En l’espèce, nous ne trouvons aucune déclaration portant que les appelants avaient l’intention de faire des affaires en tant qu’associés. Toutefois, il est possible d’inférer une telle intention de l’ensemble des circonstances et plus particulièrement de la manière dont les parties se sont comportées dans l’organisation de leurs affaires et dans l’exploitation de l’entreprise en cause. Cette idée est exprimée avec la brièveté qui le caractérise par le juge Duff (plus tard juge en chef) dans l’arrêt *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] R.C.S. 328, à la page 329:

[TRADUCTION] Une société ne peut être formée que par contrat, exprimé par déclaration expresse ou par agissements à cet effet. L’intérêt commun ne suffit pas, il faut qu’il y ait contrat.

Selon le libellé de l’article 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l’Ontario, pour qu’il y ait une société en nom collectif, il faut que deux personnes ou plus «exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice». Selon le paragraphe 1(1) de cette loi, le mot «entreprise» s’entend notamment «d’un commerce, d’une occupation ou d’une profes-

Maxwell, 1995), concludes at page 8, that “virtually any activity or venture of a commercial nature . . . will be regarded as a business for this purpose”. Again, in *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.), at page 258, Jessel M.R. expressed the view that,

... anything which occupies the time and attention and labour of a man for the purpose of profit is business. It is a word of extensive use and indefinite signification.

In my view, the trading transactions here in issue constituted a “business” as defined in the Ontario statute.

I am similarly of the view that such business was carried on in common, that is to say on the appellant’s own behalf rather than for the benefit of others: *Cox v. Hickman* (1860), 11 E.R. 431; *Fisher & Sons, In re*, [1912] 2 K.B. 491.

A partnership will not be found to exist unless the business was carried on “with a view to profit”. The requirement here is that there be an intention to make a profit regardless of whether a profit is realized. This is made clear in *Lindley & Banks on Partnership, supra*, at page 10:

The intention to make a profit (even if a profit is not actually realised) lies at the heart of the partnership relation. As Lord Lindley put it:

“An agreement that something shall be attempted with a view to gain, and that the gain shall be shared by the parties to the agreement, is the grand characteristic of every partnership, and is the leading feature of nearly every definition of the term.” [Footnotes omitted.]

See also *Mollwo, March & Co. v. The Court of Wards* (1872), L.R. 4 P.C. 419. It has been suggested that the word “profit” would likely have “both its ordinary commercial meaning of an increase in value of assets or revenue generated in excess of expenses” (A. R. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership*

sion». Dans l’ouvrage *Lindley & Banks on Partnership*, 17<sup>e</sup> éd., (Londres, Sweet & Maxwell, 1995) l’auteur conclut à la page 8 que [TRADUCTION] «presque toute activité ou entreprise à caractère commercial . . . sera considérée comme une entreprise à cette fin». Dans l’affaire *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.), à la page 258, le maître des rôles Jessel exprimait l’opinion que:

[TRADUCTION] . . . tout ce qui occupe le temps d’un homme, tout ce qui retient son attention, tout ce à quoi il consacre son labeur en vue de réaliser des profits constitue une entreprise. Il s’agit d’un mot dont l’usage est largement répandu et dont la signification n’est pas définie.

À mon avis, les opérations commerciales réalisées en l’espèce constituent une «entreprise» au sens de la loi ontarienne.

Je suis également d’avis que cette entreprise a été exploitée en commun c’est-à-dire pour le compte de l’appelante plutôt que pour le compte d’autrui: *Cox v. Hickman* (1860), 11 E.R. 431; *Fisher & Sons, In re*, [1912] 2 K.B. 491.

Pour conclure à l’existence d’une société de personnes, il faut que l’entreprise ait été exploitée «en vue de réaliser un bénéfice». Plus précisément, il faut qu’il y ait une intention de réaliser des profits, peu importe que des profits soient effectivement réalisés. Cette idée est clairement exprimée dans l’ouvrage *Lindley & Banks on Partnership*, précité, à la page 10:

[TRADUCTION] L’intention de réaliser des profits (même si aucun profit n’est réalisé) se situe au coeur de la relation entre les membres d’une société. Comme l’exprimait lord Lindley:

«Une entente portant que des efforts seront déployés en vue de réaliser un bénéfice et que ce bénéfice sera partagé entre les parties à l’entente est la principale caractéristique de toute société de personnes et constitue le principal aspect commun à presque toutes les définition de ce mot». [Notes infrapaginales omises.]

Voir également *Mollwo, March & Co. v. The Court of Wards* (1872), L.R. 4 P.C. 419. Un auteur a suggéré que le mot «bénéfice» aurait vraisemblablement [TRADUCTION] «son sens commercial ordinaire d’une augmentation de la valeur de l’actif ou d’un excédent du revenu sur les dépenses» (A. R. Manzer, *A Practi-*

*Law* (Aurora: Canada Law Book, 1995, at pages 2-3). I am satisfied for the reasons more fully developed below that the partnership here in issue was carried on with a view to profit.

The appellants contend they were never partners but, on the contrary, at all times acted independently of one another. They assert that they kept separate accounts with their brokers and that in their dealings with third parties neither had authority to bind the partnership. It is important to consider the appellants' conduct. During all of the years in issue, each of the appellants guaranteed in broad terms the other's trading account with the broker and thereby allowed a credit to be established in one account to be used to offset a debit in the other account for margin purposes. Any additional margin deposits were always paid out of a joint bank account belonging to both appellants. During the 1984 and 1985 taxation years each of the appellants gave the other written authorization to trade in securities on his or her behalf. In 1986 and 1987, a new arrangement allowed the appellants' advisor, Mr. Maguire, to transact business with the broker on their behalf without prior authorization but subject to confirmation. While the evidence suggests that in those years the broker usually confirmed his instructions with each appellant before proceeding with either side of a hedging transaction, it is apparent that each appellant well understood that Dr. Schultz could sell short only if Lois Schultz agreed to buy long and vice versa. To that end the accounts worked together on a marginal basis.

From a purely mechanical standpoint it was Dr. Schultz's initial short sale positions that made it possible for Lois Schultz to take her initial long positions. These paired transactions were each dependent upon the other. Thus Dr. Schultz could never expect to claim losses from short positions taken unless Lois Schultz agreed to take and did take

*cal Guide to Canadian Partnership Law* (Aurora: Canada Law Book, 1995, aux pages 2 et 3). Pour les motifs explicités plus loin, je suis convaincu que la société de personnes en cause a été exploitée en vue de réaliser des profits.

Les appelants prétendent ne jamais avoir été associés et affirment au contraire qu'ils ont en tout temps agi indépendamment l'un de l'autre. Ils affirment qu'ils avaient des comptes distincts auprès de leur courtier et, que dans leurs relations avec les tiers, ni l'un ni l'autre n'avait le pouvoir de lier la société. Il est important de prendre en considération le comportement des appelants. Durant toutes les années en cause, chacun des appelants a signé une garantie générale à l'égard du compte de négociation de valeurs de l'autre, permettant ainsi qu'un crédit soit établi dans un compte pour compenser un débit dans l'autre compte afin de respecter la marge obligatoire. Les dépôts additionnels sur marge ont toujours été payés par prélèvement sur un compte bancaire conjoint appartenant aux deux appelants. Au cours des années d'imposition 1984 et 1985, chacun des appelants a signé en faveur de l'autre une autorisation écrite de négocier des valeurs mobilières pour son compte. En 1986 et en 1987, une nouvelle entente permettait au conseiller des appelants, M. Maguire, de traiter avec le courtier pour le compte de ces derniers sans autorisation préalable mais sous réserve d'une confirmation de leur part. Bien que la preuve donne à entendre qu'au cours de ces années, le courtier confirmait habituellement les instructions qu'il avait reçues avec chacun des appelants avant de procéder à l'une ou l'autre étape d'une opération de couverture, il est évident que chaque appelant comprenait que le D<sup>r</sup> Schultz ne pouvait prendre une position vendeur que si Lois Schultz acceptait de prendre une position acheteur et vice versa. À cet égard, les comptes sur marge fonctionnaient ensemble.

D'un point de vue purement mécanique, c'est la prise de position vendeur initiale de la part du D<sup>r</sup> Schultz qui permettait à Lois Schultz de prendre sa position acheteur initiale. Ces opérations jumelées étaient interdépendantes. Ainsi, le D<sup>r</sup> Schultz ne pouvait s'attendre à déclarer des pertes découlant des positions vendeur qu'il avait prises à moins que Lois

correspondingly long positions. The evidence at trial strongly suggests, as the Tax Court Judge found, that the appellants operated their accounts in tandem and in a highly co-ordinated fashion rather than independently of one another. There was evidence that some profit was realized and that more was in prospect. All of the foregoing, in my view, strongly suggests that the appellants did carry on business in common with a view to profit. That was the conclusion of the Tax Court Judge who had advantages as trier of fact that are not available to this Court (cf. *Marx v. Marx*, [1964] S.C.R. 653, *per* Martland J., at pages 654-655). The Tax Court Judge heard the various witnesses including the appellants themselves. While they and their advisor denied the existence of a partnership the Tax Court Judge concluded from their conduct that the appellants had agreed and intended to carry on business in common with a view to profit. In my view, that conclusion was reasonably open to the Tax Court Judge on the evidence, particularly having regard to the way the appellants conducted their affairs and transacted their business. I accept the submission of counsel for the Crown that each of the appellants acted for the common benefit of both and that the overriding objective in view was to bring about an actual increase in family wealth.

In short, once the master plan was conceived by Mr. Maguire it remained for him, the brokers and the appellants to see to its execution. The evidence suggests that after a potential hedge was identified by Mr. Maguire and the broker, the remaining steps followed rather automatically—where necessary the broker put it before the appellants who readily approved unless sufficient funds were not available. There is no evidence to suggest that either of the appellants ever refused their approval where funds were available. Neither is there evidence that they conducted unhedged transactions. The situation bears some resemblance to that in *Gardner (John) and Bowring, Hardy and Company, Limited v. Commis-*

Schultz n'accepte de prendre et ne prene les positions acheteur correspondantes. La preuve présentée au procès donne fortement à entendre, comme le juge de la Cour de l'impôt l'a conclu, que les appelants exploitaient leurs comptes en tandem et de façon très coordonnée plutôt que de manière indépendante. Des éléments de preuve démontrent que certains profits ont été réalisés et que les appelants s'attendaient à en réaliser davantage. À mon avis, tout ce qui précède donne fortement à penser que les appelants ont exploité ensemble une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. C'est la conclusion à laquelle est arrivé le juge de la Cour de l'impôt qui, à titre de juge des faits, était mieux placé que la Cour pour les apprécier (voir *Marx v. Marx*, [1964] R.C.S. 653, le juge Martland, aux pages 654 et 655). Le juge de la Cour de l'impôt a entendu les différents témoignages y compris ceux des appelants eux-mêmes. Bien que ces derniers et leur conseiller aient nié l'existence d'une société, le juge de la Cour de l'impôt a conclu d'après leur comportement que les appelants avaient convenu et avaient l'intention d'exploiter ensemble une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. À mon avis, d'après la preuve qui lui a été soumise, il était raisonnable pour le juge de la Cour de l'impôt d'en arriver à cette conclusion compte tenu en particulier de la façon dont les appelants menaient leurs affaires et effectuaient leurs opérations. Je retiens l'argument de l'avocat du Ministère public selon lequel chacun des appelants agissait à leur avantage commun et que l'objectif ultime consistait en l'augmentation réelle de la richesse familiale.

En résumé, une fois le plan d'ensemble élaboré par M. Maguire, il ne restait à ce dernier, aux courtiers et aux appelants qu'à veiller à sa exécution. La preuve tend à démontrer qu'une fois que M. Maguire et le courtier avaient trouvé une opération de couverture potentielle, les étapes suivantes se déroulaient plutôt automatiquement—au besoin, le courtier la soumettait aux appelants qui l'approuvaient immédiatement, sauf lorsque les fonds nécessaires n'étaient pas disponibles. Aucune preuve ne tend à démontrer que l'un des appelants ait déjà refusé son approbation lorsque les fonds étaient disponibles ni que les appelants aient effectué des opérations autres que des opérations de couverture. La situation dans laquelle se trouvaient les

*sioners of Inland Revenue* (1930), 15 T.C. 602 (Scot. Ct. Sess.), a tax case, where the question was whether an arrangement between a coal importer and exporter and a coal merchant whereby the latter shared with the former the net profit earned on coal sold to the merchant at cost price, amounted in law to a partnership. In deciding that it did, Lord President Clyde noted, at page 610, that the sales between the two parties had become,

... the subject of a transaction in which both parties were interested, and in which, when one of them carried out the purpose and intention of the scheme which had been pre-arranged and sold the coal, the sale was not on his own behalf but for behalf of the two together . . . .

#### “All due dispatch”

I turn next to the issue of whether the Minister acted with “all due dispatch” in confirming his reassessments for the taxation years 1984, 1985, 1986 and 1987. If he failed to do so then the reassessments would have to be vacated. In this sense the issue is overriding. By paragraph 165(3)(a) the following obligation was imposed upon the Minister:

165. . . .

(3) Upon receipt of a notice of objection under this section, the Minister shall,

(a) with all due dispatch reconsider the assessment and vacate, confirm or vary the assessment or reassess, or

. . .

and he shall thereupon notify the taxpayer of his action by registered mail.

It is obvious that there were significant delays on the part of the Minister in confirming his reassessments following the filing of the various notices of objection. Whether the Minister failed in his duty under the Act depends on the circumstances under which these delays occurred. The appellants

parties ressemble en certains points à celle décrite dans l'affaire *Gardner (John) and Bowring, Hardy and Company, Limited v. Commissioners of Inland Revenue* (1930), 15 T.C. 602 (C. Sess. Éc.), une affaire de droit fiscal dans laquelle il s'agissait de savoir si une entente entre un importateur et exportateur de charbon et un marchand de charbon en vertu de laquelle le premier partageait avec le second les bénéfices nets réalisés sur le charbon vendu au marchand au prix coûtant équivalait à un contrat de société de personnes. En répondant à cette question par l'affirmative, le président de la Cour, lord Clyde, a souligné, à la page 610, que les ventes entre les deux parties étaient devenues:

[TRADUCTION] . . . l'objet d'une opération dans laquelle les deux parties étaient intéressées et dans laquelle, une fois le plan préétabli mis à exécution et le charbon vendu par l'une d'elles, la vente n'était pas à l'avantage unique de celle-ci mais bien à l'avantage des deux parties ensemble . . .

#### La «diligence» de la part du ministre

Je passe maintenant à la question de savoir si le ministre a agi avec «diligence» en confirmant les nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987. S'il ne l'a pas fait, ces nouvelles cotisations doivent être annulées. Pour cette raison, cette question est cruciale. L'alinéa 165(3)a impose l'obligation suivante au ministre:

165. . . .

(3) Dès réception de l'avis d'opposition, formulé en vertu du présent article, le Ministre doit,

a) avec toute la diligence possible, examiner de nouveau la cotisation et annuler, ratifier ou modifier cette dernière ou établir une nouvelle cotisation, ou

. . .

et en avise le contribuable par lettre recommandée.

Il est évident que des délais importants imputables au ministre se sont écoulés avant que celui-ci ne confirme ses nouvelles cotisations après le dépôt des différents avis d'opposition. Pour déterminer si le ministre a manqué à l'obligation qui lui incombe en vertu de la loi, il faut examiner les circonstances dans

were but two of over 200 taxpayers involved in similar investment club transactions being investigated by the Minister. More than 1000 taxpayers including the appellants were being investigated by the Minister with respect to convertible hedging transactions. The Minister had to resort to issuing requirements pursuant to section 231.2 [as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121] of the Act to third parties after the appellants' advisor failed to provide the requested information. The Minister proposed that a number of taxpayers whose reassessments would be confirmed be identified so as to serve as test cases. The appellants' advisor did not respond. In time the Minister confirmed the reassessments in six cases for the purpose of litigating representative test cases. These were the "*Greco et al*" cases. However, when these cases were finally brought on for hearing in June 1991, counsel for the appellants' advisor abandoned the substantive arguments and relied only on the "due dispatch" argument.<sup>8</sup> Shortly after the disposition of these cases, the Minister confirmed the remainder of the assessments in investment club cases including those of the appellants.

In rejecting the appellant's argument under paragraph 165(3)(a), the Tax Court Judge stated, at pages 2419-2420:

Given the complicated transactions in which some of the brokers themselves had never before participated prior to receiving instructions from JKM & A or its clients, and the lack of responses, Revenue Canada obviously had great difficulty in preparing its reassessments and in deciding on its position in respect to these reassessments. In the 1983 "investment clubs", payments of accounts were made from other alleged accounts with no apparent authority whatsoever. Given this conduct by Mr. Maguire, and allegedly Nesbitt, it is only reasonable for Revenue Canada to have proceeded slowly and cautiously first respecting 1983 and thereafter in the later years among the myriad of JKM & A clients and clients' brokerage accounts which in the instant case involved different tax years for Dr. and Mrs. Schultz and different and varying capital and income positions.<sup>9</sup>

lesquelles ces retards se sont produits. Les appelants n'étaient que deux des nombreux contribuables—plus de deux cents personnes—ayant participé à des opérations de clubs d'investissement semblables au sujet desquels le ministre faisait enquête. Plus de mille contribuables au nombre desquels se trouvaient les appelants faisaient l'objet d'une enquête de la part du ministre à l'égard d'opérations de couverture sur des titres convertibles. Le ministre a dû demander à des tiers de produire des renseignements et des documents en vertu de l'article 231.2 [édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 121] de la Loi après que le conseiller des appelants eut fait défaut de fournir les renseignements demandés. Le ministre a proposé que les dossiers d'un certain nombre de contribuables dont les nouvelles cotisations seraient confirmées soient choisis afin de servir de causes types. Le conseiller des appelants n'a pas répondu à cette proposition. En temps opportun, le ministre a confirmé les nouvelles cotisations dans six dossiers afin que soient portées devant le tribunal six causes types représentatives. Il s'agissait des affaires «*Greco et autres*». Toutefois, lorsque ces affaires ont finalement été entendues en juin 1991, l'avocat du conseiller des appelants a abandonné les arguments de droit substantiel et ne s'est fondé que sur l'argument de «diligence»<sup>8</sup>. Peu de temps après le prononcé du jugement dans ces affaires, le ministre a confirmé les autres cotisations dans les cas de clubs d'investissement y compris ceux des appelants.

En rejetant l'argument que les appelants veulent tirer de l'alinéa 165(3)a), le juge de la Cour de l'impôt a déclaré, aux pages 2419 et 2420:

Étant donné les opérations compliquées auxquelles certains des courtiers eux-mêmes n'avaient jamais pris part avant de recevoir des instructions de la JKM & A ou de ses clients et le manque de réponses, Revenu Canada a évidemment eu beaucoup de mal à établir les nouvelles cotisations et à déterminer quel point de vue adopter à cet égard. Dans les «clubs d'investissement» de 1983, les paiements de comptes ont été faits sur d'autres prétendus comptes sans aucune autorisation apparente. Étant donné cette conduite de M. Maguire et prétendument de la Nesbitt, il n'est que raisonnable de la part de Revenu Canada d'avoir agi lentement et prudemment concernant l'année 1983 d'abord, puis les années ultérieures, en ce qui a trait à la multitude de clients de la JKM & A et de comptes de courtage de clients, qui portaient en l'espèce sur diverses années d'imposition de M. et de M<sup>me</sup> Schultz et sur des positions diverses et variables à caractère de capital et de revenu<sup>9</sup>.



Later, at pages 2420-2421, he concluded:

It is the Court's view that, in the circumstances of this case, the actions of the respondent were conducted with due dispatch given the conduct of JKM & A and the multitude of cases and matters for review respecting the transactions which are the subject matter of this case. The appellants had a right to appeal pursuant to section 169 once they had filed their notices of objection and the appropriate time had lapsed. This right of appeal was reviewed extensively by Associate Chief Judge Christie of this Court in *Apfelbaum (H.) v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 2599, 91 D.T.C. 800 (T.C.C.), where he stated that the right to appeal pursuant to subsection 169(1) is the appellant's remedy for any alleged delay by the respondent. This Court agrees with that determination.

In my view, the appellants have not shown that the Tax Court Judge erred in concluding that the Minister had acted with "all due dispatch" in the circumstances. These transactions were indeed numerous and complicated. This was also the view taken by Mogan T.C.J. in *Greco, supra*, who noted, at page 2387 that the issues were serious and "indicate a high degree of complexity". He added the following [at page 2388]:

Assuming he [the Minister] is a responsible administrator of a statute, that he should not conduct an audit of a transaction that seems as complex as this without thoroughly reviewing files in the offices of all parties involved . . . .

I am further of the view that the words "with all due dispatch" did not bind the Minister to fixed time limits. Indeed, it has been suggested that they confer a "discretion of the Minister to be exercised, for the good administration of the Act, with reason, justice and legal principles", (*per* Fournier J. in *Jolicoeur, Joseph Baptiste Wilfrid v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 85, at page 98). In my view the phrase required the Minister, having regard to the particular circumstances, to proceed with his review of the matters within a reasonable time after the notices of objection were received. I am satisfied that he did so.

Plus loin, aux pages 2420 et 2421, il conclut:

La Cour est d'avis que, dans les circonstances entourant cette affaire, l'intimée a agi avec toute la diligence possible vu la conduite de la JKM & A et la multitude de cas et de questions à examiner concernant les opérations en question dans l'affaire en instance. Les appelants avaient le droit d'interjeter appel conformément à l'article 169 après avoir déposé leur avis d'opposition et après l'expiration du délai prévu. Ce droit d'appel a été examiné à fond par le juge en chef adjoint Christie, de la Cour canadienne de l'impôt, dans l'affaire *Apfelbaum (H.) c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 2599, 91 D.T.C. 800 (C.C.I.), dans laquelle il a déclaré que le droit d'interjeter appel en vertu du paragraphe 169(1) est le recours de l'appelant contre tout présumé retard de l'intimé. La Cour se rallie à cette décision.

À mon avis, les appelants n'ont pas démontré que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant que, dans les circonstances, le ministre avait agi avec «diligence». Ces opérations étaient en fait nombreuses et compliquées. C'est également l'opinion qu'a exprimée le juge Mogan de la Cour de l'impôt dans l'affaire *Greco* précitée, lorsqu'il a souligné à la page 2387 que les questions étaient sérieuses et qu'elles «étaient d'une grande complexité». Le juge Mogan a ajouté ce qui suit [à la page 2388]:

Tenant pour acquis que le ministre est un administrateur responsable de la Loi, qu'il ne saurait procéder à la vérification d'une opération qui semble aussi complexe que celle en l'espèce sans examiner minutieusement les dossiers qui se trouvaient dans les bureaux des parties en cause . . . .

Je suis également d'avis que l'expression «avec diligence» n'imposait pas au ministre le respect de délais déterminés. En fait, il a été proposé que cette expression conférait un [TRADUCTION] «pouvoir discrétionnaire que le ministre doit exercer pour la bonne administration de la Loi conformément à la raison, à la justice et aux principes de droit» (le juge Fournier dans *Jolicoeur, Joseph Baptiste Wilfrid v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 85, à la page 98). À mon avis, selon cette expression, le ministre était tenu, selon les circonstances particulières de l'affaire, de procéder à un examen des questions dans un délai raisonnable suivant la réception des avis d'opposition. Je suis convaincu que c'est ce que le ministre a fait en l'espèce.

I am also of the view that the appellants could have appealed the reassessments pursuant to paragraph 169(b) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 70] of the Act. That paragraph provides:

169. Where a taxpayer has served notice of objection to an assessment under section 165, he may appeal to the Tax Court of Canada to have the assessment vacated or varied after either

...

(b) 90 days have elapsed after service of the notice of objection and the Minister has not notified the taxpayer that he has vacated or confirmed the assessment or reassessed;

but no appeal under this section may be instituted after the expiration of 90 days from the day notice has been mailed to the taxpayer under section 165 that the Minister has confirmed the assessment or reassessed.

The delays on the part of the Minister in confirming his reassessments did not stand in the way of the appellants launching and pursuing appeals in the Tax Court of Canada under that paragraph. (See *Jolicoeur, supra*, at pages 97-98.) The appellants can scarcely be heard to complain of undue delays on the part of the Minister when, had they wished to do so, they could have attacked his reassessments in the Tax Court of Canada notwithstanding that they had not yet received his confirmations. (See *Apfelbaum (H.) v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 2599 (T.C.C.), at page 2601.)

#### Minister's calculations

In disposing of the appeals, the Tax Court Judge stated, at page 2423:

The Court finds that the Minister of National Revenue's calculations on the basis that the appellants' transactions concluded when both positions were closed are valid and correct and the calculations for the years in question are to proceed on that basis.

The appellants contend that the Minister was wrong in not calculating losses and expenses incurred in the

J'estime également que les appelants auraient pu interjeter appel des nouvelles cotisations en vertu de l'alinéa 169b) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58; 1984, ch. 45, art. 70] de la Loi qui dispose:

a

169. Lorsqu'un contribuable a signifié un avis d'opposition à une cotisation, prévu à l'article 165, il peut interjeter appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt pour faire annuler ou modifier la cotisation:

b

b) après l'expiration des 90 jours qui suivent la signification de l'avis d'opposition sans que le Ministre ait notifié au contribuable le fait qu'il a annulé ou ratifié la cotisation ou procédé à une nouvelle cotisation;

c

mais, nul appel prévu au présent article ne peut être interjeté après l'expiration des 90 jours qui suivent la date où avis a été expédié par la poste au contribuable, en vertu de l'article 165, portant que le Ministre a ratifié la cotisation ou procédé à une nouvelle cotisation.

d

Les retards imputables au ministre en ce qui a trait à la confirmation de ses nouvelles cotisations n'empêchaient pas les appelants d'interjeter appel devant la Cour canadienne de l'impôt en vertu de cet alinéa. (Voir l'affaire *Jolicoeur*, précitée, aux pages 97 et 98.) Les appelants peuvent difficilement se plaindre de retards injustifiables de la part du ministre alors que, s'ils l'avaient voulu, ils auraient pu contester les nouvelles cotisations du ministre devant la Cour canadienne de l'impôt même s'ils n'avaient pas encore reçu de confirmation de sa part. (Voir *Apfelbaum (H.) c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 2599 (C.C.I.), à la page 2601.)

e

#### Calculs effectués par le ministre

En tranchant les appels, le juge de la Cour de l'impôt a déclaré, à la page 2423:

La Cour conclut que les calculs du ministre du Revenu national fondés sur le fait que les opérations des appelants étaient conclues lorsque les deux positions avaient été adoptées sont exacts et valables et que l'on doit effectuer les calculs relatifs aux années en question en se fondant également là-dessus.

f

Les appelants prétendent que le ministre a commis une erreur en ne calculant pas les pertes subies et les

g

h

i

j

hedging transactions until both sides of the hedge were closed out. I agree with counsel that the question is one of timing. The appellants cite *Friedberg v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 285 for the proposition that losses incurred may be deducted from income for income tax purposes when only one leg of a hedge is closed out in a particular taxation year. In that case, the taxpayer claimed business losses realized from the trading of gold futures on the commodities market. I can find no suggestion there that the trading involved transactions within a partnership or that the transactions were not otherwise at arm's length. It seems to me that the losses, expenses and gains on the hedging transactions here in issue should be calculated when the leg of a particular hedge was finally closed out. The respondent concedes that if the appellants had truly closed out one leg of a hedge there would have been a disposition of securities even though the other leg was still held. For example, the Minister allowed losses to be deducted when both sides of a hedge were actually closed out but refused to recognize "losses" on the mere shifting of a position between the appellants.

dépenses engagées dans les opérations de couverture avant que les deux positions aient été dénouées. Je conviens avec l'avocat des appelants qu'il s'agit d'une question de temps. Les appelants invoquent l'arrêt *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285 pour faire valoir que les pertes subies peuvent être déduites des revenus aux fins de l'impôt sur le revenu lorsque seulement une position d'une opération de couverture est dénouée au cours d'une année d'imposition donnée. Dans cette affaire, le contribuable avait déclaré des pertes découlant de la négociation de contrats à terme sur l'or à la bourse des marchandises. Dans cette affaire, je ne trouve rien qui porte à croire que les opérations en cause concernaient une société de personnes ou que ces opérations n'avaient pas été conclues entre des personnes sans lien de dépendance. Il me semble que les pertes subies, les dépenses engagées et les gains réalisés sur les opérations de couverture en cause dans la présente espèce devraient être calculés lorsqu'une position d'une opération de couverture a finalement été dénouée. L'intimée admet que si les appelants avaient réellement dénoué une position d'une opération de couverture, il y aurait eu disposition de titres même si l'autre position était toujours maintenue. Par exemple, le ministre a accepté que des pertes soient déduites alors que les deux positions d'une opération de couverture avaient en fait été dénouées mais il a refusé de reconnaître des «pertes» sur le simple changement de position entre les appelants.

#### Subsection 39(4) election

As we have seen, Lois Schultz filed a subsection 39(4) election in 1983 with a view to reducing her income tax burden. By doing so, she elected to have every Canadian security owned by her deemed to have been a capital property. In disposing of the appeals, the Tax Court Judge concluded, at page 2423:

The election by Mrs. Schultz contained in Form T123 is to be applied to her only and is not to apply to Dr. Schultz, since that election was a personal election by Mrs. Schultz.

The respondent attacks this conclusion in her cross-appeal. It seems to me that the respondent is correct that the matter is governed by subsection 96(3) [as

#### g Choix exercé en vertu du paragraphe 39(4)

Comme nous l'avons vu, Lois Schultz a déposé un choix qu'elle a exercé en vertu du paragraphe 39(4) en 1983 afin de réduire son fardeau fiscal. Ce faisant, elle a décidé que chaque titre canadien qu'elle détenait serait réputé être une immobilisation. En disposant des appels, le juge de la Cour de l'impôt a conclu, à la page 2423:

Le choix exercé par M<sup>me</sup> Schultz selon le formulaire T123 doit s'appliquer à elle seulement et non à M. Schultz également, car c'était un choix personnel de sa part.

L'intimée conteste cette conclusion dans son appel incident. Il me semble que l'intimée a raison de prétendre que cette question est régie par le paragra-

enacted by S.C. 1973-74, c. 14, s. 30; 1980-81-82-83, c. 48, s. 52; 1985, c. 45, s. 13] of the Act. In the years in question, that subsection contained a number of rules one of which stated that a subsection 39(4) election "is not valid unless ... it was made or executed on behalf of the taxpayer and each other person who was a member of the partnership during the fiscal period".<sup>10</sup> The evidence quite clearly shows that the subsection 39(4) election was executed by Lois Schultz personally. Accordingly, in computing her income from the partnership business in the years in question that election is of no assistance to her. The cross-appeal should succeed. In fairness to all parties and to the Tax Court Judge, it should be noted that subsection 96(3) was not argued in the Court below.

#### Disposition of costs below

The appellants submit that costs below should have been awarded to them because their appeals were largely allowed in consequence of the respondent's position of agency being rejected. As the issue of partnership was not part of the assessment process, and was raised for the first time in the respondent's reply to the notice of appeal before the Tax Court of Canada, costs should have been awarded to them rather than to the respondent. Alternatively, in these circumstances there should have been no order as to costs.

It is to be noted that Dr. Schultz did not succeed in claiming trading losses in the taxation years in question; nor did Lois Schultz succeed in claiming substantial losses.

I would not disturb the disposition of costs made by the Tax Court Judge, notwithstanding that the appellants enjoyed some measure of success in having their incomes assessed as partners, rather than in the hands of Dr. Schultz alone on the basis that Lois Schultz

phe 96(3) [édicte par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 30; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 52; 1985, ch. 45, art. 13] de la Loi. Durant les années en cause, ce paragraphe renfermait un certain nombre de règles dont l'une prévoyait qu'un choix ou une option exercée en vertu du paragraphe 39(4) «n'est pas valide à moins ... qu'elle n'ait été signée ou faite au nom du contribuable et de toute personne qui était un membre de la société au cours de cet exercice»<sup>10</sup>. La preuve démontre très clairement que M<sup>me</sup> Schultz a exercé son choix en vertu du paragraphe 39(4) personnellement. En conséquence, en calculant le revenu qu'elle avait tiré de la société de personnes pour les années en cause, ce choix ne lui est d'aucun secours. L'appel incident devrait donc être accueilli. Par souci d'équité envers les parties intéressées et le juge de la Cour de l'impôt, soulignons que le paragraphe 96(3) n'a pas été invoqué en première instance.

#### Adjudication des dépens en première instance

Les appelants prétendent que les dépens en première instance auraient dû leur être adjugés parce que leurs appels ont été accueillis en bonne partie puisque la thèse de l'intimée selon laquelle une relation de mandat les unissait a été rejetée. Comme la question concernant l'existence d'une société de personnes ne faisait pas partie du processus d'établissement de la cotisation et qu'elle a été soulevée pour la première fois par l'intimée dans sa réponse à l'avis d'appel devant la Cour canadienne de l'impôt, les dépens auraient dû leur être accordés à eux plutôt qu'à l'intimée. Subsidiairement, ils font valoir que dans les circonstances, il n'aurait pas dû y avoir adjudication des dépens.

Il faut souligner que le D<sup>r</sup> Schultz n'a pas réussi à faire accepter les pertes commerciales qu'il avait déclarées pour les années d'imposition en cause non plus que Lois Schultz n'a réussi à faire accepter les pertes substantielles qu'elle avait déclarées.

Je ne modifierai pas l'adjudication des dépens prononcée par le juge de la Cour de l'impôt même si les appelants ont eu en partie gain de cause puisqu'ils ont réussi à faire établir la cotisation à l'égard de leurs revenus en tant qu'associés plutôt qu'entre les mains

was his agent, and in persuading the Tax Court Judge that Lois Schultz should have the benefit of the subsection 39(4) election. The fact remains that, in reality, the appellants' success before the Tax Court fell far short of that which they had sought—that income and losses should be treated for income purposes on the basis that each of them acted independently of the other. It has not been demonstrated that the disposition of costs, which was a matter for the discretion of the Tax Court Judge, should attract the intervention of this Court on the basis that it was not properly exercised. Nor am I persuaded that the appellants were denied an opportunity of making submissions on the issue of costs in the Tax Court proceedings.

#### Disposition

I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal with costs. In the circumstances, there should be one set of costs in the appeal and one set of costs in the cross-appeal in this matter and in the appeal and cross-appeal in Court file No. A-482-93.

LINDEN J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

<sup>1</sup> S. 39(4) reads:

39. . . .

(4) Except as provided in subsection (5), where a Canadian security has been disposed of by a taxpayer in a taxation year and the taxpayer so elects in prescribed form in his return of income under this Part for that year,

(a) every Canadian security owned by him in that year or any subsequent taxation year shall be deemed to have been a capital property owned by him in those years; and

(b) every disposition by the taxpayer of any such Canadian security shall be deemed to be a disposition by him of a capital property.

du D<sup>r</sup> Schultz seul pour le motif que Lois Schultz était sa mandataire. Les appelants ont également eu en partie gain de cause puisqu'ils ont réussi à convaincre le juge de la Cour de l'impôt que Lois Schultz devrait pouvoir exercer le choix visé par le paragraphe 39(4). En réalité, le fait est que les appelants ont obtenu beaucoup moins que ce qu'ils réclamaient: que les revenus et pertes soient traités aux fins du calcul du revenu en considérant que chacun d'eux agissait indépendamment l'un de l'autre. Il n'a pas été démontré que l'adjudication des dépens qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge de la Cour de l'impôt, justifie l'intervention de cette Cour parce que ce pouvoir discrétionnaire aurait été exercé de manière irrégulière. Je ne suis pas davantage convaincu que les appelants ont été privés de la possibilité de présenter des observations sur la question des dépens devant la Cour de l'impôt.

#### Dispositif

Je rejeterais l'appel et j'accueillerais l'appel incident avec dépens. Dans les circonstances, des dépens devraient être adjugés séparément pour l'appel et l'appel incident dans le présent dossier de même que pour l'appel et l'appel incident dans le dossier portant le numéro du greffe A-482-93.

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

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

<sup>1</sup> L'art. 39(4) dispose:

39. . . .

(4) Sauf dans les cas prévus au paragraphe (5), lorsqu'un contribuable dispose d'un titre canadien dans une année d'imposition et qu'il exerce un choix, selon le formulaire prescrit, dans sa déclaration de revenu produite pour l'année en vertu de la présente Partie:

a) chacun des titres canadiens qu'il possède dans ladite année ou dans toute année d'imposition subséquente est réputé avoir été un bien en immobilisation qu'il possédait dans ces années; et

b) chaque disposition par le contribuable d'un tel titre canadien est réputée être une disposition par lui d'un bien en immobilisation.

<sup>2</sup> Evidence L. Schultz, Transcript, Appeal Book, Common Appendix II, Vol. 7, p. 1106, l.24–p. 1107, l. 20.

<sup>3</sup> See e.g. T. Schultz's McLeod Young Weir Limited Guarantee, October 24, 1983, Appeal Book, Common Appendix I, Vol. 2, p. 281.

<sup>4</sup> See e.g. T. Schultz's Continuing Guarantee Unlimited to Merrill Lynch Canada Inc., October 4, 1986, Appeal Book, Common Appendix I, Vol. 2, p. 328.

<sup>5</sup> Evidence Campbell, Transcript, Appeal Book, Common Appendix II, Vol. 7, p. 1143, l.14–p. 1144, l.21.

<sup>6</sup> Evidence Maguire, Transcript, Appeal Book, Common Appendix II, Vol. 3, p. 315, ll. 16-17.

<sup>7</sup> Evidence Holt, Transcript, Appeal Book, Common Appendix II, Vol. 11, p. 1665, l.15 -p. 1668, l.13.

<sup>8</sup> See *Greco (N.A.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2384 (T.C.C.).

<sup>9</sup> "JKM & A" refers to J. K. Maguire & Associates.

<sup>10</sup> The version of the subsection which was in force in the 1984 taxation year is provided for in S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 52(2); the version which applied in the remaining taxation years in issue is provided for in S.C. 1985, c. 45, s. 13(2).

<sup>2</sup> Témoignage de M<sup>me</sup> L. Schultz, Transcription, Dossier d'appel, Annexe commune II, vol. 7, aux p. 1106, l.24 et 1107, l.20.

<sup>3</sup> Voir par exemple le cautionnement limité signé par M. T. Schultz en faveur de McLeod Young Weir en date du 24 octobre 1983, Dossier d'appel, Annexe commune I, vol. 2, à la p. 281.

<sup>4</sup> Voir par exemple le cautionnement illimité permanent signé par M. T. Schultz en faveur de Merrill Lynch Canada Inc. en date du 4 octobre 1986, Dossier d'appel, Annexe commune I, vol. 2, à la p. 328.

<sup>5</sup> Témoignage de M. Campbell, Transcription, Dossier d'appel, Annexe commune II, vol. 7, aux p. 1143, l.14 et 1144, l.21.

<sup>6</sup> Témoignage de M. Maguire, Transcription, Dossier d'appel, Annexe commune II, vol. 3, à la p. 315, ll. 16-17.

<sup>7</sup> Témoignage de M. Holt, Transcription, Dossier d'appel, Annexe commune II, vol. 11, aux p. 1665, l.15 et 1668, l.13.

<sup>8</sup> Voir *Greco (N.A.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2384 (C.C.I.).

<sup>9</sup> L'acronyme «JKM & A» désigne J. K. Maguire & Associates.

<sup>10</sup> La version de ce paragraphe en vigueur durant l'année d'imposition 1984 se trouve dans les S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 52(2); la version applicable au cours des autres années d'imposition en cause se trouve dans les S.C. 1985, ch. 45, art. 13(2).

# 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.*

## ANIMALS

Appeal from Trial Division decision ((1994), 81 F.T.R. 35) quashing decision of Minister of Agriculture and enjoining all concerned from destroying respondent's bull—Decision quashed by impugned order made by Minister on December 14, 1993 under Health of Animals Act, s. 48—First case of Bovine Spongiform Encephalopathy (BSE) recognized in United Kingdom in 1986—First case of BSE in Canada diagnosed on December 7, 1993—Threat posed by BSE could adversely affect whole Canadian beef industry in international market—Agriculture Canada determining all cattle imported from United Kingdom from January 1, 1982 until date of ban in 1990 had to be destroyed subject to compensation to owners—Respondent's bull one of 64 bulls affected by December 14, 1993 determination—Respondent basing application for review of Minister's decision on four grounds—Motions Judge rejecting three of them—Fourth ground found convincing by Motions Judge: Minister failed to take account of relevant considerations—According to Motions Judge, period spent by respondent's bull in quarantine not long enough to have resulted in infection—Subject bull could not have contracted disease, was not affected—Decision of Minister to destroy subject bull patently unreasonable, had to be quashed—*Per* Marceau J.A.: Order under appeal cannot be allowed to stand—Motions Judge not entitled to grant application for judicial review—Impugned decision of Minister administrative decision of executive nature, policy decision not subject to requirements of rules of natural justice or procedural fairness—Good faith of Minister never questioned—Decision made within parameters of provision—Court called upon to verify if decision-maker's suspicion can find support in evidence—Motions Judge substituting own opinion for that of Minister—Act requiring Minister to exercise considerable expertise with regards to health of Canadian livestock and risks imposed by potential parasites, to act on basis of mere suspicion—No bull living in United Kingdom at time when contaminated feed in circulation may be definitely clear from suspicion—Minister's suspicion, decision not unreasonable—No

## ANIMALS—Concluded

ground on which application for judicial review could succeed—Minister, officers acting in good faith—Appeal dismissed without costs—R. 1618 requiring special reasons to award costs on application for judicial review—No special reason herein—Policy applicable to costs on judicial review requiring no costs on appeal—*Per* Desjardins J.A. (Chevalier D.J. concurring): General rule as to costs in appeal successful party entitled to costs even if appeal from decision made pursuant to s. 28 application—R. 1618 applicable at first level only—No policy reasons against award of costs on appeal—Appeal dismissed with costs—Health of Animals Act, S.C. 1990, c. 21, s. 48—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 1992, c. 26, s. 17; c. 49, s. 128).

KOHL V. CANADA (FEDERAL DEPARTMENT OF AGRICULTURE) (A-345-94, Marceau and Desjardins J.J.A., judgment dated 21/7/95, 15 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board Appeal Division (tribunal) July 1994 order (1) granting Minister's application to cancel 1985 direction of Immigration Appeal Board staying execution of outstanding deportation order made against applicant in October 1984, and (2) dismissing applicant's appeal of deportation order and ordering deportation order be executed as soon as practical—Applicant arrived in Canada at age 8 from Trinidad and Tobago and never bothered to acquire citizenship before committing many offences between 1980 and 1986 for which he was charged, sentenced to concurrent sentences running up to 12 years, and served time—Appears to have met parole conditions since 1990—Application for

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Judicial review on basis tribunal erred in law in several important aspects—Application dismissed—Tribunal did not misunderstand or ignore evidence nor made findings not based on evidence—Not unreasonable in its determination applicant had not rehabilitated himself—Tribunal did consider circumstances bearing upon its determination from perspective of applicant—As statute providing for appeal of removal order on equitable grounds, tribunal's decision further stay of removal order unwarranted did not mean removal of applicant would be cruel and unusual punishment, contrary to Charter, s. 12, in circumstances of case: *Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 270 (C.A.)—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. 12.

MARTIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2384-94, MacKay J., order dated 28/9/95, 12 pp.)

*Immigration Inquiry Process*

Judicial review of adjudicator's failure to determine whether applicant unable to appreciate nature of proceedings before appointing mother as representative at credible basis inquiry—Applicant fifteen at time of inquiry—Immigration Act, s. 29(4) providing where inquiry held with respect to any person under eighteen or any person who, in opinion of adjudicator unable to appreciate nature of proceedings, person may be represented by parent or guardian—S. 30(1) providing statutory right to counsel for persons subject to credible basis inquiry—*Kamtapersaud v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 70 F.T.R. 61 (F.C.T.D.) not followed—S. 29(4) creating two separate, distinct categories of persons who may be represented by parent, guardian at inquiry: any person under eighteen, or any person unable to appreciate nature of proceedings—S. 29(4) not requiring adjudicator to determine whether person under eighteen unable to appreciate nature of proceedings—Right to representation by counsel additional to right to be represented by parent or guardian—Adjudicator separately confirming counsel for mother also representing minor children—Facts establishing applicant represented by counsel—As voluntarily choosing to leave inquiry during mother's testimony, applicant cannot claim right to counsel breached or representation not meaningful—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 29(4), (5), 30(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 19), 33(2) (as am. *idem*, s. 24).

QUINTEROS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3519-93, McGillis J., order dated 12/10/95, 5 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Application for stay of removal order to be enforced against applicants—Applicants citizens of Peru—Arrived in Canada in 1986, made claim to be Convention refugees—Part of refugee claimants backlog formed in 1989—Decision on application on humanitarian and compassionate grounds pending—Applicant, wife gainfully employed in Canada, owners of house—Deeply concerned about emotional impact deportation will have on two children—Political situation in Peru in state of chaos—Terrorism rampant throughout country—Applicants, children valuable members of Canadian society, given length of stay in Canada, successful establishment here, absence of criminal record and excellent job records—Application on humanitarian and compassionate grounds should be given serious consideration—Immigration system at fault—Overburdened, slow system causing applicants irreparable harm—Court exerting jurisdiction to prevent injustice and to rescue better administration of law in Canada under Immigration Act, s. 114(2)—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2).

MUNOZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM- 2243-95, Muldoon J., order dated 1/9/95, 11 pp.)

*Removal of Permanent Residents*

Application for stay of deportation order issued against applicant—Applicant citizen of Jamaica, permanent resident of Canada—Charged with trafficking in narcotic, sentenced in January 1995 to six months at Maplehurst Institution—Deportation order issued on April 12 pursuant to Immigration Act, s. 32(2)—Applicant would not suffer irreparable harm if stay not granted pending consideration of application for leave and for judicial review—Application for stay not dismissed on ground no serious issue raised by application for leave and for judicial review before Court—Act, s. 82.1 providing application for leave and for judicial review may be filed in Court within 15 days after day on which applicant notified of impugned decision—On eighth day after being informed of decision applicant advised he is to be deported two days later—In interests of justice Court will assume, for purposes of considering application for stay of removal process, that application for leave and judicial review raises serious issue before Court—Desire to fulfil statutory obligations should not bar opportunity for judicial review on formal ground serious issue not made out when Department's expeditious process precludes counsel from working with information necessary to firmly establish that—Those responsible for removals from Canada under Act should abide by spirit of s. 49(1)(c)(i) and should not remove someone subject to deportation order within time limited by Act for applying for leave and for judicial review—Application for stay dis-



**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

missed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 32(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 21), 49 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 16; S.C. 1990, c. 8, s. 52; 1992, c. 49, s. 41), 82.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 53; 1992, c. 49, s. 73).

FREEMANTLE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2323-95, MacKay J., order dated 11/9/95, 5 pp.)

*Removal of Visitors*

Judicial review of adjudicator's decision applicant person described in Immigration Act, s. 27(2)(g) as entered Canada by reason of misrepresentation of material fact—Applicant, daughter born in People's Republic of China—Joining husband in Brazil in 1990—Husband dying in 1992—In 1993 obtaining two-day transit visa to enter Canada as part of trip to China—Daughter becoming ill on plane between Toronto and Vancouver—Unable to travel—Applicant obtaining four-week visitor's visa, during which time married Canadian citizen—Applied for landing from within—Application for temporary admission to Canada providing series of responses to question concerning present marital status including "married", "widow"—Application form marked "married"—Applicant explaining in her culture considered herself married, and not personally completing form—Application allowed—Applicant not attempting to obtain visa through fraud, improper means or misrepresentation of material fact—Unaware misrepresenting facts to enter Canada by dishonest means as no idea would stay in Canada when applied—Not material omission precluding obtaining either transit or visitor's visa—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 27(2)(g).

CHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2624-95, Rouleau J., order dated 12/10/95, 5 pp.)

**IMMIGRATION PRACTICE**

Salvadoran applicants, husband, wife and child, first arrived in Canada in 1987 and claimed Convention refugee status—Application dismissed in 1992—In 1993, husband, suffering from bone marrow cancer, described as aplastic anemia, and also diabetes mellitus, received bone marrow transplant, followed by serious complications which might develop into chronic condition—In April 1994, departure notice issued against applicants for medical inadmissibility of husband and for economic inadmissibility of applicants collectively—Two days later, applying for permanent resident status, invoking humanitarian and compassionate grounds, asking for speedy reply, as applicant thought delay might result in deportation—Refusal based mainly on

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

medical inadmissibility of husband—Applicants alleged treatment would not be available in El Salvador; respondent's own inquiry led to conclusion treatment in fact available in El Salvador—Decision dismissing H & C application before applicant could request details of medical evidence and comment thereon—Application for judicial review of immigration officer's decision allowed—Applicant should have been provided with opportunity to respond to extrinsic evidence relied upon by officer in making decision, before decision made: *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (F.C.A.)—Request for speedy reply not waiver of rights to procedural fairness and not allowing respondent to avoid responsibility to act fairly—However, even if medical services not available in El Salvador, immigration officer, not Court, will determine whether recommendation should be made on H & C grounds for permanent resident status to be granted.

MACHADO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2694-94, MacKay J., order dated 22/9/95, 6 pp.)

Appeal from Trial Division decision dismissing application to intervene in application for judicial review from decision of Minister of Employment and Immigration finding insufficient humanitarian and compassionate grounds for permitting applicant to remain in Canada—Proposed intervenor granted extension of time within which to launch "appeal" from decision dismissing application to intervene—Submission matter governed by Federal Court Act, s. 27 rather than Immigration Act, s. 83(1) without merit—Decision of Trial Division dismissing application to intervene "judgment . . . on application for judicial review with respect to decision . . . made . . . under Act"—No appeal to F.C.A. as no question certified by Trial Division under s. 83(1)—No inconsistency between provisions—Appeal dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27(1)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

BALAGA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A- 408-95, Stone J.A., judgment dated 29/9/95, 3 pp.)

**JUDICIAL REVIEW**

Application for judicial review of decision of Convention Refugee Determination Division (CRDD) applicant not Convention refugee—Applicant citizen of People's Republic of China (PRC)—Claiming refugee status by reason of alleged well-founded fear of persecution if required to return to PRC based on real or perceived political opinion—Appli-

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

cant's family home threatened to be demolished due to construction of new international airport—No compensation or aid in relocating—Applicant speaking out publicly against family's eviction without compensation—Detained by government officials, accused of counter-revolutionary activities and being critical of government—Left PRC illegally as authorities searching for him—Applicant interviewed at port of entry in Canada by immigration officer, not invited to sign or initial notes of interview—CRDD relying on discrepancies between port of entry notes on one hand and narrative statement in applicant's Personal Information Form (PIF), oral testimony before CRDD on other hand—Counsel for applicant given five days' notice of CRDD's intention to consider port of entry notes, failed to subpoena author of notes, interpreter—Onus not on CRDD to make those persons available for examination at hearing—Not open to applicant to allege denial of right to natural justice and procedural fairness—Applicant providing rational explanation, essentially difficulties in interpretation, for discrepancies between story as recorded in port of entry notes and story as recorded in narrative and oral testimony—After giving benefit of doubt to claimant, CRDD could not reject applicant's claim for want of credibility evidenced by discrepancies between two versions of experiences in PRC—In doing so, CRDD violated principles of natural justice, fairness and denied applicant fair hearing—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1; S.C. 1992, c. 49, s. 1).

LIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4684-94, Gibson J., order dated 28/9/95, 8 pp.)

Application for judicial review of immigration officer's decision applicant not member of post-determination refugee claimants in Canada class (PDRCC) as not likely to be subjected to personal, objectively identifiable risk to life, extreme sanctions or inhumane treatment in country of citizenship—Applicant, male citizen of Lebanon, found by Immigration and Refugee Board not to be Convention refugee—Not entitled to remain in Canada—Application for stay of deportation order denied—Post-claim determination officer (PCDO) finding applicant had internal flight alternative in Beirut area—Applicant asserting PCDO committed reviewable error in relation to third element of PDRCC class in Immigration Regulations, s. 2(1)(c)—Whether applicant at risk if returned to Lebanon—Decision of immigration official not to recommend individual as being eligible for PDRCC class taking no right away—Court not to intervene in discretionary decisions of post-claim determinations officers unless discretion exercised pursuant to improper purposes, irrelevant considerations, with bad faith or in patently unreasonable manner—Allegation PCDO relied on extrinsic evidence not disclosed to applicant more serious

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

issue—Immigration officer breaching duty of fairness when relying on extrinsic evidence not brought forward to applicant and latter not given opportunity to respond to such evidence—Alleged extrinsic evidence herein memorandum dated December 6, 1994, annexed as exhibit "A" to PCDO's affidavit—Impugned memorandum extrinsic evidence not brought forward to applicant—PCDO relying upon information, submissions and expert letters submitted by counsel and thorough review of documentation in respect of country conditions in Lebanon, in coming to decision—Memorandum not disclosed to respondent until after decision reached, thereby giving rise to breach of procedural fairness compelling Court to intervene—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) (as am. by SOR/93-44, s. 1).

GHARIB V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-180-95, Noël J., order dated 13/9/95, 9 pp.)

**STATUS IN CANADA***Convention Refugees*

Judicial review of Refugee Division decision finding applicants Convention refugees—Applicants Ukrainian Christians now citizens of Israel—Death threats made against them by religious fanatics because of origin and religion, and in one incident applicant shot in elbow—Applicant's son harassed and attacked at school for wearing a Christian cross around neck; problems continued when son moved to another school—Applicant's wife sexually harassed and assaulted when went looking for work—Police twice refused to investigate incidents—Refugee Division's decision concluded applicants had been subject of isolated acts of discrimination not amounting to persecution—Incidents of harassment and physical attacks repeated over period of 18 months not isolated acts—Applicants' fear of being persecuted justified only if no State protection—Consequences of lack of action by police to justify applicants' reluctance to seek protection from State and to encourage recurrence of incidents—Judge rejected respondent's argument in situations where police refused to do their duty individual should go to higher tribunal or approach different organization, such as Human Rights Commission—Every victim of criminal offence in country where governmental system has not broken down entitled to go to police and to expect investigation—Greater burden must not be placed on individuals in Israel than on individuals in other democratic countries—Application allowed.

KADENKO V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (IMM-809-94, Tremblay-Lamer J., decision dated 9/6/95, 10 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

Application for judicial review of CRDD decision applicant Convention refugee—Respondent citizen of People's Republic of China (PRC)—Claim based on well-founded fear of persecution if required to return to PRC by reason of political opinion and membership in particular social group—Respondent, medical doctor, assigned to family planning clinic by authorities, in spite of her objections—Clinic enforcing one child policy against women in late stages of pregnancy—Respondent expected to induce labour as form of abortion and, where procedure failed, to prescribe dosages for lethal injections for surviving child—Respondent neither ordered injections nor administered them—Became involved in pro-democracy movement—Arrested, detained and sent back to work where forced to perform menial tasks at half previous salary—Escaped—Husband, left behind, demoted and son denied admission to school—Application allowed—CRDD failed to adequately examine issue of exclusion under Convention, Art. 1F(b) (exclusion from Convention refugee definition for having committed serious non-political crime)—*Obiter*: statement of S.C.C. in *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, made in context of determining objective standard for defence of duress in criminal law matters: “When considering the perceptions of a ‘reasonable person’ however, the personal circumstances of the accused are relevant and important and should be taken into account” should apply in context of alleged duress of “superior orders” analysis in claim to Convention refugee status—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. LIN (IMM-3822-94, Gibson J., order dated 4/10/95, 6 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicants not Convention refugees—Applicants, diplomatic representative of Bulgaria in Canada and wife, seeking refugee status in Canada following termination of applicant's employment in 1991—Applicant member of Communist party of Bulgaria until 1990—Democratization process initiated in 1989 in Bulgaria—Multi-party elections held in 1990—In 1992, new democratic government intending to begin state trials for treason against some former Communist Party members—Applicant claiming would face persecution if returned to Bulgaria—Former members of Communist government of Bulgaria not qualifying as social group within meaning of Convention refugee—Furthermore, democratization process and independent judiciary raise assumption laws and practices of regime not persecutory—CRDD did not err in assessment of changes in Bulgaria and in concluding changes removed any objective basis

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

for husband's claimed fear as related to Convention reasons—Application dismissed.

PANAYOTOV V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-1545-92, MacKay J., order dated 5/10/95, 8 pp.)

*Permanent Residents*

Judicial review of refusal of permanent residence—Visa officer relying on medical opinion 14-year old mentally retarded daughter inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(a)(i) or (ii) as admission might reasonably be expected to cause excessive demands on social services—Court competent to review medical evidence to determine whether medical opinion reasonable in circumstances—Specialists' reports reviewed by medical officers indicating mild mental retardation, but medical officers indicating only mental retardation—Medical officers failed to indicate level or degree of mental retardation—Degree, probable consequences of degree of mental retardation relevant to whether excessive demands on government services—As many factors to be considered, possible for person with mild mental retardation to cause excessive demands on social services—Reasonable to impose higher onus of proof on medical officer to demonstrate excessive demand in situation of mild retardation—If person suffering from mild mental retardation, must be clearly set out why found to cause excessive demands on social services—Medical officer not required to distinguish extent of degree of illness in most cases—But medical officers herein referring to article where effects of severe and moderate mental retardation costed out—No costing out of mild mental retardation, indicating recognized difference in demands on social services based on degree or level of mental retardation—Medical officers erred in failing to specify degree of mental retardation suffered—Immigration Regulations, 1978, s. 22 setting out factors to be considered by medical officer in relation to nature, severity or probable duration of disability—Medical officers considered several factors in s. 22—*Jiwanpuri v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 241 (F.C.A.) not precluding looking at other relevant factors outside of s. 22—Relevance of lack of education, need for supervision and support relevant as specifically referred to in medical reports—Matter returned to visa officer for determination of level of mental retardation suffered, rehearing on issue of excessive demand on social service—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 22 (as am. by SOR/78-316, s. 2)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a).

SABATER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2519-93, McKeown J., order dated 13/10/95, 9 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

## —Concluded

Application to set aside decision of Immigration Officer refusing application for permanent resident status—Application refused on ground husband inadmissible to Canada as convicted of criminal offence—Applicant arguing application should have been assessed independently of husband's under regulatory scheme respecting Designated Class members—Issue already decided in *Kaisersingh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 89 F.T.R. 276 (F.C.T.D.) and *Kandasamy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 296 (F.C.T.D.)—Claimant, husband arrived in Canada with children in December 1987—Claim for Convention refugee status by wife and children intended to be dealt with as part of husband's claim—Husband's application for permanent resident status denied in November 1992 because of criminal record—Denial of wife's application for permanent resident status in August 1993 based on husband's criminal record—Procedure under Immigration Act changed in February 1993 so that credible basis hearings no longer part of process—Applicants found not to be Convention refugees—Claimant should be considered to be within Designated Class—Left out of formal credible basis procedure as result of administrative oversight—Oversight cured by rejoining her and children to husband's claim for full CRDD hearing—Claimant's application adjourned pending decisions in *Kaisersingh* and *Kandasamy*—Refugee Claimants Designated Class Regulations, SOR/90-40—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

LAL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM- 4191-94, Reed J., order dated 25/9/95, 5 pp.)

**COMPETITION**

Sentencing—Canada Pipe Co. pleaded guilty to one count of unlawfully conspiring with another company to lessen, unduly, competition in supply and sale of ductile iron pipe, contrary to Competition Act, s. 45(1)(c)—In agreed statement of fact, counsel have suggested fine of \$2,500,000—Penalty under s. 45 fine not exceeding \$10,000,000—Sentence should protect public interest in free competition and should serve as general and specific deterrent—Court relying on following factors: (1) s. 45 at core of criminal portion of Act; (2) Company's president, one of highest directing minds of company, entered into agreement on behalf of accused; (3) size of accused and volume of commerce affected (accused's sales for nine-month period totalling \$8,000,000, suggested fine representing 30%); (4) suggested fine in line with other recent cases; (5) fine should also reflect cost of Crown's investigation, parties agreeing 20% of proposed fine covers cost of investigation; (6) given international context of conspiracy, fine should be sufficient to deter persons outside country

**COMPETITION—Concluded**

from engaging in actions violating Canadian competition laws—And mitigating factors: guilty plea; accused's cooperation; arrangement not put into effect, in fact, no victims who suffered loss as price of ductile iron pipe went down—Suggested fine of \$2,500,000 reasonable—Highest fine under s. 45 to date—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 45(1)(c) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 30).

CANADA V. CANADA PIPE CO. (T-2044-95, McKeown J., sentence dated 2/10/95, 4 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE**

## EXCISE ACT

Application for declaration interest in white Safari van not affected by seizure—Applicant also seeking return of \$4,800 paid for vehicle's release—Respondent conceding applicant innocent of complicity or collusion in offence with respect to which van seized—Applicant taking all reasonable care to satisfy himself vehicle not to be used in contravention of Excise Act—Respondent arguing Act, s. 164 not applicable as vehicle released when application for declaration filed—S. 164 not limiting applications thereunder to those filed while vehicle under seizure—Application must be filed within 30 days of seizure—Application granted—S. 164 not allowing return of money paid for vehicle's release—Federal Court Act, s. 17(2), other provisions of Excise Tax helpful—Excise Act, R.S.C., 1985, c. E-14, s. 164—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(2).

WONG V. M.N.R. (T-768-95, Reed J., order dated 21/9/95, 3 pp.)

**ENVIRONMENT**

Application for judicial review challenging appointment of review panel by Minister of Environment under Canadian Environmental Assessment Act—Panel appointed to assess environmental impacts of facilities proposed by applicant (Sunshine) for ski facilities in Banff National Park—Sunshine preparing Sunshine Village Long-Range Development Plan Proposal of May 29, 1992—1992 Plan much scaled down from 1987 Plan, along lines of approved portions of 1978 Plan—On August 31, 1992 Minister of Environment Jean Charest approved plan as submitted with understanding that environmental assessment review process will apply to each plan component in manner consistent with standard development approval process in Banff National Park—EARPGO replaced by Canadian Environmental Assessment Act on January 19, 1995—Panel appointed under Act at request of Minister Michel Dupuy—

**ENVIRONMENT—Continued**

Terms of reference for panel extensive—Panel to consider environmental, socio-economic acceptability of “project”, including unbuilt portions of 1978 Plan and proposed additions in 1992 Plan—Whether letter from Minister Charest final approval of 1992 Plan or merely conditional approval contingent on completion of environmental assessment for every component of 1992 Plan—Charest letter not obviating further environmental assessment at Sunshine—“Scoping” conducted by Dr. Leeson not initial assessment within meaning of EARPGO, of no legal consequence—Powers granted to Parks Canada under National Parks Act or other relevant legislation not so duplicative of EARP process that EARP no longer applies and jurisdiction of panel established under CEAA eliminated—Management Directive 2.4.2., Building Permit Guidelines not ousting jurisdiction of panel—Appointment of panel not defective in that Minister Dupuy’s request under s. 13 of EARPGO not based on erroneous perception of public interest—Evidence of public concern in regards to 1992 plan in existence prior to Minister Dupuy’s letter of January 1994—Acting on public concern not amounting to bad faith—Panel barred from examining Goat’s Eye development—Review of 1978 Plan not constituting retroactive application of 1984 EARPGO—Conceptual approval from 1978 referenced and incorporated in 1992 Plan, subject to environmental assessment, employing legislation in force—Not open to panel to examine need for entire Sunshine Village development—Appropriate for panel to examine projected increase in water use from Rock Isle Lake and to examine economic and social effects of 1992 Plan modifications—Panel not barred from examining cumulative effects of developments at Sunshine—Panel properly established under transitional provisions of CEAA—Application dismissed—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37—Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467—National Parks Act, R.S.C., 1985, c. N-14.

SUNSHINE VILLAGE CORP. V. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (T-808-95, Heald D.J., order dated 8/9/95, 38 pp.

**EXPROPRIATION****PRACTICE**

At close of action disputing adequacy of expropriation indemnity, costs awarded as specified in Act, s. 39(2) namely “whole of the party’s costs of and incident to the proceedings . . . on a solicitor and client basis”—Plaintiff, whose action allowed, applied for taxation of costs on party and party basis—To determine amount of compensation, Trial Judge had used only parity technique although plaintiff’s expert witnesses had relied on income technique—Court of Appeal stated while legitimate to reject plaintiff’s experts’ approach, not possible to dismiss their

**EXPROPRIATION—Concluded**

testimony, and data which they presented, in their entirety—Defendant argued costs of plaintiff’s expert witnesses should not be awarded as incurred using technique not approved by Court—Most important factors to consider in deciding question of costs: (1) amount of offer; (2) amount of award; (3) complexity of issues involved; (4) skill and competence required to present issues; (5) experience of solicitors and counsel; (6) time expended on preparation; and (7) fees allowed in Tariff B—Costs awarded under s. 39 of the Act must be consistent with rules governing taxation, and in particular have been incurred for proper preparation and presentation of case—Expert witness costs cannot be denied on basis Court regarded defendants’ evidence as more persuasive—In awarding costs, Court felt all expenses reasonably incurred pursuant to Act, s. 39 should be allowed—Plaintiff’s expert witness fees awarded—Expropriation Act, R.S.C., 1985, c. E-21, s. 39(2).

TEMKIN INC. V. CANADA (DEPARTMENT OF PUBLIC WORKS) (T-856-88, Lamy T.O., taxation dated 1/5/95, 7 pp.)

**INCOME TAX****CORPORATIONS**

Actions to set aside decision of Tax Court of Canada allowing appeals of defendants from reassessments by Minister of National Revenue—Tax payable by corporation of which defendants directors, liable to withhold from employees and to remit in accord with Income Tax Act, Regulations—Application of Act, s. 227.1 limiting period of vicarious liability of former directors for failure of corporate employers to remit deductions for tax from employees—Defendants sole directors of Olympic Hotels Ltd. (Olympic)—Both involved in day-to-day operations of hotel—Hotel failing in late 1984 to remit deductions at source from employees for income tax—Following appointment of receiver manager in November 1984, Olympic assessed by MNR on February 20, 1985 in regard to failure to remit taxes, including deductions in respect of employees, due for October 1984—On February 25, 1985, defendants signed brief note to Olympic Hotels Ltd. purporting to tender resignations as directors, officers of Olympic—By notice of assessment dated March 24, 1987, under s. 227(10)(a), each of defendants as director of Olympic assessed in respect of total taxes, interest and penalties unpaid by Olympic in relation to taxes company required to withhold and remit for October 1984—Tax Court of Canada ruling limitation period of two years for claims against defendants as directors commenced with appointment of receiver, defendants thus entitled to benefit of limitation period of two years under s. 227.1(4), not vicariously liable as directors for amount of tax not remitted by corporation—Decision of Tax Court turning on interpretation of s. 227.1(4)—Purpose of s. 227.1 to create vicarious liability

**INCOME TAX—Continued**

of corporate directors for acts or omissions of corporations in regard to source deductions for tax from employees' wages and remission of moneys—Act not defining when corporate director ceases to hold office or to be director for limited purpose under s. 271.1 of prescribing vicarious liability of director in relation to deduction and remission of taxes at source by corporation—Appointment of receiver manager on November 28, 1984 not marking date on which defendants ceased to be directors of Olympic for purposes of s. 227.1(4)—Limitation period established by s. 227.1(4) commences when director ceases to hold office in accord with law applicable to corporation—Decision of Tax Court in error in application of s. 227.1(4)—If defendants resigned from office as directors by memorandum of February 25, 1985 and resignation effective more than two years before assessments issued on March 24, 1987, defendants entitled to benefit of two-year prescription period under s. 227.1(4)—Determination of when letter of resignation delivered to registered office of company key to resolution of defendants' liability for tax—Document dated February 25, 1985 delivered to registered office of company, by Wellburn's delivery to solicitor's secretary, within terms of B.C. Company Act, s. 154(2)—Delivery made within few days of signature of documents when became effective, more than two years before assessments of March 24, 1987—Action to recover against each of defendants prescribed by s. 227.1(4)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 227(10)(a) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 123(2)), 227.1(4) (as enacted *idem*, s. 124(1))—Company Act, R.S.B.C. 1979, c. 59, s. 154(2).

CANADA V. WELLBURN (T-820-90, T-821-90, MacKay J., judgment dated 21/6/95, 23 pp.)

**INCOME CALCULATION***Capital Cost Allowance*

Appeal from Trial Division decision ([1993] 1 F.C. 622) dismissing appeal from reassessments for 1985, 1986 taxation years—Appellant General Motors distributor in St. John's, Newfoundland—Member of group of associated companies having common ownership—Underwent corporate restructuring—On December 28, 1984, Hickman Equipment Ltd. voluntarily liquidated, wound-up into parent Hickman Motors Ltd.—Assets in amount of \$5,196,422 became property of "Motors"—On January 2, 1985, same assets, net of liabilities of "Equipment" sold by "Motors" to "Equipment (1985)" for \$860,000—Appellant's claim for capital cost allowance in amount of \$2,029,942 disallowed by Minister as assets of "Equipment" not acquired by appellant for purpose of gaining or producing income—Only issue between parties claim for capital cost allowance in 1984—Appellant arguing provisions of Income Tax Act, s. 88(1) create for it independent right to claim capital cost allowance on undepreciated capital cost of property acquired

**INCOME TAX—Continued**

on winding-up of "Equipment"—S. 88(1) creating no rights to any deductions—Neither charging nor relieving provision—Whether appellant entitled under Income Tax Act, Regulations to claim capital cost allowance on undepreciated capital cost in respect of depreciable property—Right to claim capital cost allowance wholly statutory—Deductions for capital cost allowance, like any other deductions, prohibited if not related to expenditure incurred for purpose of gaining or producing income—S. 88 not creating for appellant independent right to claim capital cost allowance on property acquired on winding-up of subsidiary "Equipment"—Whether property acquired for purpose of gaining or producing income question of fact—Test to be applied in determining whether property acquired for purpose of gaining or producing income similar to that settled by Supreme Court of Canada in *Moldovan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480—That taxpayer held property herein only over period of long holiday week-end indicative of absence of intention of earning income from property—Appellant itself not treating property acquired from winding-up of "Equipment" as being potential or actual source of income—Trial Judge's finding of fact appellant did not acquire property of "Equipment" for purpose of gaining or producing income concordant with applicable principles of law, solidly based in evidence—Act, s. 20(16) inapplicable—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(16) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14(4)), 88(1) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 27; 1980-81-82-83, c. 48, s. 48).

HICKMAN MOTORS LTD. V. CANADA (A-57-93, Hugessen J.A., judgment dated 15/9/95, 13 pp.)

*Capital Gains*

Action to set aside Minister's reassessment with respect to plaintiff's 1985, 1986 and 1987 taxation years—Case involving attribution rules of Income Tax Act intended to prevent taxpayer from splitting income or capital gains among family members and reducing total amount of tax otherwise payable—In 1985, 1986 and 1987, taxpayer's wife disposed of portion of shares in family corporation—Minister, by way of reassessment, attributed capital gain on disposition of wife's shares to plaintiff—Whether taxpayer and wife intended, in common, from commencement of electrical contracting business in 1973, for taxpayer to hold one half property of business in trust for wife—If so, subsequent legal transfers of shares not transfers of property within meaning of Act, s. 74(2) as wife always beneficial owner of shares and attribution rules not applicable—Resulting trust concerned with intention—Taxpayer's electrical contracting business incorporated in 1975—Taxpayer acquiring 99 shares of company, wife one share—Share split done by accountant—In 1978, redivision of shares in which taxpayer transferred 49 shares to wife so that each would hold 50 shares—In 1980, Holizki Electric

**INCOME TAX—Continued**

Ltd. going into oil business—Holizki Holdings Ltd. incorporated in 1983—Taxpayer and wife each sold shares in Holizki Electric Ltd. to Holizki Holdings Ltd. for \$775,000—Wife sold portion of shares in Holizki Holdings Ltd. in 1985, 1986 and 1987—Minister's reassessment attributing capital gain realized on disposition of wife's shares to taxpayer—Common intention for taxpayer to hold portion of property of business in trust for wife—At least in 1978 taxpayer and wife intended 50-50 sharing of property of business—Existence of resulting trust not impossible or unreasonable herein—Evidence consistent with resulting trust existing from commencement of sole proprietorship in 1973 whereby taxpayer held fifty percent of business for wife—No transfer of property within operation of Act, s. 74(2)—No attribution of taxable capital gains to taxpayer—Action allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 74(2) (as repealed by S.C. 1986, c. 6, s. 37(1)).

HOLIZKI V. CANADA (T-2296-89, Rothstein J., judgment dated 7/9/95, 14 pp.)

Principal residence—Appeal from Trial Division decision dismissing taxpayer's allegation parcel of land of 32.755 acres, sold in 1987, falling within definition of "principal residence" under Income Tax Act, s. 54(g), making proceeds of disposition free from tax on capital gains pursuant to Act, s. 40(2)(b)—In alternative, whether Trial Judge erred in determination of property value as of Dec. 31, 1971 (V-Day)—Appeal allowed, McDonald J.A. dissenting—*Per* Desjardins J.A.: Taxpayer third-generation owner of 32.755-acre property in Ancaster, Ontario—3 acres around house for personal use, 25 acres of remaining acreage rented to farmer—Act basically defining "principal residence" as housing unit and one acre and, if taxpayer can meet "formidable" burden, land in excess of one acre necessary to use and enjoyment of housing unit as residence—*The Queen v. Yates* (1986), 86 DTC 6296 (F.C.A.); *Augart v. The Queen* (1993), 93 DTC 5205 (F.C.A.), defining objective and subjective tests to establish excess land necessary to use and enjoyment, applied—According to applicable by-law, subject lot located in "Agricultural Zone" where minimum lot area fixed at 25 acres—Legal regime, both on V-Day and in 1987, making it uncertain appellant could have obtained consent from local authority for subdivision of lot—"Objective" test met—*Per* McDonald J.A. (dissenting): appeal should be dismissed—As expert planning witness of opinion, on balance of probabilities, appellant could have obtained Board's consent to divide property, appellant did not meet formidable onus of proving more than one acre needed for use and enjoyment of housing unit—Fact obtaining subdivision would have been "difficult" not sufficient to discharge onus—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 40(2)(b)(as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 17(1)), 54(g) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 14(1); 1974-75-76, c. 26, s.

**INCOME TAX—Concluded**

25(2); 1976-77, c. 4, s. 14(1); 1980-81-82-83, c. 140, s. 23(3),(4); 1985, c. 45, s. 23(1),(2); 1988, c. 55, s. 31(2)).

CARLILE V. CANADA (A-486-93, Desjardins, McDonald J.J.A., judgment dated 11/7/95, 20 pp.)

**INSURANCE**

Application by defendants for order dismissing plaintiff's action commenced by way of statement of claim April 23, 1991—Whether injury to plaintiff's knee constitutes permanent serious impairment of important bodily function under Insurance Act of Ontario, s. 266(1)(b)—Provisions enacted by Ontario government to eliminate protracted, costly disputes and lawsuits over mainly property damage—Plaintiff's only chance of recovery in Federal Court of Canada—Application dismissed—Insurance Act, R.S.O., 1990, c. 1-8, s. 266(1)(b).

ALLINGHAM V. BALSHAW (T-1095-91, Jerome A.C.J., order dated 14/9/95, 2 pp.)

**NATIVE PEOPLES**

Motion for order requiring plaintiff bands to produce all documents and to respond to questions in discovery relating to investment and spending patterns of bands—Plaintiffs opposing motion on ground matters sought not relevant to actions—Plaintiff Samson band seeking order to strike paragraph 31 from defendants' amended statement of defence under R. 419(1)(a) to (f)—All three plaintiffs claiming Crown breached responsibilities of trustee or other fiduciary or manager under equity, common law, statute, treaty and constitution with resulting damages suffered by them—Only claims relevant relating to management by Crown of moneys derived as royalties from oil and gas production from reserve lands, subsequently retained by Crown as account in Consolidated Revenue Fund (CRF)—Bases of defendants' claims to discovery said to be relevancy in terms of test set out in *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Co.*, (1988), *Baker Marine Co. and Gaz Inter-Cité Quebec Inc.* (1988), 25 F.T.R. 226 (F.C.T.D.)—Production of documents to be made, lines of discovery inquiry to be facilitated to enable party seeking information to better own case, weaken that of adversary or generally to throw light upon case—Essence of plaintiffs' position information sought by Crown's motion not relevant to any of money issues pleaded by plaintiffs—Whatever investment patterns, objectives, spending patterns of Bands in relation to own moneys, no nexus, no relationship between those and liability or damages alleged by plaintiffs' pleadings—Defendants' second contention, plaintiffs' investments relevant to determine whether rate of return on CRF funds reasonable, contrary to well established

**NATIVE PEOPLES—Concluded**

principle standard of care to be met by trustee or fiduciary determined, as matter of law, on objective basis with evidence adduced from experts or otherwise about reasonable standard of care—Actions, success or failure, standard met by Bands in management of own moneys clearly irrelevant to determination of reasonable standard of care of performance against which Crown to be judged herein—Returns on plaintiffs' investments of own moneys not relevant to issue of whether Crown breached fiduciary duty in failing to release moneys held in CRF accounts for benefit of Samson and Enoch Bands, if not also Ermineskin plaintiffs—Not relevant to assessment of damages—Where breach of obligation of trustee, fiduciary results in damage or loss, measure of damage restitution—Restitution not merely for loss of capital account or assets, also for loss through deprivation of use of assets—Order dismissing application of defendants, to be entered separately on all three files relating to separate actions, by each of plaintiffs—Samson plaintiffs arguing in regard of R. 419(1)(a) paragraph 31 of statement of defence not disclosing reasonable defence—Reference in paragraph 31 to plaintiffs' experience of returns on investments of funds as being less favourable than that obtained on other funds left with Crown not raising reasonable or arguable defence—Paragraph 31 immaterial under R. 419(1)(b), frivolous under R. 419(1)(c), struck out—Plaintiffs' motion allowed—Same reasoning, conclusion applicable to paragraph 30 of statement of defence in action by Enoch Band plaintiffs and to paragraph 32 of statement of defence in action by Ermineskin Band plaintiffs—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

SAMSON INDIAN BAND AND NATION V. CANADA (T-2022-89, T-1386-90, T-1254-92, MacKay J., orders dated 6/7/95, 14 pp.)

**PAROLE**

Judicial review of National Parole Board's denial of two escorted temporary absences (ETA's)—Applicant inmate at Collins Bay Institution—Not eligible for parole until 2003—According to Criminal Code, s. 747 applicant may not be granted escorted temporary absence until three years before eligible for full parole, other than for medical reasons, except with Board's approval—Board approving one ETA in February 1993 to meet with part-time studies advisor at Queen's University—In May applied for two further ETAs for educational and consultation purposes—Board concluding proposed ETAs set pattern which cumulatively constituted program not contemplated by legislation or Board policy so far in advance of eligibility for day parole or full parole—Application dismissed—Board's decision not determination proposed ETAs not consistent with correctional treatment plan for applicant, which Board policies require for authorizing temporary absence because by earlier decision Board accepted ETA for

**PAROLE—Concluded**

similar purposes consistent with applicant's correctional treatment plan, and no expression to contrary included in decision—Board adopting policies relating to escorted, unescorted temporary absences—Gradual evolution from limited day parole to full parole, all concentrated in three years prior to eligibility for full parole implicit in policy in relation to parole—Not expressly spelled out with regard to Board's role in approval of ETAs under s. 747—Board not precluded in absence of criteria in s. 747 from considering, applying general policies in assessing applicant for ETA submitted for approval under Code—Board vested with exclusive jurisdiction and absolute discretion under s. 107 in relation to parole and unescorted temporary absences and by reason of Code, s. 747 in relation to ETAs requiring its approval under that section—Unless Board's exercise of discretion clearly unreasonable, Court's intervention unwarranted—Board's determination made in light of general policy, practices, not unreasonable—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 747 (as am. by S.C. 1992, c. 20, ss. 204, 228)—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 17, 100, 101, 151.

CROOK V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-750-94, MacKay J., order dated 6/10/95, 7 pp.)

**PATENTS**

Application under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(1) for order prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing notices of compliance to Apotex Inc. in connection with drug known as Cefaclor until expiration of ten Canadian Letters Patent—Patents at issue containing product by process claims for intermediate substances used exclusively in synthesis of Cefaclor—None of them contain claims for Cefaclor itself—Whether intermediates medicines under Regulations—Cefaclor antibiotic, unquestionably medicine as defined in Regulations—Intermediates substances intended and destined for use in manufacture of Cefaclor—No commercially viable means of producing Cefaclor without using at least two of the intermediates—Intermediates included under Patent Act, s. 41 as intended for medicine—Language of s. 41 different from that of Regulations, s. 2—Act, s. 41(4) requires use for medicine, Regulations, s. 2 requires use for treatment—S. 41 and related case law not aids in interpretation of definition of medicine in Regulations—Intermediates not medicines—Patents for intermediates not containing claims for "medicine itself"—Patents improperly included on Lilly's patent lists—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 2, 6(1)—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 41(4).

ELI LILLY AND CO. V. APOTEX INC. (T-1537-93, Simpson J., order dated 12/9/95, 7 pp.)



**PATENTS—Concluded**

Application under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations for order prohibiting Minister from issuing Notice of Compliance (NOC) for nasal mist proposed to be sold by respondent Nu-Pharm Inc. until expiration of patents owned by applicant Syntex Inc.—Patents in issue prefaced by description of anti-inflammatory properties of chemical flunisolide, which has been subject of public disclosure since 1964 when first patented in United States—Nu-Pharm alleging Regulations only allow patent list to be filed where claims for medicine itself or for use of medicine—Words “drug”, “medicine” said to be given distinct meaning—Regulations, s. 5(1)(b)(iv) contemplating comparison between drugs in issue to determine whether claim for medicine itself or use of medicine would be infringed by making and selling of new drug—Resolution of issue raised by notice of allegation turning on meaning, scope of following words as defined in Regulations, s. 2: “claim for the medicine itself”, “claim for the use of the medicine”, “medicine”—Use of words “drug”, “medicine” in Regulations originating from interaction between Food and Drugs Act and Patent Act now existing under Regulations as result of enactment of Patent Act Amendment Act, 1992—Regulations preventing Minister from issuing NOC under Food and Drugs Act to second person when drug with respect to which NOC sought would infringe first person’s patent granted under Patent Act—Word “medicine” foreign to Food and Drugs Act—Word “drug” undefined, should be given meaning under Food and Drugs Act subject to necessary modification under Regulations—“Drug that contains a medicine” in Regulations, s. 4(1) framed by reference to drug containing medicine as opposed to drug containing other non-medicinal substance and falling outside scope of Regulations—Pharmaceutical composition can be substance that is medicine—Words “drug”, “medicine” in Regulations, s. 4(1) not used in contradistinction, not intended to draw line between active ingredient and preparation or composition including active ingredient—Substances claimed in patents 228, 963, 048 “medicine” within meaning of Regulations as intended or capable of being used for treatment of disorder or disease—Making “claim for the medicine itself” as each patent includes claim for such substances—None of allegations by Nu-Pharm justified with respect to patents 228, 048, 963—Application allowed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 2, 4(1), 5(1)(b)(iv)—Patent Act Amendment Act, 1992, S.C. 1993, c. 2—Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27.

HOFFMANN-LA ROCHE LTD. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1325-94, Noël J., order dated 21/6/95, 19 pp.)

**PENITENTIARIES**

Application to set aside Independent Chairperson (ICP)’s decisions applicant guilty of offence under Corrections and

**PENITENTIARIES—Continued**

Conditional Release Act, s. 40(f), and dismissing appeal—Applicant, inmate of Mission Institution, charged with being disrespectful or abusive towards staff member in manner undermining staff member’s authority—Observed making computer graphic design of witch with words “Andrea”, “witch”, “Xmas”—Acting Case Management Officer receiving offensive computer generated image of witch, similar wording—Notified of charge December 23, 1994—At December 29 hearing, applicant entering “not guilty” plea—No evidence led—Applicant indicating ready, willing to proceed—Matter put over to January 12 due to unavailability of key witness—Corrections and Conditional Release Regulations, s. 28 providing hearing to take place not less than three “working days” after inmate receiving written notice of charge—Corrections and Conditional Release Act, s. 41(1) requiring staff member to take all reasonable steps to resolve matter informally where possible—Application dismissed—(1) ICP not losing jurisdiction because notification of charge not delivered three working days before proposed date of hearing contrary to s. 28—Uncertain hearing not taking place well after three-day notification period—Proposition prison disciplinary hearing commences for purposes of s. 28 when plea entered (*R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694) not necessarily so in terms of whether hearing held in accordance with s. 28—Even if disciplinary court not complying with procedural rule, must still consider whether failure so severe as to constitute loss of jurisdiction—Prejudice to applicant consideration—Whether or not time limit adhered to, applicant suffering no prejudice—(2) As argument s. 41 not followed not raised at hearing, no evidence led on issue, no basis upon which to determine ICP lacked jurisdiction—(3) That no signature in first line of “decision taken” section of offence report procedural irregularity from which applicant not suffering prejudice—Offence authorized by institutional head or delegate—(4) No basis to interfere with ICP’s finding of fact communication directed towards staff member—(5) Applicant given opportunity to make submissions as to sanctions—(6) Not breach of right to fair hearing to have Chairperson ask questions in order to make proper determination—Prison disciplinary proceedings not adversarial, but inquisitorial—(7) ICP not refusing to determine motion to dismiss charge, but indicating premature—Applicant given ample opportunity, after all of evidence of both parties presented, to make submissions insufficient evidence to support offence charged—(8) Requirements of fairness met when witness called after applicant gave evidence as applicant present, hearing evidence, given opportunity to call further witnesses—(9) Denial of assistance of fellow inmate, who had been in law school before incarcerated, not denial of legal counsel—Applicant aware could consult legal counsel—(10) Procedural defects not denial of guarantees in Charter, s. 7 that proceedings be conducted in accordance with principles of fundamental justice—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 28—Corrections and Condi-

**PENITENTIARIES—Concluded**

tional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 40(f), 41(1)—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.

HANNA V. MISSION INSTITUTION (T-950-95, Rouleau J., order dated 12/10/95, 12 pp.)

**PENSIONS**

Application for judicial review of Pension Appeal Board's conclusion Review Committee had jurisdiction to review and vary Minister of National Health and Welfare's decision made under Canada Pension Plan, s. 66(4)—In 1990, applicant applied for disability benefits, noting that in application to Minister in 1981 and 1982, had been given erroneous advice by departmental officials respecting eligibility for benefits—Minister investigated and concluded allegation of erroneous advice unfounded—On appeal to Review Committee, majority found (1) it had jurisdiction to entertain appeal, (2) Minister wrong on question of erroneous advice and in refusing benefits—Committee consequently ordered disability benefits be paid to applicant from April 1982, date of erroneous advice—Board allowed appeal from decision of Committee on ground neither Committee nor Board had jurisdiction to entertain appeals—Application dismissed—No provision in statute for appeals to Committee and for right of Committee to entertain appeal from Minister's decision under s. 66(4), which rights must be expressly given by statute—However, Minister still subject to review before Federal Court Trial Division—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 66(4) (as enacted by S.C. 1991, c. 14, s. 1).

PINCOMBE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-675-94, Isaac C.J., judgment dated 5/10/95, 4 pp.)

**PRACTICE****CONTEMPT OF COURT**

Defendants charged with contempt of court for not delivering up to plaintiff or destroying under oath all signs offending injunction issued October 31, 1994—Plaintiff having exclusive rights in "Penthouse" trade marks—Defendants ordered by Associate Senior Prothonotary (A.S.P.) to show cause why should not be condemned for contempt of judgment of Teitelbaum J. dated October 31, 1994—Whether plaintiff proved beyond reasonable doubt defendants in contempt of court—Private investigator called by plaintiff—Took six pictures of defendants' premises, two before issuance of judgment dated October 31, 1994, four others on March 1, 1995—Verbal application of non-suit not available in contempt of court proceedings—Plaintiff must prove beyond reasonable doubt failure of defendant to fulfil terms of injunction—Two-stage process under R.

**PRACTICE—Continued**

355(4)—First stage application for order alleged contemnor show cause why contempt should not be found—Party making application must establish *prima facie* case of contempt—A.S.P. satisfied plaintiff established, by affidavit evidence, *prima facie* case—At second stage, guilt of alleged contemnor must be established to criminal law standard of proof beyond reasonable doubt—*Mens rea*, intention or good faith not consideration in determining issue of contempt of court—Defendants having "destroyed" window sign by removing same even if defendant Savard has failed to file affidavit to that effect—By taping over, entirely or partially, "Penthouse" signs, defendants have not "destroyed" said signs—Underlying meaning of word "destroy" to demolish, make useless or spoil so that restoration impossible—Defendants have failed to deliver up, destroy signs in issue, therefore in contempt of judgment of October 31, 1994—Good faith, lack of *mens rea* consideration in determining penalty—Defendants did not purposely attempt to contravene judgment dated October 31, 1994—Defendant 163564 Canada Inc. ordered to pay sum of \$250 as penalty—Defendant Savard ordered to pay sum of \$750 as penalty—Defendants, alone or together, shall pay to plaintiff sum of \$6,907.60 as plaintiff's costs and disbursements—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 355(4).

PENTHOUSE INTERNATIONAL LTD. V. 163564 CANADA INC. (T-1479-93, Teitelbaum J., order dated 21/7/95, 13 pp.)

**COSTS**

Applicant seeking costs of judicial review application on solicitor and client basis—Federal Court Rule 1618 providing no costs payable in respect of application for judicial review unless Court, for special reasons, so orders—Purpose of R. 1618, in departing from general principle costs should follow event, to assure to person adversely affected by decision of federal decision-maker right to challenge decision in Federal Court without running risk of financial ruin by costs if loses—Costs awarded for special reasons in cases where actions either unfounded or conduct warranting sanction of cost award—Court not accepting suggestion visa office in New Delhi purposely delayed application, made arbitrary policy changes to frustrate applicant—Decision not to process application for permanent residence under new Regulations when requested to do so by counsel for applicant in error, but not every error giving rise to award of costs—Such interpretation would render R. 1618 meaningless—Although application for judicial review allowed, with consent of respondent, costs not awarded—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

LADIWALA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4189-94, Cullen J., order dated 11/10/95, 3 pp.)

**PRACTICE—Continued**

Motion to set aside decision of Associate Senior Prothonotary awarding applicant (respondent to present motion) costs, on solicitor-client basis, following dismissal of trademark expungement action—Prothonotary having all relevant evidence before him, thorough knowledge of file—Trial date for expungement action set for December 1994—Respondent commencing proceedings to voluntarily abandon trade mark registrations at issue—Applicant's expungement action dismissed—Respondent reapplying for new registrations virtually identical to abandoned marks—Applicant challenging validity of registration of trademarks held by respondent, successful in all proceedings with costs awarded to it in cause or in any event of cause—Respondent ignoring order for costs—Prothonotary's decision supported by R. 344(3)—Decision in *Bhatnager v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 315 (T.D.) standing for proposition date of conduct one factor to be taken into consideration in assessing costs on solicitor-client basis—Inclusion in order, on interlocutory motion, of provision that costs shall follow cause, or be paid in any event of cause, not order as to scale of costs—Such orders only identifying party who will obtain costs—Still open to Court, at end of proceedings, to determine which scale should be applied—R. 344 complete answer to respondent's arguments—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344 (as enacted by SOR/87-221, s. 2).

KERACHEMIE GMBH v. KERACHEMIE (CANADA) LTD. (T-1474-93, Reed J., order dated 30/8/95, 5 pp.)

**DISCOVERY***Production of Documents*

Appeals and cross-appeal from orders by Associate Senior Prothonotary striking from appeal proceedings Her Majesty the Queen, Superintendent, ordering all documents considered by Minister, in reaching decision, be added to appeal case pursuant to R. 1305—Motion by respondent to stay order dated January 25, 1995 until appeals, cross-appeal disposed of—Applicant (Sovereign) chartered financial institution licensed for business in each province and territory of Canada—On December 21, 1992, pursuant to *Insurance Companies Act*, s. 680(2)(c), Minister of Finance directed Superintendent of Financial Institutions to take control of Sovereign—Notice of appeal filed by Sovereign—Dispute between parties as to contents of appeal case under R. 1305, true parties to appeal—*Insurance Companies Act* requiring Office of Superintendent of Financial Institutions (OSFI) to monitor operations of insurance companies for purposes of detecting solvency, liquidity and compliance problems—OSFI commenced monitoring activities of Sovereign more intensely in spring of 1991—Superintendent reporting to Minister assets of Sovereign not sufficient, having regard to all circumstances, to give adequate protection to policyholders, creditors and Sovereign would not be

**PRACTICE—Continued**

able to pay liabilities due and payable—In January 1993, Court of Queen's Bench of Alberta declaring Sovereign deemed to be insolvent under Winding-up Act, s. 160(1)—R. 336(5) providing for right of appeal in respect of orders or decisions made by prothonotary—Applicable standard of review of discretionary orders by prothonotary enunciated by Federal Court of Appeal in *Canada v. Aquagem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425—Senior Prothonotary not making error in striking Superintendent from proceedings as decisions or reports of Superintendent not subject of appeals under Act, s. 702—R. 1305(b) using words "all papers relevant to the matter before the tribunal . . . that are in the possession or control of the tribunal" whereas R. 1402(1)(b) using words "all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal"—No real difference between two—In addition to being relevant to issue before Tribunal, documents sought must have been presented or made available to Tribunal—Only documents falling under R. 1305(b) those submitted to Minister by Sovereign, Superintendent, Minister of State—Documents sought by Sovereign, not presented or made available to Minister, not "papers relevant to matter before Tribunal"—Senior Prothonotary erred in ordering documents not considered by Minister be added to appeal case—Order "clearly wrong"—Senior Prothonotary could not order addition of documents not before Minister—Only documents to be added to appeal case those marked as exhibits "A" and "B" of affidavit of Nick Le Pan—For Gap Rule to apply, there had to be "gap" in Rules—No gap in Rules—Discovery of documents in Federal Court limited to actions as defined in R. 2—Parties not allowed by Rules to seek production of documents in statutory appeal—Absence of discovery mechanism in Division C of Rules intentional, not omission—No gap allowing Court to refer to Alberta Rules—Senior Prothonotary erred in ordering respondent to file affidavit of documents—Gap Rule not allowing examination of representatives of Superintendent, Minister as no gap in Rules—Respondent would suffer prejudice should January 25, 1995 order not be stayed—Order stayed *nunc pro tunc* until appeals, cross-appeal disposed of—*Insurance Companies Act*, S.C. 1991, c. 47, ss. 680(2)(c), 702—Winding-up Act, R.S.C., 1985, c. W-11, s. 160(1)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2, 5, 336(5), 1305(b), 1402(1)(b).

SOVEREIGN LIFE INSURANCE CO. v. CANADA (MINISTER OF FINANCE) (T-3105-92, Nadon J., order dated 29/8/95, 27 pp.)

Motion to strike out affidavit of documents, for identification of relevant passages in prior art documents, to require defendants to identify portion of pleadings to which each passage relates—Litigation involving optical device used in saw mills for measuring lumber thickness—Defendants providing substantial affidavit of 1,900 documents—R. 448 setting out basic rule for discovery of documents—Test not

**PRACTICE—Continued**

document must be clearly relevant but may be relevant with ultimate relevance left to Trial Judge—Test of relevance not matter for exercise of discretion—What documents parties entitled to matter of law, not matter of discretion—Document having some semblance of relevance must be produced, leaving it to Trial Judge to make final determination—No mindless shovelling in of irrelevant documents—Defendants having set out method of searching for documents to show relevant prior art, prior patents, obviousness—Method of search reasonable one—Under R. 448(2) documents must be sufficiently described to be identified—Defendants not required to give particulars of documents so as to limit themselves, as to documents, from among those produced, which defendants and expert will ultimately rely upon—Had no choice but to include relevant documents showing prior art, prior patents, obviousness in list of documents—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 448.

DYNAMIC CONTROL SYSTEMS V. NEWNES MACHINE LTD. (T-781-93, Hargrave P., order dated 28/8/95, 8 pp.)

Motion to compel production of outstanding documents, particulars and information requested during examination for discovery of plaintiff in March 1995—Also seeking production of plaintiff for continued examination for discovery—Action arising out of injury of plaintiff, Panama Canal pilot, when wire emergency pick-up line came loose and whipped back, injuring plaintiff—Whether plaintiff under duty to obtain information, documents from third parties—Individual party, in preparation for examination for discovery, bound to inform himself of matters known to employees, agents—Under no obligation to make inquiry of third persons over whom has no control—Plaintiff having no obligation to make such inquiries—In case of discovery of documents, test for production one of relevance—Agency relationship between party required to produce documents and person holding documents can establish possession, control—Hospital records, medical records sought by defendants held by persons, institutions outside of Canada—Plaintiff ought to produce that material—Request no. 4: Particulars of negligence—Defendants entitled to know case to meet, to have limit to generality of pleadings and to tie hands of plaintiff—Some of allegations of negligence, when coupled with particulars set out in letter of May 24, 1995, fairly obvious—Letter not dealing adequately with other allegations—Defendants may put questions to plaintiff to ask all of facts known by him and to require him to advise them of any additional presently known facts beyond those already provided—Request no. 9: Production of cat scan results—Documents in control of third parties—Plaintiff required to give authorization as to production of said documents—Request no. 10: Hearing examination documentation—Related to possible progressive loss of hearing which might have resulted in plaintiff's early

**PRACTICE—Continued**

retirement as mariner—Still open for defendants to seek range of reports in order to test whether progressive loss of hearing—Plaintiff to provide defendants with suitable authorizations enabling them to try to obtain material—Request no. 11: Overtime claim—Plaintiff to advise as to extent of overtime claim for period worked in Port Captain's office, on straight salary, without overtime—Question no. 17: Clinical notes of Doctor Kelly—Latter consulted by plaintiff as to injury to right shoulder, left knee by reason of accident—Two-page typewritten report, one page of notes from Dr. Kelly produced by plaintiff—Plaintiff not required to make further inquiries—Request no. 19: Particulars of December 1991 accident—Plaintiff to provide authorization allowing defendants to apply to Panama Canal Commission for employment records as will determine date of chemical carrier incident or employment records of any accident in December of 1991—Motion allowed in part.

FERGUSON V. ARCTIC TRANSPORTATION LTD. (T-1941-93, Hargrave P., order dated 14/7/95, 12 pp.)

Third party attempting to require plaintiffs to file R. 448(1) affidavits of documents—R. 448 providing every party to action shall file affidavit of documents—Action by defendant against third party separate, independent from main action between plaintiff and defendant—Third party actions joined to main action for convenience—Important to consider nature of particular third party proceeding—No link between plaintiff and third party herein—Third party not seeking right to file defence to plaintiffs' claim against defendants—Third party only having standing to require plaintiff to file R. 448 affidavit of documents when third party given right to defend plaintiff's action against defendant—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 448 (as am. by SOR/90-846, s. 15).

MITSUI & CO. (CANADA) LTD. V. ICEPEARL SHIPPING CO. (T-675-94, Reed J., order dated 12/10/95, 3 pp.)

**DISMISSAL OF PROCEEDINGS***Want of Prosecution*

Application by six of defendants to have statement of claim struck out for abuse of process—Statement of claim in Court of Queen's Bench of Alberta showing same cause of action, loss arising out of conduct by defendants contrary to Part VI of Competition Act, namely conspiracy to restrain, injure competition unduly in ambulance services in Alberta—Alberta Ambulance Operators' Association and Carol Stewart applying successfully under Alberta Rules of Court, R. 244.1(1) for dismissal of Queen's Bench action—Queen's Bench action dismissed as related to Association and Stewart, discontinued against all remaining defendants—Plaintiff commencing present action under Competition Act, s. 36—*Res judicata* cannot be argued where no adjudication of merits of first action—Present

**PRACTICE—Continued**

action not attempting to circumvent R. 244.1(1)—If Federal Court has concurrent jurisdiction, second action could also be brought in this Court—No abuse of process in plaintiff commencing action in this Court—Application dismissed—Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, R. 244.1(1) (as enacted by Alta. Reg. 160/93, s. 16; 234/94, s. 2)—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 36.

LIFVIEW EMERGENCY SERVICES LTD. v. ALBERTA AMBULANCE OPERATORS' ASSN. (T-1119-95, Rothstein J., order dated 12/9/95, 7 pp.)

**PARTIES***Intervention*

Application on behalf of Professional Institute of Public Service of Canada for leave to intervene—Institute's obvious interest in outcome of application for judicial review not legal reason for permitting intervention and participation in application—Private agreement between Institute and applicant not creating interest in actual *lis* between parties—Furthermore, Institute's interests, essentially same as respondents', already adequately represented—Court not convinced would be better able to decide issues with proposed intervention: *Solosky v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 609 (C.A.) and *Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations, Re* (1980), 28 O.R. (2d) 764 (C.A.)—Application dismissed.

CANADIAN MUSEUM OF NATURE v. BÉLANGER (T-1949-94, Pinard J., order dated 22/9/95, 2 pp.)

**PLEADINGS***Amendments*

Motion by plaintiffs for amendments to statement of claim, defence, to strike out portion of counterclaim, for changes in parties and for discovery of persons not parties—Action arising out of disputed Band Council election of March 29, 1994, and subsequent usurpation of positions of Chief and Band Councillors by dissident faction including former Chief and Council members—Plaintiffs submitting three persons, alleged to be motivating force behind defendants, ought to be added as parties—Robert Heinrich ceasing to be party as proceedings further complicated if unwilling plaintiff required to remain in action—Remaining liable to defendants for portion of costs to date—Plaintiffs requesting paragraphs 12, 13, 14 of counterclaim be struck out under R. 419(1)(b),(c),(d) as immaterial or redundant, scandalous, frivolous or vexatious, or may prejudice, embarrass or delay fair trial of action—Alleged wrongful destruction of ballots by successful candidate, if proven, no small matter—Counterclaim provisions complained of by plaintiffs should not be struck

**PRACTICE—Continued**

out as not plainly, obviously without chance of success—Counsel for plaintiffs submitting motivating parties, Theresa Dennis, John Terbasket, Gloria Bent ought to be made parties in stead of present defendants—Addition of said persons not "necessary to ensure that all matters in dispute in the action may be effectively and completely determined and adjudicated upon" as required by R. 1716(2)(b)—No point in adding new set of defendants where relief asked for by plaintiffs may be moot—No written consent by new set of defendants as plaintiffs by counterclaim as required by R. 1716—Substitution of defendants not allowed—Plaintiffs asking for amendment to statement of claim by adding prayer for relief for costs against intended defendants—R. 344(1) allowing Federal Court to award costs against persons other than parties—Affidavit material not indicating intended defendants real litigants—Prayer for relief as to costs on material presented by plaintiffs rejected—No order for discovery of Theresa Dennis, John Terbasket as persons who are not parties—Test for allowing such discovery set out in R. 456(8)—Party to be examined must derive benefit—Difference between immediate benefit, ultimate benefit—Material not setting out immediate interest of intended defendants—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344, 419, 456, 1716.

LOWER SIMILKAMEEN INDIAN BAND v. ALLISON (T-1690-94, Hargrave P., order dated 19/7/95, 13 pp.)

**REPRESENTATION BY ATTORNEY OR SOLICITOR**

Motion under R. 300(2) for order granting leave plaintiff company be represented by Richard Sharpe in lieu of solicitor—Company said to be in weakened financial situation as result of litigation with Customs over past four years, not currently in position to pay for legal representation—Since 1990 amendment applicant must show special circumstances allowing Court to grant leave under R. 300(2)—Where director seems reasonably capable of representing company, impecunious company ought not to be denied day in Court—Procedural assistance available from Registry staff—Counsel for respondent ready to cooperate with Mr. Sharpe—Factors sufficient to constitute special circumstances—Motion granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 300(2) (as am. by SOR/90-846, s. 3).

SHARPE'S TROPICAL SHELL CO. v. CANADA (T-1123-95, Hargrave P., order dated 27/7/95, 3 pp.)

**VARIATION OF TIME**

Action begun in May 1989—Defence filed in July 1989—June 1985 motion for dismissal for want of prosecution dismissed, but plaintiffs ordered to appoint lawyer by August 8, to file and serve affidavit of documents by August

**PRACTICE—Concluded**

23, with completion of examination for discovery by November 21—Order peremptory, mandatory—Plaintiffs attempting to file affidavit of documents over one month late—(1) No jurisdiction to refuse to proceed with motion on basis peremptory, mandatory order precluding any further extension of time in all circumstances—*Canadian National Railway Co. v. The Norango*, [1976] 2 F.C. 264 (C.A.) holding judges not having power to fetter discretion given by R. 3(1)(c)—Court having power to extend time where “unless” order made, but not complied with, but power should be exercised cautiously and with due regard to necessity for maintaining principle order made to be complied with and not ignored: *Samuels v. Linzi Dresses Ltd.*, [1981] Q.B. 115 (C.A.)—(2) Plaintiffs not demonstrating sufficient reason for extension—That solicitor on vacation not valid excuse: *Chin v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 69 F.T.R. 77 (F.C.T.D.)—Affidavit disclosing neither when plaintiff’s list provided to counsel nor what steps taken to expedite production of documents—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 3(1)(c).

SYMBOL YACHTS LTD. v. PEARSON (T-1117-89, Hargrave P., order dated 16/10/95, 6 pp.)

**PUBLIC SERVICE**

Action for damages (\$1,000,000) and declaratory and injunctive relief arising out of plaintiff’s severance from employment in Public Service of Canada (within Department of Supply and Services’ Information Technology Centre (ITEC) of Bureau of Management Consulting (BMC)) and substance of certain policies (contractual relations with former public servants) in relation to plaintiff—Issues (1) whether defendant negligently misrepresented plaintiff “affected employee” due to discontinuance of function under Work Force Adjustment Policy (WFAP) or that defendant dealing with plaintiff’s situation under WFAP; (2) did defendant discriminate against plaintiff based on employment in ITEC or based on age—Plaintiff becoming designated employee under WFAP as result of decision, in 1989, to disband ITEC and to merge with other departmental unit—Plaintiff, convinced resignation only option, negotiated severance effective June 1990 with compensation package comprising severance pay, separation benefit, payment in lieu of unfulfilled surplus period and payment in lieu of unfulfilled leave—Action dismissed—Question as to Court’s jurisdiction raised by Court but not by parties—Although duty of care owed to plaintiff, plaintiff’s function really discontinued by reason of work force adjustment and plaintiff “affected employee”—And although defendant’s failure to review work contracted out may have breached duty owed to plaintiff, no misrepresentation with respect to likelihood of redeployment—No breach of duty by defendant in failing to offer plaintiff language training—No negligent misrepresentation plaintiff “affected employee” due to discontinuance of function under WFAP or that

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

defendant dealing with employment situation under policy—Fact ITEC positions deemed surplus while other staff reductions within BMC occurred by way of seeking volunteers insufficient to establish discrimination under Charter or Bill of Rights—Lack of evidentiary basis to establish discrimination on basis of age—Furthermore, claim of discrimination on basis of age in effect claim for wrongful dismissal and Crown servant cannot in law assert claim for wrongful dismissal from employment.

HODSON v. CANADA (T-3267-90, Gibson J., judgment dated 2/10/95, 28 pp.)

**RCMP**

Judicial review of decision by Level II adjudicator dismissing grievance filed by applicant on ground error of process by RCMP’s Promotion Board, namely not using points system, not one which adversely affected applicant to any real extent—Applicant argued adjudicator exceeded jurisdiction by ruling on whether error of process prejudicial—Error of fact or process not infringing merit principle not necessarily meaning decision vitiated by such error should be quashed by adjudicator—To extent consideration of nature, character and importance of error was intended to verify or assess its impact on merit principle, consideration within limits of jurisdiction conferred on adjudicator—Conclusion error not adversely affecting applicant not arbitrary, given thorough analysis of candidates’ files by Board and criteria used by it—Not patently unreasonable for specialized administrative tribunal like a Level I or II adjudicator to conclude error of process unimportant and not adversely affecting applicant—Application dismissed.

BOUDREAU v. CANADA (LEVEL II ADJUDICATOR, ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T-1101-94, Pinard J., order dated 5/6/95, 10 pp.)

**TRADE MARKS****PRACTICE**

Appeal from order of Associate Senior Prothonotary (ASP) refusing to grant retroactive extension of time to permit appellants to file notice of appeal with respect to decision of Registrar of Trade-marks dated March 31, 1995—Registrar rejecting opposition of appellants to trade mark application for “Molly McButter” in name of respondent, Alberto-Culver Co.—Time for appealing decision under Trade-marks Act, s. 56 expiring May 31, 1995—Notice of motion served by appellants on respondents on June 16, 1995 requesting retroactive extension of time to file appeal—ASP declining to grant order for retroactive extension of time to appellants—Appellants not forming *bona fide* intention to appeal while right to appeal existed—Have not shown arguable case—ASP not basing decision upon wrong principle or misapprehension of

**TRADE MARKS—Concluded**

facts—No special circumstances—No claim of prejudice by respondent—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 56.

MCDONALD'S CORP. V. ALBERTO-CULVER CO.  
(95-T-34, Richard J., order dated 15/9/95, 6 pp.)

Motion under Trade-marks Act, s. 56 for leave to appeal decision of Trade Marks Opposition Board notwithstanding expiry of two-month statutory period for appeal—Three concurrent proceedings with respect to similar trade mark applications, two of which concerning application to register trade marks "Center Ice", "Centre Ice"—Although filed affidavit with Board, Centre Ice defaulted in serving NHL by one day—Attempted to file affidavit by partially following procedures for submitting additional evidence—Opposition Board rejecting Centre Ice's opposition to NHL's application for trade mark "Center Ice" for use in association with clothing for failing to adduce any evidence supporting allegations of fact—On December 5, 1994 Centre Ice requested Board declare decision nullity as not having regard to Jones affidavit—On June 16, 1995 Board refusing request—Present motion filed August 28, 1995—S. 56 providing for appeal within two months from date on which notice of decision dispatched—Factors guiding determination of whether retroactive extension of time to appeal decision of Registrar of Trade Marks should be granted: (1) Appeal arguable—Issues raised in applications similar—Jones affidavit filed in Centre Ice trade mark application, passing off action—Registrar not having Jones' evidence before him, although filed day before—(2) No prejudice to respondent if extension granted, since already served with affidavit evidence in other application—(3) Genuine intention to appeal as of January 30, 1995—(4) Appellant must establish good reason for entire delay—Although notice of appeal due August 16, 1995, Centre Ice not filing any appeal, but filing present motion on August 28, 1995 instead—No explanation why not filing Notice of Appeal within two months of dispatch of June 16, 1995 letter—Motion dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 56(1)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1308.

CENTRE ICE LTD. V. NATIONAL HOCKEY LEAGUE  
(95-T-52, Nadon J., order dated 7/9/95, 12 pp.)

**TRANSPORTATION**

Application for judicial review of Order in Council issued by Governor in Council pursuant to National Transportation Act, 1987 (Transportation Act), s. 64 to vary decision of National Transportation Agency denying pilotage tariff increase proposed by Laurentian Pilotage Authority (LPA)—Order in Council increased pilotage charges of LPA by 8.9 percent—Application for judicial review dismissed—Jurisdiction in Governor in Council under Trans-

**TRANSPORTATION—Concluded**

portation Act, s. 64 to rescind or vary decision made by NTA under Pilotage Act, ss. 34 and 35—Parliament did not indicate intention to limit scope of s. 64 only to decisions made under Transportation Act—Procedure followed by Governor in Council herein not infringing applicants' constitutional rights—Governor in Council's power of review, when taken together with power authorizing him to approve or reject any change in tariff, meaning power over rates exercised by him clearly legislative, not giving rise to duty to observe procedural fairness—Increase not unfair, unreasonable or prejudicial to public interest and so not unlawful, since Governor in Council having complete discretion so long as observes limits placed on jurisdiction by s. 64(1)—Finally, action moot as applicants failed to dispute tariff scheme (which awarded increase) approved by Governor in Council in second Order—Pilotage Act, R.S.C., 1985, c. P-14, ss. 3 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 44.), 33, 34 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, ss. 307, 359), 35—National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, ss. 2, 64.

CANADIAN SHIPOWNERS ASS. V. CANADA (T-1864-94,  
Noël J., order dated 26/10/95, 15 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application to set aside Umpire's decision reversing decision of Board of Referees dismissing respondent's appeal from ruling by Canada Employment and Immigration Commission—Respondent disentitled from receiving benefits under Unemployment Insurance Act, s. 10(3) as not considered unemployed at relevant time—Respondent employee under contract with Labrador West Integrated School Board as teacher—Contract providing for deferred educational leave arrangement allowing respondent to set aside portions of salary for specified periods against time when granted unpaid educational leave of absence—Respondent availing herself of provision during school years 1989-1990 and 1990-1991—On September 20, 1991, while on educational leave, respondent filed written application for unemployment insurance benefits—Application rejected by Commission—Board upholding Commission's ruling—Umpire setting aside Board's ruling, Commission's ruling—Failing to construe Act, s. 10(3) in accordance with customary canons and to decide whether appeal fell to be determined thereby—Facts of case falling squarely within s. 10(3)—Unemployment Insurance Regulations, s. 58(3) inapplicable—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 10(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 40, s. 8)—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 58(3).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ORAM (A-676-93,  
Isaac C.J., judgment dated 30/8/95, 5 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued**

When employer closing Adams Mine, agreeing to pay housing and rental subsidy as part of severance package in effort to defray expected resulting losses in housing values—Payable as fixed, one-time cash disbursement—Unemployment Insurance Regulations, s. 57(1) defining “income” as any pecuniary and non-pecuniary receipts from employer or any other person, including entire income arising out of employment, but excluding income derived from “relief grants in cash”—S. 58(1) providing earnings allocated to weeks—Commission allocating entire amounts—Board of Referees holding as unrelated to conditions of employment, subsidies not earnings—Umpire concurring, but holding alternatively subsidy exempted as relief grant—(1) Whether subsidy “earnings” within definition in s. 57(1)—To be considered as “earnings”, receipt must evince character of consideration given in return for work done by recipient: *Coté v. Canada Employment and Immigration Commission* (1986), 69 N.R. 126 (F.C.A.)—Receipt must be as result of work done, not merely as consequence of employment status—Subsidy not referable to particular work performed by employees—Value computed not by reference to job performed by recipient, length of employment, salary earned, or age of employee, but by reference to fixed guidelines suggesting reasonable indemnification for loss of value to residences located in specific geographical area—Such reference insufficient to characterize receipt as “earnings” for purposes of allocation—Furthermore subsidy purely discretionary—(2) Whether exempted by s. 57(3) as relief grant—Even if “earnings”, subsidy exempt as “relief grant in cash or kind”—“Relief grant” suggesting financial assistance given to alleviate hardship—Hardship including, but not confined to, circumstances of personal destitution, emergency, or disaster—May also comprise broader circumstances of financial or other adversity, not necessarily amounting to destitution, emergency or disaster—Loss of value of primary residence as result of mine closing within situation intended to be covered by “relief grant”—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, ss. 57(1),

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

(2) (as am. by SOR/90-756, s. 17), (3), 58(1) (as am. by SOR/86-58, s. 2).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. VERNON (A-597-94, Linden J.A., judgment dated 20/10/95, 9 pp.)

Application for judicial review of Umpire’s decision dismissing appeal from Board of Referees’ decision setting aside ruling of Unemployment Insurance Commission—Respondent employed by Jewish Community Centre of Greater Vancouver since September 1979—Formally reprimanded few times for using abusive language with patrons, co-employees—Employment terminated following warnings contained in letters sent by executive director—Respondent disqualified by Commission from receiving benefits as left job without just cause—Commission’s ruling overturned by Board of Referees concluding respondent not voluntarily leaving employment—Umpire refusing to intervene—Not entitled to overturn finding of fact made by Board—Whether Umpire failed to discharge duty of determining whether respondent lost employment by reason of own misconduct under Unemployment Insurance Act, s. 28(1)—Board’s role to verify whether ruling imposed by Commission prescribed by Act, not to approve or disapprove astuteness of Commission’s officers in characterizing facts—Board not inquisitorial tribunal required to conduct own investigation and search—Evidence before Board of Referees, Umpire not leading to conclusion of termination for cause within meaning of Act—Only evidence of misconduct prior to date of dismissal letter following incident of foul language—Insufficient to establish respondent could only blame himself, wrong behaviour for having lost employment—Second ground of attack in support of application also without merit—Application dismissed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 28(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. EPEL (A-3-95, Marceau J.A., judgment dated 28/9/95, 7 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ANIMAUX

Appel interjeté d'une décision de la Section de première instance ((1994), 81 F.T.R. 35) annulant la décision du ministre de l'Agriculture et interdisant à toutes les personnes concernées de détruire le taureau de l'intimé—La décision annulée par l'ordonnance contestée a été rendue par le ministre le 14 décembre 1993, conformément à l'art. 48 de la Loi sur la santé des animaux—Le premier cas d'encéphalopathie bovine spongiforme (EBS) a été décelé au Royaume-Uni en 1986—Le premier cas d'EBS a été diagnostiqué au Canada le 7 décembre 1993—La menace que représentait l'EBS pouvait avoir des effets négatifs pour l'ensemble de l'industrie canadienne du bœuf sur le marché international—Agriculture Canada a déterminé que tous les bovins importés du Royaume-Uni du 1<sup>er</sup> janvier 1982 jusqu'à la date d'interdiction en 1990 devaient être détruits moyennant indemnisation de leurs propriétaires—Le taureau de l'intimé faisait partie des 64 taureaux visés par la décision du 14 décembre 1993—L'intimé a invoqué quatre arguments au soutien de sa demande de contrôle de la décision du ministre—Le juge des requêtes a rejeté trois de ceux-ci—C'est par le quatrième argument que le juge des requêtes s'est laissé convaincre: le ministre n'a pas tenu compte d'éléments de preuve pertinents—D'après le juge des requêtes, la période de quarantaine du taureau de l'intimé n'avait pas été suffisamment longue pour qu'il puisse avoir été infecté—Le taureau en cause ne pouvait pas avoir contracté la maladie et n'était pas infecté—La décision du ministre de faire abattre le taureau en cause était manifestement déraisonnable et devait être annulée—Le juge Marceau, J.C.A.: l'ordonnance portée en appel ne peut être maintenue—Le juge des requêtes n'était pas habilité à accueillir la demande de contrôle judiciaire—La décision contestée du ministre est une décision administrative de nature exécutive, une décision de principe qui n'est pas assujettie aux règles de la justice naturelle ou de l'équité dans la procédure—La bonne foi du ministre n'a jamais été mise en doute—La décision respectait les paramètres de la

## ANIMAUX—Fin

disposition—La Cour doit vérifier si la preuve permet d'étayer les soupçons du décideur—Le juge des requêtes a substitué son opinion à celle du ministre—La Loi exige que le ministre fasse preuve d'une grande compétence en ce qui concerne la santé du bétail canadien et les risques qui découlent de l'existence éventuelle de parasites et l'oblige à agir dès qu'il a des soupçons—Il n'est pas possible d'écarter définitivement tous les soupçons à l'égard des taureaux qui étaient au Royaume-Uni à l'époque où les aliments contaminés ont été distribués—Les soupçons du ministre et sa décision n'étaient pas déraisonnables—Il n'existait aucun motif pour lequel la demande de contrôle judiciaire pouvait être accueillie—Le ministre et ses représentants ont agi de bonne foi—Appel rejeté sans dépens—La Règle 1618 prévoit qu'il doit exister des raisons spéciales pour adjuger des dépens sur une demande de contrôle judiciaire—Il n'y avait aucune raison spéciale en l'espèce—Le principe applicable aux frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire exige qu'il n'y ait pas de frais lors de l'appel—Le juge Desjardins, J.C.A. (le juge suppléant Chevalier étant d'accord): la règle générale applicable aux dépens lors d'un appel est que la partie qui a gain de cause a droit à ses dépens même si l'appel est formé contre une décision rendue conformément à l'art. 28—La Règle 1618 s'applique en première instance seulement—Il n'y avait aucune raison de principe militant contre l'adjudication des dépens en appel—Appel rejeté avec dépens—Loi sur la santé des animaux, L.C. 1990, ch. 21, art. 48—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (éditée par DORS/92-43, art. 19)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 1992, ch. 26, art. 17, ch. 49, art. 128).

KOHL C. CANADA (MINISTÈRE FÉDÉRAL DE L'AGRICULTURE) (A-345-94, juges Marceau et Desjardins, J.C.A., jugement en date du 21-7-95, 15 p.)

## ASSURANCE

Requête des défendeurs en vue d'obtenir une ordonnance rejetant l'action que le demandeur a introduite par voie de déclaration le 23 avril 1991—Il s'agit de savoir si la blessure que ce dernier a subie au genou constitue une déficience grave et permanente d'une fonction corporelle importante, au sens de l'art. 266(1)*b*) de la Loi sur les assurances de l'Ontario—Le gouvernement de l'Ontario a adopté ces dispositions afin d'éliminer les poursuites et les litiges longs et coûteux portant surtout sur des dommages matériels—La seule chance du demandeur d'être indemnisé est de s'adresser à la Cour fédérale du Canada—Requête rejetée—Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I-8, art. 266(1)*b*).

ALLINGHAM C. BALSHAW (T-1095-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 14-9-95, 4 p.)

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande d'annulation d'une décision par laquelle un juge-arbitre a infirmé la décision par laquelle un conseil arbitral avait rejeté l'appel interjeté par l'intimée d'une décision rendue par la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada—La Commission avait statué que l'intimée n'avait pas le droit de recevoir des prestations en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage parce que, en raison de l'art. 10(3), elle n'était pas considérée en chômage à l'époque en cause—L'intimée était, aux termes d'un contrat de travail, employée par la Labrador West Integrated School Board à titre d'enseignante—Le contrat permettait à l'intimée de recevoir un salaire différé pendant un congé d'études et de mettre ainsi de côté une partie de son salaire qu'elle pouvait par la suite toucher au cours du congé d'études non payé qui pouvait lui être accordé—L'intimée s'est prévaluée de cette disposition au cours des années scolaires 1989-1990 et 1990-1991—Le 20 septembre 1991, alors qu'elle était en congé d'études, l'intimée a présenté par écrit une demande de prestations d'assurance-chômage—La Commission a rejeté sa demande—Le conseil arbitral a confirmé la décision de la Commission—Le juge-arbitre a annulé la décision du conseil arbitral et celle de la Commission—Le juge-arbitre n'a pas interprété l'art. 10(3) conformément aux principes habituels d'interprétation et il n'a pas décidé si l'appel devait être tranché en fonction de ceux-ci—Les faits de l'affaire tombent carrément sous le coup de l'art. 10(3)—L'art. 58(3) du Règlement sur l'assurance-chômage ne s'applique pas—La demande est accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 10(3) (édité par L.C. 1990, ch. 40, art. 8)—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 58(3).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ORAM (A-676-93, juge en chef Isaac, jugement en date du 30-8-95, 5 p.)

## ASSURANCE CHÔMAGE—Suite

À la fermeture de la mine Adams, l'employeur a accepté de verser une allocation de logement dans le cadre d'un programme de primes de départ afin de compenser la perte prévisible de la valeur des maisons des employés—Cette allocation a été versée sous forme de paiement unique et fixe—Selon l'art. 57(1) du Règlement sur l'assurance-chômage, «revenu» désigne tout revenu en espèces ou non que le prestataire reçoit ou recevra d'un employeur ou d'une autre personne, y compris le revenu intégral provenant de tout emploi, mais exclut le revenu tiré des «allocations de secours en espèces»—L'art. 58(1) prévoit la répartition de la rémunération sur un certain nombre de semaines—La Commission a réparti la totalité des sommes versées—Le conseil arbitral a statué que les allocations n'avaient aucun rapport avec les conditions d'emploi et qu'elles ne pouvaient être considérées comme une rémunération—Le juge-arbitre a confirmé cette conclusion et, subsidiairement, a statué que l'allocation était exclue parce qu'elle constituait une allocation de secours—(1) L'allocation est-elle visée par la définition du terme «rémunération» donné à l'art. 57(1)?—Pour être considéré comme une «rémunération», un gain doit avoir les caractéristiques d'une somme payée en considération du travail accompli par le bénéficiaire: *Côté c. Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, (1986), 69 N.R. 126 (C.A.F.)—Le gain doit provenir de l'accomplissement d'un travail, et ne pas découler simplement du statut d'employé d'une personne—L'allocation ne se rattache d'aucune manière à un travail particulier accompli par les employés—Sa valeur est calculée non pas par rapport au travail accompli par le bénéficiaire, à la durée de son emploi, au salaire gagné ou à son âge, mais plutôt en fonction de directives fixes laissant entendre qu'il s'agit d'une indemnisation raisonnable pour la baisse de valeur des résidences situées dans la région géographique désignée—Cette référence est insuffisante pour considérer cette somme comme une «rémunération» aux fins de la répartition—En outre, l'allocation a été versée à la seule discrétion de l'employeur—(2) L'allocation fait-elle partie des exceptions visées à l'art. 57(3) en tant qu'allocation de secours—Même si l'allocation de logement avait été considérée comme une «rémunération», elle en serait exemptée à titre d'«allocation de secours en espèces ou en nature»—L'expression «allocation de secours» laisse supposer qu'il s'agit d'une aide financière qui est accordée pour alléger certaines difficultés—Ces difficultés comprennent certainement l'indigence, les situations d'urgence ou les catastrophes, mais cette liste n'est pas exhaustive—Ces difficultés peuvent également englober des circonstances plus larges, comme des revers financiers ou d'autres malheurs qui ne vont pas nécessairement jusqu'à l'indigence, aux situations d'urgence ou aux catastrophes—La diminution de valeur de la résidence principale par suite de la fermeture de la mine fait partie des situations visées par l'expression «allocation de secours»—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576,

**ASSURANCE CHÔMAGE—Fin**

art. 57(1), (2) (mod. par DORS/90-756, art. 17), (3), 58(1) (mod. par DORS/86-58, art. 2).

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. VERNON (A-597-94, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 20-10-95, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le juge-arbitre a rejeté un appel d'une décision d'un conseil arbitral qui avait annulé une conclusion de la Commission de l'assurance-chômage—L'intimé travaillait pour le Jewish Community Centre of Greater Vancouver depuis septembre 1979—Il avait été formellement réprimandé à quelques reprises pour avoir utilisé des paroles injurieuses à l'endroit de ses patrons ou collègues de travail—Congédiement suite aux avertissements contenus dans des lettres du directeur général—La Commission a jugé que l'intimé était exclu du bénéfice des prestations parce qu'il avait volontairement quitté son emploi sans justification—Le conseil arbitral a annulé l'exclusion de la Commission déclarant que l'intimé n'avait pas volontairement quitté son emploi—Le juge-arbitre a refusé d'intervenir—Le juge-arbitre n'est pas habilité à annuler la décision du conseil arbitral pour des raisons de fait—La question est de savoir si le juge-arbitre a omis de déterminer si l'intimé avait perdu son emploi en raison de sa propre inconduite, conformément à l'art. 28(1) de la Loi sur l'assurance-chômage—Le rôle du conseil arbitral consiste à vérifier si une décision de la Commission est prescrite par la Loi dans les circonstances de l'affaire et non pas à approuver ou à désapprouver la finesse avec laquelle les agents de la Commission ont décrit les faits—Le conseil arbitral n'est pas un tribunal inquisiteur chargé de mener sa propre enquête et ses propres recherches—La preuve présentée devant le conseil arbitral et le juge-arbitre ne pouvait permettre de conclure à un congédiement motivé au sens de la Loi—La seule preuve d'inconduite précédant la date du congédiement est une lettre envoyée après un incident de violence verbale—Elle est insuffisante pour prouver que l'intimé a perdu son emploi par sa propre inconduite seulement—Le deuxième motif soulevé au soutien de la demande n'est pas fondé non plus—La demande est rejetée—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 28(1).

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. EPPEL (A-3-95, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 28-9-95, 7 p.)

**BREVETS**

Requête en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), art. 6(1), en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer des avis de conformité à

**BREVETS—Suite**

Apotex Inc. relativement à un médicament connu sous le nom de Cefaclor avant l'expiration de dix brevets canadiens—Les brevets en cause comportaient des revendications pour un produit dépendant d'un procédé relativement à des substances intermédiaires utilisées exclusivement dans la synthèse du Cefaclor—Aucun d'eux ne comporte de revendications pour le Cefaclor en soi—Les intermédiaires sont-ils des médicaments au sens du Règlement?—Le Cefaclor, un antibiotique, est incontestablement un médicament selon la définition du Règlement—Les intermédiaires sont des substances destinées à être utilisées dans la fabrication du Cefaclor—Aucun moyen commercialement viable de produire le Cefaclor sans utiliser au moins deux des intermédiaires—Les intermédiaires ont été inclus à l'art. 41 de la Loi sur les brevets étant donné qu'ils sont destinés à un médicament—Le texte de l'art. 41 diffère de celui de l'art. 2 du Règlement—L'art. 41(4) de la Loi exige que l'invention serve à des médicaments, l'art. 2 du Règlement exige que la substance serve au traitement—L'art. 41 et la jurisprudence s'y rapportant ne sont d'aucun secours aux fins de l'interprétation de la définition du terme «médicament» figurant dans le Règlement—Les intermédiaires ne sont pas des médicaments—Les brevets relatifs aux intermédiaires ne comportent pas de revendications pour le «médicament en soi»—Ils ne figurent donc pas à bon droit dans les listes de brevets de Lilly—Requête rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2, 6(1)—Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, ch. P-4, art. 41(4).

ELI LILLY AND CO. C. APOTEX INC. (T-1537-93, juge Simpson, ordonnance en date du 12-9-95, 8 p.)

Requête fondée sur le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité pour un atomiseur nasal que l'intimée Nu-Pharm Inc. se propose de vendre, avant l'expiration des brevets appartenant à la requérante Syntex Inc.—Les brevets en cause contiennent, en préface, une description des propriétés anti-inflammatoires de la substance chimique flunisolide connue depuis 1964, année au cours de laquelle elle a pour la première fois fait l'objet d'un brevet aux États-Unis—Nu-Pharm allègue que le Règlement n'autorise le dépôt d'une liste de brevets que dans les cas où les revendications qu'ils contiennent portent sur le médicament en soi ou l'utilisation du médicament—Elle prétend que les mots «drogue» et «médicament» ont un sens distinct—L'art. 5(1)b)(iv) du Règlement exige qu'une comparaison soit établie entre les drogues en cause afin de déterminer si une revendication pour le médicament en soi ou pour l'utilisation du médicament serait contrefaite advenant la fabrication et la vente de la nouvelle drogue—Le règlement de la question soulevée par l'avis d'allégation dépend de la signification et de la portée des mots et expressions suivants définis à l'art. 2 du Règlement, savoir «médicament», «revendication pour le

**BREVETS—Fin**

médicament en soi», «revendication pour l'utilisation du médicament»—L'utilisation des mots «drogue» et «médicament» dans le Règlement découle de l'interaction entre la Loi sur les aliments et drogues et la Loi sur les brevets existant depuis l'adoption de la Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets—Le Règlement empêche le ministre de délivrer un avis de conformité en vertu de la Loi sur les aliments et drogues à une deuxième personne quand la drogue à l'égard de laquelle un avis de conformité est demandé contreferait le brevet accordé à la première personne en vertu de la Loi sur les brevets—Le terme «médicament» ne figure pas dans la Loi sur les aliments et drogues—Le mot «drogue» n'étant pas défini, il devrait prendre le sens qui traduit son acception aux termes de la Loi sur les aliments et drogues sous réserve de toute modification nécessaire en regard du Règlement—L'expression «drogue qui contient un médicament» utilisée à l'art. 4(1) du Règlement a été formulée par référence à une drogue qui contient un médicament, par opposition à une drogue qui contient quelqu'autre substance non médicinale et qui n'est pas visée par le Règlement—Une composition pharmaceutique peut être une substance qui est un médicament—Les mots «drogue» et «médicament», utilisés à l'art. 4(1) du Règlement, ne se contredisent pas l'un l'autre et n'ont pas pour objet d'établir une distinction entre un ingrédient actif et une préparation ou une composition comportant un ingrédient actif—Les substances revendiquées dans les brevets 228, 963 et 048 étant destinées à servir ou pouvant servir au traitement d'un désordre ou d'une maladie, il s'agit d'un «médicament» au sens du Règlement—Étant donné que chacun des brevets renferme une revendication pour ces substances, ils comportent donc une «revendication pour le médicament en soi»—Aucune des allégations de Nu-Pharm n'est justifiée en ce qui concerne les brevets 228, 048 et 963—Requête accueillie—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2, 4(1), 5(1)b(iv)—Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets, L.C. 1993, ch. 2—Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27.

HOFFMANN-LA ROCHE LTD. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1325-94, juge Noël, ordonnance en date du 21-6-95, 23 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la section du statut de réfugié (SSR) a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant est citoyen de la République populaire de Chine (RPC)—Il revendique le statut de réfugié, parce

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

qu'il prétend avoir raison de craindre, s'il doit retourner à la RPC, d'être persécuté pour des opinions politiques réelles ou présumées—On a menacé de détruire la maison familiale du requérant en raison de la construction d'un nouvel aéroport international—Aucune compensation ni aucune aide dans la réinstallation—Le requérant a protesté publiquement contre l'expulsion de la famille sans indemnisation—Il a été détenu par des agents gouvernementaux, accusé d'avoir exercé des activités contre-révolutionnaires et d'avoir critiqué le gouvernement—Il a illégalement quitté la RPC puisque les autorités le recherchaient—Le requérant a été interrogé au point d'entrée au Canada par un agent d'immigration, on ne l'a pas invité à signer ni à parapher les notes de l'entrevue—La SSR s'est appuyée sur les écarts entre les notes prises au point d'entrée d'une part, le récit fait par le requérant dans son Formulaire de renseignements personnels et ses dépositions orales devant elle d'autre part—L'avocat du requérant a reçu un avis de cinq jours de l'intention de la SSR d'examiner les notes prises au point d'entrée, il n'a pas assigné l'auteur de ces notes ni l'interprète—Il n'incombe pas à la SSR de faire comparaître ces personnes aux fins d'interrogatoire à l'audience—Il n'est pas loisible au requérant d'alléguer qu'on lui a refusé le droit à la justice naturelle et à l'équité procédurale—Le requérant a donné une explication logique, il s'agit essentiellement de difficultés d'interprétation, des écarts entre le récit consigné dans les notes prises au point d'entrée et le récit consigné dans le témoignage oral et narratif—Après avoir accordé le bénéfice du doute au demandeur, la SSR ne pouvait procéder au rejet de la revendication de ce dernier pour défaut de crédibilité manifesté par les écarts entre deux versions des expériences qu'il avait connues dans la RPC—Ce faisant, la SSR a violé les principes de justice naturelle, d'équité et a privé le requérant d'une audition impartiale—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1; L.C. 1992, ch. 49, art. 1).

LIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4684-94, juge Gibson, ordonnance en date du 28-9-95, 10 p.)

Demande de contrôle judiciaire concernant la décision de l'agent d'immigration statuant que le requérant ne faisait pas partie de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (DNRSRC) aux motifs qu'il n'est pas susceptible d'être exposé personnellement à un risque objectivement identifiable pour sa vie, à des sanctions excessives ou à un traitement inhumain dans son pays de citoyenneté—La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant, un citoyen libanais, n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant n'était pas autorisé à demeurer au Canada—Le sursis à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion a été refusé—L'agent chargé de la révision des revendications refusées

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

(ARRR) a conclu que le requérant avait une possibilité de refuge dans la région de Beyrouth—Le requérant soutient que l'ARRR a commis une erreur susceptible de révision concernant le troisième élément des risques auxquels peuvent être exposés les DNRSRC visés à l'art. 2(1)c) du Règlement sur l'immigration—La vie du requérant serait-elle menacée s'il rentrait au Liban—La décision d'un agent d'immigration de ne pas recommander qu'une personne fasse partie de la catégorie des DNRSRC ne le prive d'aucun droit—La Cour n'intervient pas dans les décisions discrétionnaires des agents chargés de la révision des revendications refusées à moins qu'il ne soit établi que ce pouvoir discrétionnaire a été exercé à des fins inappropriées, en tenant compte de considérations non pertinentes, en faisant preuve de mauvaise foi ou de toute autre façon manifestement déraisonnable—L'allégation selon laquelle l'ARRR s'est appuyée sur une preuve extrinsèque qu'elle n'a pas divulguée au requérant est plus sérieuse—L'agent d'immigration manque à son obligation d'agir équitablement lorsqu'il s'appuie sur une preuve extrinsèque qui n'est pas communiquée au requérant et que ce dernier n'a pas la possibilité d'y répondre—La preuve extrinsèque en l'espèce est une note de service en date du 6 décembre 1994, jointe sous la pièce «A» à l'affidavit de l'ARRR—Cette note de service n'a pas été communiquée au requérant—L'ARRR s'est appuyée sur ces renseignements, de même que sur les arguments présentés et les lettres d'experts produites par l'avocat et sur un examen complet des documents concernant la situation au Liban pour en venir à sa décision—Cette note de service n'a pas été communiquée au requérant avant que la décision soit prise donnant ainsi lieu à un manquement à l'équité procédurale qui oblige la Cour à intervenir—Demande accueillie—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/93-44, art. 1).

GHARIB C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-180-95, juge Noël, ordonnance en date du 13-9-95, 9 p.)

## EXCLUSION ET RENVOI

Demande de contrôle judiciaire de l'ordonnance par laquelle, en juillet 1994, la section d'appel (le tribunal) de la Commission de l'Immigration et du statut de réfugié (1) accueillait la demande du ministre visant à l'annulation d'une directive de la Commission d'appel de l'immigration, en date de 1985, qui sursoyait à l'exécution d'une mesure d'expulsion toujours en vigueur, prise contre le requérant en octobre 1984, et (2) rejetait l'appel interjeté par le requérant contre la mesure d'expulsion en cause et ordonnait l'exécution de cette dernière dès que possible—Le requérant, arrivé au Canada à l'âge de 8 ans en provenance de La Trinité et Tobago, ne s'est jamais donné la peine d'acquiescer à la citoyenneté avant de commettre plusieurs infractions entre

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

1980 et 1986, pour lesquelles il a été reconnu coupable et condamné à des peines concurrentes allant jusqu'à 12 ans, qu'il a purgées—Il semble avoir respecté les conditions de sa libération conditionnelle depuis 1990—Demande de contrôle judiciaire au motif que le tribunal a commis des erreurs de droit à plusieurs importants égards—Rejet de la demande—Le tribunal n'a pas mal compris la preuve ni n'en a pas tenu compte, pas plus qu'il n'a tiré des conclusions non fondées sur la preuve—La conclusion du tribunal que le requérant ne s'était pas réhabilité n'est pas déraisonnable—Le tribunal a considéré les circonstances influant sur sa décision du point de vue du requérant—Comme le texte législatif prévoit l'appel d'une mesure de renvoi pour des motifs reconnus en équité, la décision du tribunal qu'un autre sursis d'exécution de la mesure de renvoi n'était pas justifiée ne signifiait pas que le renvoi du requérant constituerait un traitement cruel et inusité, contrairement à l'art. 12 de la Charte dans les circonstances de l'espèce: *Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 270 (C.A.)—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. 12.

MARTIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2384-94, juge MacKay, ordonnance en date du 28-9-95, 12 p.)

*Processus d'enquête en matière d'immigration*

Contrôle judiciaire du défaut de l'arbitre de décider si la requérante n'était pas en mesure de comprendre la nature de la procédure avant qu'il désigne la mère de la requérante comme représentante à l'enquête sur le minimum de fondement—La requérante était âgée de 15 ans au moment de l'enquête—Selon l'art. 29(4) de la Loi sur l'immigration, toute personne âgée de moins de 18 ans ou toute personne qui, selon l'arbitre, n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure, peut être représentée par son père, sa mère ou son tuteur ou curateur—L'art. 30(1) prévoit que les personnes soumises à une enquête sur le minimum de fondement ont le droit de se faire représenter par un avocat—L'arrêt *Kamtapersaud c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 70 F.T.R. 61 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) n'a pas été suivi—L'art. 29(4) crée deux catégories distinctes de personnes pouvant être représentées par un parent ou un tuteur à une enquête: toute personne âgée de moins de 18 ans ou toute personne incapable de comprendre la nature de la procédure—L'art. 29(4) n'oblige pas l'arbitre à décider si une personne âgée de moins de 18 ans est incapable de comprendre la nature de la procédure—Le droit à l'assistance d'un avocat s'ajoute à celui d'être représenté par un parent ou tuteur—L'arbitre a confirmé séparément que l'avocat de la mère représentait aussi les enfants mineurs—

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Les faits établissaient que la requérante était représentée par un avocat—En choisissant délibérément de quitter l'enquête lors du témoignage de sa mère, la requérante ne pouvait prétendre que le droit à l'assistance d'un avocat avait été enfreint ou qu'elle n'avait pas été représentée de façon sérieuse—La demande a été rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 29(4),(5), 30(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 19), 33(2) [mod., *idem*, art. 24].

QUINTEROS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3519-93, juge McGillis, ordonnance en date du 12-10-95, 5 p.)

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi prise contre les requérants—Les requérants sont des citoyens du Pérou—Arrivés au Canada en 1986, ils ont alors revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention—Ils faisaient partie de l'arrière des revendications du statut de réfugié formé en 1989—Aucune décision n'a encore été rendue relativement à leur demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire—Le requérant et son épouse occupent tous deux un emploi rémunérateur au Canada et sont propriétaires d'une résidence—Ils redoutent profondément l'effet émotionnel que l'expulsion aura sur les deux enfants—La situation politique du Pérou se trouve dans le chaos—Le terrorisme règne partout—Les requérants et leurs enfants sont des membres estimables de la société canadienne: ils résident au Canada depuis de nombreuses années, s'y sont bien établis, ils n'ont pas de passé criminel et ont d'excellents antécédents de travail—Leur demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire devrait recevoir une considération sérieuse—Le régime d'immigration est fautif—Parce qu'il est surchargé et lent, le système cause aux requérants un préjudice irréparable—La Cour exerce sa compétence pour prévenir l'injustice et pour garantir une meilleure administration d'une loi du Canada en vertu l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2).

MUNOZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2243-95, juge Muldoon, ordonnance en date du 1-9-95, 11 p.)

*Renvoi de résidents permanents*

Demande de sursis d'exécution d'une mesure d'expulsion prise contre le requérant—Le requérant est citoyen japonais et résident permanent—Accusé d'avoir fait le trafic de stupéfiants et condamné en janvier 1995 à six mois d'emprisonnement à l'établissement de Maplehurst—Mesure d'expulsion prise le 12 avril en vertu de l'art. 32(2) de la Loi sur l'immigration—Le requérant ne subirait pas de préjudice irréparable si le sursis d'exécution demandé n'était

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

pas accordé en attendant qu'il soit statué sur la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire—La demande de sursis d'exécution n'a pas été rejetée pour le motif qu'aucune question sérieuse n'a été soulevée devant la Cour par la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire—L'art. 82.1 prévoit qu'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire peut être déposée à la Cour dans les 15 jours suivant la date à laquelle le requérant a été avisé de la décision contestée—Huit jours après avoir été informé de la décision, le requérant a été avisé qu'il devait être expulsé deux jours plus tard—Dans l'intérêt de la justice, la Cour présumera, aux fins d'examen de la demande de suspension du processus du renvoi, que la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire soulève une question sérieuse devant la Cour—Le désir de s'acquitter des obligations légales ne devrait pas faire obstacle à la possibilité d'un contrôle judiciaire pour le motif formel que l'existence d'une question sérieuse n'est pas établie alors que le processus expéditif du Ministère empêche effectivement l'avocat de travailler avec les renseignements nécessaires pour l'établir fermement—Ceux qui sont responsables des renvois du Canada en application de la Loi devraient respecter l'esprit de l'art. 49(1)c)(i) et ne devraient pas renvoyer quelqu'un faisant l'objet d'une mesure d'expulsion dans le délai imparti par la Loi pour demander l'autorisation et le contrôle judiciaire—Demande de sursis d'exécution rejetée—Loi sur l'immigration L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 32(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 21), 49 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 16; L.C. 1990, ch. 8, art. 52; 1992, ch. 49, art. 41), 82.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 53; 1992, ch. 49, art. 73).

FREEMANTLE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2323-95, juge MacKay, ordonnance en date du 11-9-95, 8 p.)

*Renvoi de visiteurs*

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un arbitre a jugé que la requérante était visée à l'art. 27(2)g), étant donné qu'elle était entrée au Canada par suite d'une fausse indication sur un fait important—La requérante et sa fille sont nées en République populaire de Chine—Elles ont rejoint le mari de la requérante au Brésil en 1990—Le mari est décédé en 1992—En 1993, la requérante a obtenu un visa de transit de deux jours pour entrer au Canada à l'occasion d'un voyage en Chine—L'enfant est tombée malade à bord de l'avion qui faisait route de Toronto à Vancouver—La requérante a obtenu un visa de visiteur de quatre semaines, au cours desquelles elle a épousé un citoyen canadien—Elle a présenté une demande d'établissement à partir du Canada—Le formulaire de demande d'admission temporaire au Canada donnait une série de réponses possibles—dont «marié(e)» et «veuf/veuve» à la

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

question concernant l'état civil actuel—La requérante a coché la case «marié(e)»—La requérante a expliqué que, dans sa culture, elle se considérait toujours comme mariée et qu'elle n'avait pas rempli elle-même sa demande—La demande est accueillie—La requérante n'essayait pas d'obtenir un visa par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important—Elle n'était pas consciente du fait qu'elle faisait une interprétation erronée de certains faits pour pouvoir entrer au Canada par des moyens malhonnêtes, étant donné qu'elle ne soupçonnait pas qu'elle allait rester au Canada lorsqu'elle a présenté sa demande—Il ne s'agit pas d'une omission importante qui l'empêcherait d'obtenir son visa de transit initial ou son visa de visiteur—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(2)g).

CHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2624-95, juge Rouleau, ordonnance en date du 12-10-95, 5 p.)

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Les requérants, citoyens salvadoriens, mari, femme et leur enfant, sont arrivés pour la première fois au Canada en 1987, et ils ont revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention—Demande rejetée en 1992—En 1993, le mari, souffrant du cancer de la moelle osseuse, décrite comme étant l'anémie aplastique, et aussi du diabète sucré, a reçu une greffe de la moelle osseuse, suivie de sérieuses complications qui pourraient devenir un état chronique—En avril 1994, un avis d'interdiction de séjour a été émis contre les requérants du fait de la non-admissibilité du mari pour des raisons d'ordre médical et de la non-admissibilité des requérants collectivement pour des raisons d'ordre économique—Deux jours plus tard, une demande de statut de résident permanent a été présentée, invoquant des raisons d'ordre humanitaire et demandant une réponse rapide, puisque le requérant estimait que le retard pourrait entraîner l'expulsion—Refus fondé principalement sur la non-admissibilité du mari pour des raisons d'ordre médical—Les requérants ont prétendu que le traitement ne serait pas disponible au Salvador; la propre enquête de l'intimé a conduit à la conclusion que le traitement y existait en fait—Décision rejetant la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire avant que le requérant ait pu demander des détails sur la preuve médicale et des commentaires sur celle-ci—La demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent d'immigration est accueillie—Le requérant aurait dû avoir la possibilité de répondre à la preuve extrinsèque sur laquelle s'est appuyé l'agent pour prendre sa décision, avant qu'une décision n'ait été prise: *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (C.A.F.)—La demande d'une réponse rapide ne constitue pas une renonciation au droit à l'équité procédurale, et ne

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

permet pas à l'intimé de se soustraire à l'obligation d'agir équitablement—Toutefois, même si des services médicaux n'existent pas au Salvador, l'agent d'immigration, et non la Cour, doit déterminer s'il y a lieu de recommander d'accorder le statut de résident permanent pour des raisons d'ordre humanitaire.

MACHADO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2694-94, juge MacKay, ordonnance en date du 22-9-95, 8 p.)

Appel d'une décision de la Section de première instance rejetant une demande d'intervention dans une demande de contrôle judiciaire concernant une décision par laquelle le ministre de l'Emploi et de l'Immigration avait conclu qu'il n'y avait pas de raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour permettre à la requérante de demeurer au Canada—L'intervenant proposé a obtenu une prolongation du délai prévu pour interjeter «appel» de la décision rejetant la demande d'intervention—L'argument selon lequel l'affaire était régie par l'art. 27 de la Loi sur la Cour fédérale plutôt que par l'art. 83(1) de la Loi sur l'immigration était sans fondement—La décision par laquelle la Section de première instance avait rejeté la demande d'intervention était un «jugement... rendu sur une demande de contrôle judiciaire relative à une décision... rendue... dans le cadre de la Loi»—Un appel ne pouvait être porté devant la C.A.F. car la Section de première instance n'avait certifié aucune question en vertu de l'art. 83(1)—Il n'y avait aucune incompatibilité entre les deux dispositions—Appel rejeté—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. [1985], ch. F-7, art. 27(1)—Loi sur l'immigration, L.R.C. [1985], ch. I-2, art. 83(1) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73.).

BALAGA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-408-95, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 29-9-95, 4 p.)

## STATUT AU CANADA

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire visant la décision de la section du statut qui a conclu que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les requérants sont des chrétiens d'Ukraine devenus citoyens d'Israël—Ils ont reçu des menaces de mort de la part des fanatiques religieux en raison de leur origine et de leur religion, et dans un des incidents, le requérant a reçu un coup de fusil au coude—Le fils du requérant a été victime de harcèlement et d'agression à l'école en raison du fait qu'il portait une croix chrétienne à son cou; ces problèmes ont persisté même après un changement d'école—L'épouse du requérant a été l'objet de

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

harcèlement sexuel et d'agression sexuelle lors de recherches d'emploi—La police a refusé à deux reprises de faire enquête suite à ces incidents—La décision de la section du statut a conclu que les requérants ont subi des actes discriminatoires isolés mais que ceux-ci ne constituaient pas de la persécution—Les incidents de harcèlement et les agressions physiques qui se répètent sur une période d'un an et demi ne peuvent être qualifiés d'actes isolés—La crainte des requérants d'être persécutés n'est justifiée qu'en absence de la protection de l'État—L'inaction de la police a pour conséquence de justifier la réticence des requérants à rechercher la protection de l'État et de permettre la réoccurrence de tels incidents—Le juge rejette l'argument de l'intimé que dans des situations où la police refuse de faire son devoir, le citoyen devrait s'adresser à une instance plus haute ou se présenter devant un organisme différent comme la Commission des droits de la personne—Tout citoyen de pays où il n'y a pas un effondrement du système étatique, qui se voit victime d'actes criminels, est en droit de s'adresser à la police et de s'attendre à ce qu'elle fasse enquête—On ne doit pas imposer aux citoyens de l'État d'Israël un fardeau plus lourd que celui imposé aux citoyens d'autres pays démocratiques—Demande accordée.

KADENKO C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)  
(IMM-809-94, juge Tremblay-Lamer, décision en date du 9-6-95, 13 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut concluant que l'intimée, citoyenne de la République populaire de Chine, était une réfugiée au sens de la Convention—L'intimée prétendait avoir des raisons de craindre d'être persécutée, si elle était tenue de rentrer en Chine, du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social particulier—L'intimée, médecin, a été affectée à une clinique de planning familial par les autorités, malgré son opposition—Dans cette clinique, on appliquait la politique de l'enfant unique à l'encontre des femmes se trouvant dans les derniers mois de leur grossesse—Le rôle de l'intimée consistait à provoquer le travail pour faire avorter ces femmes, et si l'enfant naissait vivant, à prescrire une injection pour mettre fin à ses jours—L'intimée n'a jamais ordonné de telles injections et elle ne les a jamais données elle-même—Elle s'est engagée dans le mouvement en faveur de la démocratie—Elle a été arrêtée, détenue et renvoyée à son travail où elle a été forcée d'accomplir des tâches inférieures, à la moitié de son salaire—Elle s'est enfuie—Son mari, demeuré en Chine, a été rétrogradé et on a refusé à son fils l'admission à l'école—Demande accueillie—La section du statut n'a pas examiné en profondeur la question de l'exclusion de l'intimé en vertu de l'art. 1Fb) (exclusion de la définition de réfugié au sens de la Convention pour avoir commis un crime grave de droit commun)—Opinion incidente: la déclaration suivante faite par la C.S.C. dans l'arrêt *R. c. Hibbert*, [1995]

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

2 R.C.S. 1973, dans le cadre de l'analyse visant à déterminer la norme objective applicable au moyen de défense fondé sur la contrainte en matière de droit criminel, «Toutefois, dans l'examen des perceptions d'une "personne raisonnable", la situation personnelle de l'accusé est pertinente et importante, et devrait être prise en considération», devrait s'appliquer à l'analyse d'une contrainte présumée ou des «ordres d'un supérieur» dans une demande de statut de réfugié au sens de la Convention—Convention des Nations-Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. LIN (IMM-3822-94, juge Gibson, ordonnance en date du 4-10-95, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la section du statut de réfugié a conclu que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Le requérant, représentant diplomatique de la Bulgarie, et sa femme ont revendiqué le statut de réfugié après qu'on eut mis fin à l'emploi du requérant—Le requérant a été membre du Parti communiste bulgare jusqu'en 1990—Processus de démocratisation déclenché en Bulgarie en 1989—Élections tenues en 1990 avec la participation de plusieurs partis—En 1992, le nouveau gouvernement démocratique avait l'intention d'intenter des procès contre d'anciens membres du Parti communiste—Le requérant prétend qu'il serait persécuté s'il retournait en Bulgarie—Les anciens membres du gouvernement communiste de la Bulgarie ne constituent pas un groupe social selon la définition de réfugié au sens de la Convention—De plus, le processus de démocratisation et l'indépendance du judiciaire soulèvent la présomption que les lois et les pratiques du régime ne constituent pas de la persécution—La SSR n'a pas eu tort d'apprécier les changements survenus en Bulgarie pour conclure que ces derniers enlevaient tout fondement objectif à la prétendue crainte du mari relative à des motifs mentionnés dans la Convention—Demande rejetée.

PANAYOTOV C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-1545-92, juge MacKay, ordonnance en date du 5-10-95, 11 p.)

*Résidents permanents*

Contrôle judiciaire concernant le refus d'accorder la résidence permanente—L'agent des visas s'est appuyé sur une opinion médicale selon laquelle la fille de 14 ans, souffrant de déficience mentale, n'était pas admissible en vertu de l'art. 19(1)a)(i) ou (ii) parce que son admission était susceptible d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux—La Cour a compétence pour examiner la preuve médicale afin de déterminer si l'avis du médecin est



**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

raisonnable dans les circonstances—Les rapports des spécialistes examinés par les médecins mentionnent une déficience mentale légère, mais les médecins ont indiqué simplement qu'elle souffrait de déficience mentale—Ils n'ont pas indiqué le degré de déficience mentale dont la requérante est atteinte—Le degré de l'arriération mentale et les conséquences probables en découlant sont des facteurs pertinents lorsqu'il s'agit d'imposer un fardeau excessif aux services gouvernementaux—Comme de nombreux facteurs doivent être pris en compte, il est possible qu'une personne souffrant de déficience mentale légère impose un fardeau excessif aux services sociaux—Il est raisonnable d'imposer un fardeau de preuve plus rigoureux au médecin afin qu'il démontre ce que serait ce fardeau excessif dans un cas de déficience légère—Si un médecin conclut qu'une personne souffre d'une légère déficience mentale, il doit énoncer clairement pourquoi son admission entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux—Dans la plupart des cas, le médecin n'a pas à préciser l'étendue ou le degré de la maladie visée—En l'espèce, les médecins ont fait référence à un article dans lequel les coûts associés à des cas d'arriération mentale grave et moyenne ont été évalués—Cet exercice n'a pas été fait pour la déficience mentale légère, ce qui semble indiquer qu'il y a une différence reconnue dans les coûts imposés aux services sociaux selon le degré ou le niveau de déficience mentale d'une personne—Les médecins ont donc commis une erreur en ne précisant pas le degré de déficience mentale dont souffre la requérante—L'art. 22 du Règlement sur l'immigration de 1978 énonce les facteurs dont le médecin doit tenir compte en fonction de la nature, de la gravité ou de la durée probable de l'invalidité—Les médecins ont examiné plusieurs des facteurs énoncés à l'art. 22—*Jiwanpuri c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 241 (C.A.F.), n'interdit pas l'examen d'autres facteurs pertinents non visés à l'art. 22—Le manque d'instruction et le besoin de surveillance et de soutien sont des facteurs pertinents parce qu'il en est précisément fait mention dans les rapports médicaux—L'affaire est renvoyée à l'agent des visas pour déterminer le degré de déficience mentale et tenir une nouvelle audience sur la question du fardeau excessif pour les services sociaux—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 22 (mod. par DORS/78-316, art. 2)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1a).

SABATER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2519-93, juge McKeown, ordonnance en date du 13-10-95, 9 p.)

Demande en vue d'annuler la décision de l'agent de l'immigration rejetant la demande de résidence permanente—La demande a été refusée au motif que le mari n'était pas admissible au Canada parce qu'il a été reconnu coupable d'une infraction criminelle—La requérante fait

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

valoir que sa demande aurait dû être évaluée indépendamment de celle de son mari en vertu du régime réglementaire applicable aux membres d'une catégorie admissible—Cette question a déjà été décidée dans *Kaisersingh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 89 F.T.R. 276 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et *Kandasamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 296 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—La requérante et son mari sont arrivés au Canada avec leurs enfants en décembre 1987—Les revendications du statut de réfugié présentées par la requérante et ses enfants devaient être rattachées à celle du mari—La demande de résidence permanente présentée par le mari a été refusée en novembre 1992 à cause de son casier judiciaire—Le refus opposé à la demande de résidence permanente présentée par la requérante en 1993 se fondait sur le casier judiciaire de son mari—La procédure prévue à la Loi sur l'immigration a été modifiée en février 1993 et, depuis, il n'y a plus d'audience sur le minimum de fondement de la revendication—Le statut de réfugié au sens de la Convention a été refusé aux requérants—La requérante devrait faire partie de la catégorie admissible—Son exclusion de l'audience sur le minimum de fondement de la revendication est le résultat d'une erreur administrative—Les mesures prises pour que sa revendication et celles de ses enfants soient jointes à la revendication de son mari en vue de l'audience devant la section du statut ont corrigé cette erreur administrative—La demande de la requérante est ajournée en attendant le résultat des questions certifiées dans les affaires *Kaisersingh* et *Kandasamy*—Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié, DORS/90-40—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.

LAL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4191-94, juge Reed, ordonnance en date du 25-9-95, 5 p.)

**CONCURRENCE**

Détermination de la peine—Canada Pipe Co. a reconnu sa culpabilité à une accusation de complot avec une autre société pour empêcher ou réduire indirectement la concurrence dans la fourniture et la vente de tuyaux de fonte à graphite sphéroïdal, en contravention de l'art. 45(1)c)—Dans l'exposé conjoint des faits, les avocats ont recommandé une amende de 2 500 000 \$—La peine maximale prévue par l'art. 45 est de 10 000 000 \$—La peine doit protéger l'intérêt public dans le maintien d'une libre concurrence et sert d'instrument général ou particulier de dissuasion—La Cour tient compte des facteurs suivants: (1) l'art. 45 est la disposition centrale de la partie pénale de la Loi; (2) le président de la société, l'un de ses plus hauts dirigeants, a conclu l'entente au nom de cette dernière; (3) la taille de la société accusée et le volume des échanges commerciaux touchés (les ventes de

**CONCURRENCE—Fin**

l'accusée pour une période de neuf mois totalisaient 8 000 000 \$, l'amende recommandée représentait 30 % de ce montant; (4) l'amende recommandée est comparable aux peines imposées dans d'autres affaires récentes; (5) l'amende devrait également refléter le coût de l'enquête effectuée par le ministère public; les parties reconnaissent que les frais d'enquête correspondent à 20 % de l'amende; (6) étant donné le contexte international du complot, l'amende devrait être suffisante pour dissuader des personnes se trouvant à l'extérieur du pays de se livrer à des agissements contrevenant aux lois canadiennes en matière de concurrence—La Cour tient compte des circonstances atténuantes suivantes: le plaidoyer de culpabilité, la coopération de l'accusée, le fait que l'arrangement n'a pas été mis à exécution et que personne n'a subi de perte car le prix des tuyaux a chuté—L'amende recommandée de 2 500 000 \$ est raisonnable—C'est, jusqu'ici, l'amende la plus haute imposée en vertu de l'art. 45—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 45(1)e (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 30).

CANADA C. CANADA PIPE CO. (T-2044-95, juge McKeown, sentence en date du 2-10-95, 4 p.)

**DOUANE ET ACCISE****LOI SUR L'ACCISE**

Le requérant demande une ordonnance déclarant que son intérêt dans un véhicule automobile Safari Van de couleur blanche n'est pas affecté par une saisie—Le requérant demande aussi le remboursement de la somme de 4 800 \$ qu'il a payée pour la libération du véhicule—L'intimé concède que le requérant était innocent de toute complicité ou collusion dans l'infraction dont découlait la saisie—Le requérant a pris toutes les mesures voulues afin de s'assurer que le véhicule ne serait pas employé contrairement à la Loi sur l'accise—L'intimé soutient que l'art. 164 ne s'applique pas, parce que le véhicule avait été libéré au moment où la demande du requérant visant à faire déclarer son intérêt a été déposée—Les demandes prévues à l'art. 164 ne sont pas limitées à celles qui sont déposées au moment où le véhicule est sous la main de la justice—Un délai de 30 jours à compter de la saisie est imparti pour le dépôt de la demande—Demande accordée—L'art. 164 n'autorise pas la restitution de la somme versée pour la libération du véhicule—L'art. 17(2) de la Loi sur la Cour fédérale et d'autres dispositions de la Loi sur l'accise pourraient être utiles—Loi sur l'accise, L.R.C. (1985), ch. E-14, art. 164—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17(2).

WONG C. M.R.N. (T-768-95, juge Reed, ordonnance en date du 21-9-95, 3 p.)

**ENVIRONNEMENT**

Demande de contrôle judiciaire contestant la création d'une commission d'évaluation par le ministre de l'Environnement en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale—Commission créée pour évaluer les effets néfastes que pourraient avoir sur l'environnement les installations proposées par la requérante (Sunshine) pour un centre de ski dans le parc national Banff—Sunshine a préparé la proposition relative au plan d'aménagement à long terme en date du 29 mai 1992—Le plan de 1992 est beaucoup moins ambitieux que celui de 1987 et s'inspire des parties approuvées du plan de 1978—Le 31 août 1992, le ministre de l'Environnement Jean Charest a approuvé le plan tel que soumis moyennant la condition que le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement s'applique à chaque composante du plan conformément au processus normalisé d'approbation des aménagements à l'intérieur du parc national Banff—Le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement a été remplacé par la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale le 19 janvier 1995—La commission a été créée en vertu de la Loi à la demande du ministre Michel Dupuy—Son mandat est étendu—Elle doit examiner l'acceptabilité sur les plans environnemental et socio-économique du «projet», qui englobe les parties non construites du plan de 1978 et les ajouts proposés dans le plan de 1992—La lettre du ministre Charest constituait-elle une approbation finale du plan de 1992 ou simplement une approbation conditionnelle à l'achèvement de l'évaluation environnementale de chaque composante du plan de 1992?—La lettre de M. Charest n'empêchait pas qu'il y eût d'autres évaluations environnementales à Sunshine—La «détermination des effets sur l'environnement» effectuée par M. Leeson ne constitue pas un examen préalable au sens du Décret, et n'a aucune conséquence juridique—Les pouvoirs conférés à Parcs Canada en vertu de la Loi sur les parcs nationaux ou de toute autre loi pertinente ne sont pas assez similaires au PEEE pour rendre ce dernier inutile et priver la commission créée en vertu de la LCEE de sa compétence—La directive de gestion 2.4.2 et les directives relatives aux permis de construction ne privent pas la commission de sa compétence—La création de la commission n'a pas été faite de façon irrégulière parce que la demande du ministre Dupuy, conformément à l'art. 13 du Décret, ne se fondait pas sur une perception erronée de l'intérêt public—Il y avait des éléments de preuve tendant à établir l'existence de préoccupations du public à l'égard du plan de 1992 bien avant la lettre de janvier 1994 du ministre Dupuy—Prendre une décision en se fondant sur les préoccupations du public n'équivaut pas à agir de mauvaise foi—La commission ne peut examiner le plan d'aménagement de Goat's Eye—L'examen du plan de 1978 ne constitue pas une application rétroactive du Décret de 1984—L'approbation conceptuelle du plan de 1978 a été incorporée par renvoi au plan de 1992 et est assujettie à l'évaluation environnemen-

**ENVIRONNEMENT—Fin**

tale aux termes des dispositions législatives en vigueur—Il n'est pas loisible à la commission d'examiner la nécessité du plan d'aménagement de Sunshine Village dans son ensemble—Il est approprié que la commission examine la question de l'approvisionnement en eau dans le Rock Isle Lake et les effets socio-économiques potentiels des modifications au plan de 1992—La commission n'est pas empêchée d'examiner les effets cumulatifs des aménagements effectués à Sunshine—La commission a été établie à bon droit en vertu des dispositions transitoires de la LCEE—Demande rejetée—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467—Loi sur les parcs nationaux, L.R.C. (1985), ch. N-14.

SUNSHINE VILLAGE CORP. C. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (T-808-95, juge suppléant Heald, ordonnance en date du 8-9-95, 38 p.)

**EXPROPRIATION****PRATIQUE**

À l'issue d'une action contestant la suffisance d'une indemnité d'expropriation, les dépens ont été adjugés tels que prévus à l'art. 39(2) de la Loi, soit «la totalité des frais des procédures et des frais accessoires encourus... y compris les frais extrajudiciaires»—La demanderesse, qui eu gain de cause, a réclamé la taxation des dépens entre parties—Pour fixer la somme de l'indemnité, le juge de première instance s'est servi exclusivement de la technique de parité bien que les experts de la défenderesse ont privilégié la technique du revenu—La Cour d'appel a déclaré qu'il était légitime de rejeter l'approche des experts de la demanderesse sans pour autant mettre de côté en totalité leurs témoignages et leurs données—Le défendeur soutient que les frais des experts de la demanderesse ne devraient pas être accordés puisqu'ils ont été encourus en fonction d'une technique non retenue par la Cour—Les facteurs les plus importants relatifs à la question des frais sont les suivants: (1) le montant de l'offre; (2) le montant alloué; (3) la complexité des questions litigieuses; (4) l'habileté et la compétences requises pour présenter les questions litigieuses; (5) le degré d'expérience des procureurs et des avocats; (6) le temps consacré à la préparation; et (7) les honoraires prévus au tarif B—Les frais accordés en vertu de l'art. 39 de la Loi doivent rencontrer les principes établis en matière de taxation et surtout avoir été encourus pour la bonne préparation et présentation de sa cause—Les frais d'expertise ne peuvent être refusés sur la base que la Cour a considéré la preuve des défendeurs plus concluante—En accordant les frais, la Cour estimait que toutes les dépenses raisonnablement encourues suivant

**EXPROPRIATION—Fin**

l'application de l'art. 39 de la Loi soient allouées—Les frais d'expertise de la demanderesse sont accordés—Loi sur l'expropriation, L.R.C. (1985), ch. E-21, art. 39(2).

TEKMIN INC. C. CANADA (MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS) (T-856-88, Officier taxateur Lamy, taxation en date du 1-5-95, 7 p.)

**FONCTION PUBLIQUE**

Action en dommages-intérêts (1 000 000 \$), ainsi qu'en jugement déclaratoire et en injonction par suite de la cessation d'emploi du demandeur à la fonction publique du Canada (au Centre de technologie de l'information (CTI) du Bureau des conseillers en gestion (BCG) du ministère des Approvisionnements et Services) et de la teneur de certaines politiques (relations contractuelles avec d'anciens fonctionnaires) et de leur application au demandeur—Les questions en litige sont les suivantes: (1) La défenderesse a-t-elle fait avec négligence des déclarations inexactes au demandeur en lui déclarant qu'il était un «employé touché» en raison de la suppression d'une fonction au sens de la Politique concernant le réaménagement des effectifs («la Politique») ou en lui déclarant qu'elle s'occupait de sa situation d'emploi conformément à la Politique? (2) La défenderesse a-t-elle commis un acte discriminatoire à l'égard du demandeur sur le fondement de son emploi au CTI ou sur le fondement de son âge?—Le statut d'employé touché a été reconnu au demandeur à la suite de la décision prise en 1989 de dissoudre le CTI et de le fusionner avec une autre sous-section ministérielle—Convaincu que son seul choix était de démissionner, le demandeur a négocié sa cessation d'emploi, qui a eu lieu en juin 1990, et a obtenu le versement d'une indemnité forfaitaire composée d'une indemnité de départ, d'une allocation de fin d'emploi, d'une rémunération en compensation de la partie non expirée de la période ouvrant droit à une priorité d'employé déclaré excédentaire et d'une rémunération en compensation des congés non utilisés—L'action est rejetée—La question de la compétence de la Cour a été soulevée par celle-ci, et non par les parties—La défenderesse était assujettie à un devoir de prudence envers le demandeur, mais la fonction exercée par le demandeur a été en réalité supprimée par suite d'un réaménagement des effectifs; le demandeur était, par conséquent, un «employé touché»—Et bien qu'elle ait pu manquer à son devoir envers le demandeur en ne revoyant pas la façon dont elle recourait aux marchés de services, la défenderesse ne lui a pas fait de déclarations inexactes en ce qui concerne ses possibilités de réaffectation—La défenderesse n'a pas manqué à son devoir en n'offrant pas au demandeur de formation linguistique—La défenderesse n'a pas déclaré de façon inexacte au demandeur qu'il était un «employé touché» en raison de la suppression d'une fonction au sens de la Politique ou qu'elle s'occupait de sa situation d'emploi conformément à la

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

Politique—Le fait que des postes du CTI aient été réputés excédentaires, alors que d'autres réductions du personnel ont été effectuées au sein du BCG en demandant des volontaires est insuffisant pour permettre de conclure qu'il y a eu discrimination au sens de la Charte ou de la Déclaration canadienne des droits—Preuve insuffisante pour établir qu'il y a eu discrimination sur le fondement de l'âge—En outre, l'accusation de discrimination fondée sur l'âge équivaut en fait à une action en renvoi injustifié et un fonctionnaire ne peut intenter en droit une action en renvoi injustifié.

HODSON C. CANADA (T-3267-90, juge Gibson, jugement en date du 2-10-95, 27 p.)

**GRC**

Contrôle judiciaire visant la décision rendue par un arbitre Niveau II rejetant le grief soumis par le requérant pour le motif que l'erreur de procédure commise par le Comité d'avancement de la GRC, soit celle de ne pas utiliser un système de pointage, n'a pas véritablement causé préjudice au requérant—Le requérant prétend que l'arbitre a excédé sa compétence en se prononçant sur l'effet préjudiciable de l'erreur de procédure—Une erreur de fait ou de procédure qui ne porte pas atteinte au principe de la sélection au mérite n'entraîne pas nécessairement l'annulation par un arbitre d'une décision entachée de semblable erreur—Dans la mesure où la considération de la nature, du caractère et de l'importance de l'erreur vise simplement à vérifier ou à évaluer l'impact de cette dernière sur le principe de la sélection au mérite, cette considération est dans les limites de la compétence attribuée à l'arbitre—La conclusion que l'erreur n'avait pas causé préjudice au requérant n'était pas arbitraire compte tenu de l'étude approfondie des dossiers des candidats fait par le comité et les critères utilisés par ce dernier—Il n'était pas manifestement déraisonnable pour un tribunal administratif spécialisé comme un arbitre Niveau I ou II de conclure à une erreur de procédure sans importance et non préjudiciable au requérant—Requête rejetée.

BOUDREAU C. CANADA (ARBITRE NIVEAU II, GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (T-1101-94, juge Pinard, ordonnance en date du 5-6-95, 9 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU***Allocation du coût en capital*

Appel d'un jugement de la section de première instance ([1993] 1 C.F. 622) qui a rejeté l'appel concernant les nouvelles cotisations établies pour les années d'imposition

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

1985 et 1986—L'appelante est concessionnaire de produits General Motors à St. John's, Terre-Neuve—Elle était membre d'un groupe de plusieurs sociétés associées appartenant à des propriétaires communs—Une réorganisation de la société a eu lieu—Le 28 décembre 1984, il y a eu liquidation volontaire de Hickman Equipment Ltd. et son actif a été acquis par sa société mère Hickman Motors Ltd.—L'actif, qui s'établissait à 5 196 422 \$, est devenu la propriété de «Motors»—Le 2 janvier 1985, ce même actif, net du passif d'«Equipment», a été vendu par «Motors» à «Equipment (1985)» pour la somme de 860 000 \$—La déduction pour amortissement de 2 029 942 \$ demandée par l'appelante a été refusée par le ministre parce que l'actif d'«Equipment» n'avait pas été acquis par l'appelante aux fins de gagner ou de produire un revenu—La seule question en litige entre les parties porte sur la déduction pour amortissement de 1984—L'appelante prétend que les dispositions de l'art. 88(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu créent en sa faveur un droit indépendant, celui de demander une déduction pour amortissement sur la fraction non amortie du coût en capital des biens qu'elle a acquis lors de la liquidation d'«Equipment»—Ce paragraphe ne crée aucun droit à une déduction quelconque—Cette disposition ne prévoit ni impôt à payer ni exemption d'impôt—Il s'agit de savoir si, en vertu des dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu et de celles du Règlement, l'appelante a le droit de demander une déduction pour amortissement sur la fraction non amortie du coût en capital relativement à des biens amortissables—Le droit de demander une déduction pour amortissement est entièrement prévu par la loi—Les déductions pour amortissement, comme toutes les autres déductions, sont interdites si elles ne se rapportent pas à une dépense engagée dans le but de gagner ou de produire un revenu—L'art. 88 ne crée pas au profit de l'appelante un droit indépendant à la déduction pour amortissement relativement aux biens qu'elle a acquis lors de la liquidation de la filiale «Equipment»—La question de savoir si des biens ont été acquis aux fins de gagner ou de produire un revenu est une question de fait—Le critère applicable pour déterminer si les biens ont été acquis aux fins de gagner ou de produire un revenu est semblable à celui qui a été énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480—Le fait que le contribuable ait conservé les biens en litige uniquement pendant un long week-end de congé dénote l'absence d'intention de tirer un revenu de ces biens—L'appelante elle-même n'a pas considéré les biens acquis lors de la liquidation d'«Equipment» comme une source possible ou réelle de revenu—La conclusion de fait tirée par le juge de première instance selon laquelle l'appelante n'a pas acquis les biens d'«Equipment» en vue de gagner ou de produire un revenu est conforme aux principes de loi applicables et est solidement fondée sur la preuve—L'art. 20(16) de la Loi n'est pas applicable—L'appel est rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(16) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art.

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

14(4)), 88(1) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 27; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 48).

HICKMAN MOTORS LTD. C. CANADA (A-57-93, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 15-9-95, 13 p.)

*Gains en capital*

Action tendant à obtenir l'annulation des nouvelles cotisations établies par le ministre à l'égard des années d'imposition 1985, 1986 et 1987 du demandeur—L'affaire concerne les règles d'attribution de la Loi de l'impôt sur le revenu qui ont pour objet d'empêcher un contribuable de fractionner son revenu ou ses gains en capital entre les membres de sa famille pour réduire le montant total d'impôt qu'il devrait autrement payer—En 1985, 1986 et 1987, l'épouse du contribuable a disposé d'un certain nombre des actions qu'elle détenait dans une société familiale—Le ministre, par voie de nouvelle cotisation, a attribué au demandeur le gain en capital tiré de la disposition des actions de son épouse—La question est de savoir si le contribuable et son épouse avaient l'intention commune, depuis le début de l'entreprise d'électricité en 1973, que la moitié des biens de l'entreprise soient détenus en fiducie par le contribuable pour le compte de son épouse—Si tel est le cas, les transferts légaux subséquents d'actions ne constitueraient pas des transferts de biens au sens de l'art. 74(2) de la Loi, étant donné que l'épouse aurait toujours été la véritable propriétaire des actions et que les règles d'attribution ne seraient pas applicables—La fiducie par déduction s'attache à l'intention—L'entreprise d'électricité du contribuable a été constituée en 1975—Le contribuable a acquis 99 actions de la société, et son épouse une action—Le partage des actions a été décidé par le comptable—En 1978, il y a eu un nouveau partage des actions en vertu duquel le contribuable a transféré 49 actions à son épouse de sorte que chacun d'eux détenait 50 actions—En 1980, Holizki Electric Limited s'est lancée dans l'industrie pétrolière—En 1983, la société Holizki Holdings Limited a été constituée—Le contribuable et son épouse ont chacun vendu leurs actions de Holizki Electric Limited à Holizki Holdings Limited pour la somme de 775 000 \$—L'épouse du contribuable a vendu certaines de ses actions dans Holizki Holdings Limited en 1985, 1986 et 1987—Dans une nouvelle cotisation, le ministre a attribué au contribuable le gain en capital résultant de la disposition par l'épouse de ses actions—Il y avait une intention commune que le contribuable détienne une partie des biens de l'entreprise en fiducie pour son épouse—À tout le moins en 1978, le contribuable et son épouse avaient l'intention de se partager également les biens de l'entreprise—Il n'est pas impossible ni déraisonnable de conclure à l'existence d'une fiducie par déduction en l'espèce—La preuve est compatible avec l'existence d'une fiducie par déduction, en vertu de laquelle le contribuable détenait cinquante pour cent de l'entreprise pour le compte

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

de son épouse, depuis le début de l'entreprise à propriétaire unique lancée en 1973—Il n'y a pas eu aucun transfert de biens qui puisse être visé par l'art. 74(2) de la Loi—Il n'y a pas d'attribution de gains en capital imposables au contribuable—Action accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 74(2) (abrogé par S.C. 1986, ch. 6, art. 37(1)).

HOLIZKI C. CANADA (T-2296-89, juge Rothstein, jugement en date du 7-9-95, 16 p.)

Résidence principale—Appel contre la décision de la Section de première instance qui rejetait la prétention de la contribuable voulant qu'une parcelle de terre de 32,755 acres, vendue en 1967, soit visée par la définition de «résidence principale» à l'art. 54g) de la Loi de l'impôt sur le revenu, rendant de la sorte le produit de sa disposition exempt d'impôt sur les gains en capital conformément à l'art. 40(2)b) de la Loi—Dans la négative, il faudra déterminer si le juge de première instance a commis une erreur lors de la détermination de la valeur de la propriété au 31 décembre 1971 (le jour de l'évaluation)—L'appel est accueilli, dissidence du juge McDonald, J.C.A.—Le juge Desjardins, J.C.A.: la contribuable fait partie de la troisième génération de propriétaires d'une propriété de 32,755 acres à Ancaster (Ontario)—Trois acres entourant la maison servaient à des fins personnelles, les 25 acres de la superficie restante étaient loués à un fermier—La Loi définit essentiellement la «résidence principale» comme se composant du logement et d'un acre, mais aussi d'une superficie supérieure si le contribuable peut s'acquitter de la tâche difficile de prouver que l'excédent est nécessaire à l'usage et à la jouissance du logement considéré comme résidence—Application des arrêts *La Reine c. Yates* (1986), 86 DTC 6296 (C.A.F.) et *Augart c. La Reine* (1993), 93 DTC 5205 (C.A.F.), qui définissent les critères objectifs et subjectifs servant à établir si l'excédent est nécessaire à l'usage et à la jouissance du logement—Selon le règlement applicable, le bien-fonds en cause se situait dans une «zone agricole» dans laquelle un bien-fonds devait avoir une superficie minimale de 25 acres—Le régime légal, autant le jour de l'évaluation qu'en 1967, rendait incertain le consentement des autorités locales à la subdivision du lot—Respect du critère «objectif»—Le juge McDonald (dissident): l'appel devrait être rejeté—Comme le témoin expert en aménagement était d'avis que, selon la prépondérance des probabilités, la commission aurait consenti à ce que l'appelante morcelle sa propriété, l'appelante ne s'est pas acquittée de la tâche difficile de démontrer que plus d'un acre était nécessaire à l'usage et à la jouissance de son logement—Le fait que la méthode de lotissement était «laborieuse» ne suffit pas à l'appelante pour s'acquitter du fardeau qui est le sien—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 40(2)b) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 17(1)), 54g) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 14(1); S.C. 1974-75-76,

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

ch. 26, art. 25(2); 1976-77, ch. 4, art. 14(1); S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 23(3),(4); L.C. 1985, ch. 45, art. 23(1),(2); 1988, ch. 55, art. 31(2)).

CARLILE C. CANADA (A-486-93, juges Desjardins et McDonald, J.C.A., jugement en date du 11-7-95, 20 p.)

**CORPORATIONS**

Actions en annulation de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a accueilli les appels interjetés par les défendeurs de nouvelles cotisations établies par le MRN—Impôt dû par une société dont les défendeurs étaient des administrateurs en ce qui concerne l'impôt que la société en question était tenue de retenir des employés et de remettre conformément à la Loi de l'impôt sur le revenu et de ses règlements d'application—Application de l'art. 227.1 de la Loi, qui limite la période de responsabilité du fait d'autrui pendant laquelle les anciens administrateurs d'une société sont responsables de l'omission de la société employeur de remettre les montants d'impôt retenus de ses employés—Les défendeurs étaient les seuls administrateurs d'Olympic Hotels Ltd. (Olympic)—Ils s'occupaient tous les deux des activités quotidiennes de l'hôtel—L'hôtel a fait défaut à la fin de 1984 de remettre des montants d'impôt sur le revenu qu'il avait retenus à la source de ses employés—À la suite de la nomination d'un séquestre-gérant en novembre 1984, Olympic a fait l'objet d'une nouvelle cotisation établie le 20 février 1985 par le MRN relativement à son omission de remettre l'impôt dû pour octobre 1984, notamment en ce qui concerne les retenues salariales des employés—Le 25 février 1985, les défendeurs ont signé une brève note adressée à Olympic Hotels Ltd. par laquelle ils prétendaient remettre leur démission à titre d'administrateurs et de dirigeants d'Olympic—Par avis de cotisation daté du 24 mars 1987, le ministre a, en vertu de l'art. 227(10)a) de la Loi, imposé chacun des défendeurs en sa qualité d'administrateur d'Olympic pour la totalité de l'impôt, ainsi que des intérêts et pénalités dus par Olympic à l'égard de l'impôt que la société devait retenir et remettre pour le mois d'octobre 1984—La Cour canadienne de l'impôt a statué que le délai de prescription de deux ans applicable aux demandes dirigées contre les défendeurs en leur qualité d'administrateurs avait commencé à courir à la date de la nomination du séquestre-gérant, que les défendeurs avaient en conséquence le droit de bénéficier du délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 227.1(4) et qu'ils n'étaient donc pas responsables du fait d'autrui en qualité d'administrateurs relativement au montant d'impôt que la société avait omis de remettre—La décision de la Cour de l'impôt tourne autour de l'interprétation de l'art. 227.1(4)—L'art. 227.1 vise à engager la responsabilité du fait d'autrui des administrateurs de compagnies en ce qui concerne les actes ou les omissions de leur compagnie pour ce qui est des retenues d'impôt à la source sur le salaire des employés et de la remise de ces

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

sommes d'argent—La Loi ne précise pas quand l'administrateur de la compagnie cesse d'occuper son poste ou d'être un administrateur pour l'objet limité prévu à l'art. 227.1, qui prescrit la responsabilité du fait d'autrui de l'administrateur relativement à la déduction et à la remise des impôts retenus à la source par la compagnie—La nomination du séquestre-gérant le 28 novembre 1984 n'a pas marqué la date à laquelle les défendeurs ont cessé d'être des administrateurs d'Olympic pour l'application de l'art. 227.1(4)—Le délai de prescription fixé par l'art. 227.1(4) commence à courir lorsque l'administrateur cesse d'occuper sa charge conformément aux règles de droit applicables à la compagnie—La Cour de l'impôt a rendu une décision erronée en ce qui concerne l'application de l'art. 227.1(4)—Si les défendeurs ont démissionné de leur poste d'administrateurs par leur note de service du 25 février 1985, et si cette démission a pris effet plus de deux ans avant que les cotisations ne soient établies le 24 mars 1987, les défendeurs ont le droit de bénéficier du délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 227.1(4)—La détermination de la date de réception de la lettre de démission au siège social de la compagnie constitue un élément décisif en ce qui concerne l'assujettissement des défendeurs à l'impôt—Le document daté du 25 février 1985 a été reçu par le siège social de la compagnie par la remise de ce document par M. Wellburn à la secrétaire de l'avocat, et il s'agit d'une réception au sens de l'art. 154(2) de la Company Act de la Colombie-Britannique—La réception a eu lieu dans les quelques jours qui ont suivi la signature du document lorsqu'il a pris effet et cette date remonte à plus de deux ans avant celle à laquelle les défendeurs ont été imposés, à savoir le 24 mars 1987—L'action en recouvrement intentée contre chacun des défendeurs est prescrite aux termes de l'art. 227.1(4)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 227(10)a) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 123(2)), 227.1(4) (édicte, *idem*, art. 124(1))—Company Act, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 154(2).

CANADA C. WELLBURN (T-820-90, T-821-90, juge MacKay, jugement en date du 21-6-95, 24 p.)

**LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES**

Contrôle judiciaire du refus de la Commission nationale des libérations conditionnelles d'accorder deux permissions de sortir avec surveillance (PSAS)—Le requérant est détenu au pénitencier de Collins Bay—Il n'est admissible à la libération conditionnelle qu'en 2003—Selon l'art. 747 du Code criminel, le requérant ne peut obtenir une PSAS pour des raisons autres que médicales, avant la période de trois ans qui précède le moment de son admissibilité à la libération conditionnelle totale, qu'avec l'agrément de la Commission—En février 1993, la Commission a approuvé une PSAS aux fins de rencontrer un conseiller aux études à temps partiel à l'université Queen's—Au mois de mai, le requérant a demandé deux autres PSAS à des fins éducatives et de

**LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES—Fin**

consultation—La Commission conclut que les permissions demandées pavent la voie à une démarche qui, cumulativement, constitue un programme, ce qui n'est prévu ni par la Loi ni par les politiques et directives de la Commission à une date aussi éloignée de l'admissibilité à la semi-liberté ou à la libération conditionnelle totale—Demande rejetée—La décision de la Commission ne peut être assimilée à une décision selon laquelle les PSAS proposées ne sont pas compatibles avec le plan de traitement correctionnel du requérant, ce que les politiques de la Commission exigent pour qu'une permission de sortir soit accordée, car dans sa décision antérieure, la Commission a reconnu qu'une PSAS à des fins semblables était compatible avec le plan de traitement correctionnel du requérant, et la décision incriminée ne renferme aucune conclusion à l'effet contraire—La Commission a établi des directives concernant les permissions de sortir avec ou sans surveillance—L'évolution progressive de la semi-liberté restreinte vers la libération conditionnelle totale, le tout à l'intérieur des trois ans qui précèdent l'admissibilité à celle-ci, ressort tacitement des politiques en matière de libérations conditionnelles—Cela n'est pas énoncé expressément en ce qui concerne le rôle de la Commission qui consiste à donner son agrément à une PSAS en application de l'art. 747—En l'absence de critères énoncés à l'art. 747, la Commission n'est pas empêchée de tenir compte de ses politiques et directives générales et de les appliquer dans l'évaluation d'une demande de PSAS soumise à son approbation par le requérant en application du Code—Aux termes de l'art. 107, la Commission a toute compétence et latitude en matière de libération conditionnelle et de permission de sortir sans surveillance et, suivant l'art. 747, en ce qui a trait aux PSAS pour lesquelles son agrément doit être obtenu en vertu de cette disposition—L'intervention de la Cour ne serait justifiée que si la Commission avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon manifestement déraisonnable—La décision rendue par la Commission, compte tenu de ses politiques, directives et pratiques générales, n'est pas déraisonnable—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 747 (mod. par L.C. 1992, ch. 20, art. 204, 228)—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 17, 100, 101, 151.

CROOK C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-750-94, juge MacKay, ordonnance en date du 6-10-95, 9 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****PRATIQUE**

Appel est formé contre l'ordonnance par laquelle le protonotaire adjoint a refusé d'accorder une prorogation rétroactive de délai pour permettre aux appelantes de déposer un avis d'appel relativement à une décision du

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

registraire des marques de commerce en date du 31 mars 1995—Le registraire a rejeté l'opposition formée par les appelantes contre la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Molly McButter» présentée au nom de l'intimée, Alberto Culver Co.—Le délai imparti par l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce pour interjeter appel de la décision a expiré le 31 mai 1995—Le 16 juin 1995, les appelantes ont signifié aux intimés un avis de requête visant à obtenir une prorogation rétroactive du délai pour interjeter appel—Le protonotaire adjoint a refusé d'accorder aux appelantes une ordonnance prévoyant une prorogation rétroactive du délai—Les appelantes n'ont pas formé de bonne foi l'intention d'interjeter appel pendant que le droit d'appel existait—Elles n'ont pas démontré qu'elles justifiaient d'une cause défendable—Le protonotaire adjoint n'a pas fondé sa décision sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits—Il n'existait pas de circonstances spéciales—L'intimée n'a pas prétendu avoir subi de préjudice—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 56.

MCDONALD'S CORP. C. ALBERTO-CULVER CO. (95-T-34, juge Richard, ordonnance en date du 15-9-95, 7 p.)

Requête fondée sur l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce pour obtenir l'autorisation d'interjeter appel d'une décision de la Commission des oppositions des marques de commerce en dépit de l'expiration du délai d'appel de deux mois prévu par la Loi—Trois instances concomitantes visent les mêmes marques de commerce, dont deux concernent l'enregistrement des marques «Center Ice» et «Centre Ice»—Centre Ice a déposé un affidavit auprès de la Commission, mais elle l'a signifié à la LNH avec un jour de retard—Elle a tenté de produire l'affidavit en se conformant partiellement à la procédure de présentation d'éléments de preuve supplémentaires—La Commission a rejeté l'opposition de Centre Ice à la demande d'enregistrement de la marque «Center Ice» par la LNH, pour utilisation en liaison avec des vêtements, faute de preuves appuyant les faits allégués—Le 5 décembre 1994, Centre Ice a demandé à la Commission de déclarer sa décision nulle parce qu'elle n'avait pas tenu compte de l'affidavit de M. Jones—Le 16 juin 1995, la Commission a rejeté la requête—La présente requête a été déposée le 28 août 1995—L'art. 56 prévoit qu'un appel peut être interjeté dans les deux mois qui suivent la date à laquelle l'avis de la décision a été expédié—Les principes régissant l'octroi d'une prorogation rétroactive du délai prévu pour interjeter appel d'une décision du registraire des marques de commerce sont: (1) l'appel défendable—Des demandes soulèvent des questions similaires—L'affidavit de M. Jones a déjà été produit dans le cadre d'une demande d'enregistrement présentée par Centre Ice, de même que dans une action en commercialisation trompeuse—Le registraire a rendu sa décision sans

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

avoir l'affidavit de M. Jones, bien qu'il eût été produit la veille—(2) L'intimé ne subira pas de préjudice si la prorogation est accordée car un affidavit similaire lui a déjà été signifié dans une autre demande—(3) Il existait une intention véritable d'interjeter appel le 30 janvier 1995—(4) L'appelant doit avoir une raison valable justifiant le retard—Centre Ice aurait dû produire un avis d'appel au plus tard le 16 août 1995, pourtant, elle ne l'a pas fait, mais a plutôt produit la présente requête le 28 août 1995—Aucune explication n'a été fournie sur la raison pour laquelle l'avis d'appel n'a pas été produit dans les deux mois qui ont suivi l'envoi de la lettre du 16 juin 1995—La requête est rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 56(1)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1308.

CENTRE ICE LTD. C. LIGUE NATIONALE DE HOCKEY (95-T-52, juge Nadon, ordonnance en date du 7-9-95, 11 p.)

**PÉNITENCIERS**

Demande d'annulation des décisions du président indépendant reconnaissant le requérant coupable d'une infraction prévue à l'art. 40f) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et rejetant l'appel—Le requérant, détenu de l'établissement de Mission, est accusé d'avoir agi de manière irrespectueuse ou outrageante envers un membre du personnel au point de compromettre l'autorité de celui-ci—Aperçu pendant qu'il traçait à l'ordinateur un dessin de sorcière et les mots «Andrea», «witch» et «Xmas»—L'agente de gestion des cas par intérim a reçu des images informatiques offensantes représentant une sorcière et des mots semblables—Avis de l'accusation signifié le 23 décembre 1994—À l'audition du 29 décembre, le requérant a plaidé non coupable—Aucune preuve produite—Le requérant a déclaré qu'il était prêt à continuer—Audition reportée au 12 janvier 1995 parce qu'un témoin important n'était pas disponible—L'art. 28 du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition prévoit que l'audition doit être tenue après l'expiration d'un délai de trois «jours ouvrables» après la remise au détenu de l'avis d'accusation—L'art. 41(1) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition prévoit qu'un membre du personnel doit prendre toutes les mesures possibles afin de régler la question de façon informelle—Demande rejetée—(1) Le président indépendant n'a pas perdu sa compétence parce que l'avis d'accusation n'a pas été remis trois jours avant la date fixée pour l'audition, en contravention de l'art. 28—Il n'est pas certain que l'audition n'a pas eu lieu après l'expiration du délai de trois jours—Affirmation selon laquelle l'audition disciplinaire débute, pour l'application de l'art. 28, au moment où le plaidoyer est enregistré (*R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694) n'est pas forcément vraie pour déterminer si une audition est

**PÉNITENCIERS—Fin**

tenue en conformité avec l'art. 28—Même si le tribunal disciplinaire n'a pas respecté une règle de procédure, il faut quand même se demander si le manquement était grave au point de faire perdre la compétence—Le préjudice subi par le requérant entre en considération—Que le délai ait ou non été respecté, le requérant n'a subi aucun préjudice—(2) L'argument relatif à l'art. 41 n'ayant pas été invoqué à l'audition et aucune preuve n'ayant été produite à ce sujet, rien ne permet de statuer que le président indépendant était sans compétence—(3) L'absence de signature sur la première ligne de la section «décision prise» du rapport d'infraction constitue une irrégularité de procédure qui n'a causé aucun préjudice au requérant—Rapport d'infraction autorisé par le directeur de l'établissement ou un agent désigné—(4) Rien ne permet de modifier la conclusion de fait du président indépendant portant que la communication était adressée à un membre du personnel—(5) Le requérant a eu la possibilité de présenter des observations au sujet des peines—(6) Le fait pour le président indépendant de poser des questions afin d'être en mesure de statuer correctement ne porte pas atteinte au droit à une audition équitable—Les procédures disciplinaires des pénitenciers ne sont pas accusatoires, mais tiennent de l'enquête—(7) Le président indépendant n'a pas refusé de statuer sur la requête en rejet mais l'a déclarée prématurée—Le requérant a eu amplement l'occasion, après la présentation de toute la preuve des deux parties, de faire valoir que la preuve présentée au soutien de l'infraction était insuffisante—(8) Prescriptions relatives à l'équité respectées même si un témoin a été cité après le témoignage du requérant puisque le requérant était présent, a entendu la preuve et a eu la possibilité de citer d'autres témoins—(9) Le requérant n'a pas été privé du droit à l'assistance d'un avocat mais de la possibilité d'avoir recours à l'assistance d'un autre détenu qui avait fait son droit avant d'être incarcéré—Le requérant savait qu'il pouvait consulter un avocat—(10) Les vices de procédure ne constituent pas une négation des garanties prévues à l'art. 7 de la Charte, savoir que les procédures se déroulent en conformité avec les principes de justice fondamentale—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 28—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 40f), 41(1)—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), annexe II, n° 44], art. 7.

HANNA C. ÉTABLISSEMENT DE MISSION) (T-950-95, juge Rouleau, ordonnance en date du 12-10-95, 12 p.)

**PENSIONS**

Demande de contrôle judiciaire de la conclusion de la Commission d'appel des pensions selon laquelle un comité



**PENSIONS—Fin**

de révision avait compétence pour examiner et modifier une décision prise par le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en application de l'art. 66(4) du Régime de pensions du Canada—En 1990, le requérant avait demandé des prestations d'invalidité, signalant dans sa demande au ministre qu'en 1981 et 1982, des fonctionnaires du Ministère lui avaient fourni des avis erronés sur son admissibilité aux dites prestations—Le ministre avait fait enquête et conclu que l'allégation concernant les avis erronés était injustifiée—En appel devant un Comité de révision, la majorité a conclu (1) que le Comité avait compétence pour entendre l'appel, (2) que le ministre avait eu tort de conclure que le requérant n'avait pas obtenu des avis erronés et de refuser de lui verser des prestations—Le Comité a par la suite ordonné que les prestations d'invalidité soient versées au requérant à compter d'avril 1982, date où les avis en question avaient été donnés—La Commission a fait droit à l'appel de la décision du Comité au motif que ni le Comité ni la Commission n'avaient compétence pour entendre un appel—Demande a été rejetée—Rien n'est prévu dans la Loi au sujet des appels interjetés auprès du Comité et au sujet du droit de ce dernier d'entendre un appel d'une décision du ministre en vertu de l'art. 66(4)—La Loi ne confère pas de droit d'appel au Comité ni le droit d'entendre un appel à ce dernier, lesquels droits doivent être expressément accordés par la Loi—Toutefois, une décision du ministre demeure soumise à un examen devant la Section de première instance de la Cour fédérale—Régime de pensions du Canada, L.R.C. [1985], ch. C-8, art. 66(4) [édicte par L.C. [1991], ch. 14, art. 1].

PINCOMBE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(A-675-94, juge en chef Isaac, jugement en date du  
5-10-95, 4 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES**

Requête d'ordonnance enjoignant aux bandes demanderes- ses de produire tous les documents et de répondre aux questions posées à l'interrogatoire préalable au sujet des placements et des dépenses qu'elles effectuent—Les deman- deurs s'opposent à la requête pour le motif qu'elle n'a rien à voir avec les actions—La bande demanderesse de Samson sollicite une ordonnance radiant le paragraphe 31 de la défense modifiée des défendeurs en se fondant sur la Règle 419 (1)a) à f)—Les trois parties demanderesses allèguent que Sa Majesté a violé les obligations de fiduciaire ou d'administrateur qui lui incombent en *equity* et en common law ainsi qu'en vertu des lois, des traités et de la Constitu- tion, ce qui leur a causé un préjudice—Les seules alléga- tions pertinentes se rapportent à l'administration par Sa Majesté de l'argent reçu au titre des redevances de la production de pétrole et de gaz sur les terres des réserves, lequel a subséquentement été conservé par Sa Majesté au

**PEUPLES AUTOCHTONES—Suite**

compte du Trésor (le Trésor)—Les demandes de commu- nication des défendeurs seraient fondées sur la pertinence, conformément au critère énoncé dans l'arrêt *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Co. (1988)*, *Baker Marine Co. et Gaz Inter-Cité Québec Inc. (1988)*, 25 F.T.R. 226 (C.F. 1<sup>re</sup> instance)—Les document doivent être produits et l'interrogatoire préalable doit avoir lieu de façon à permettre à la partie qui demande des renseignements de renforcer sa propre preuve ou d'affaiblir celle de son adversaire ou, d'une façon générale, de faire la lumière sur l'affaire—Les demandeurs soutiennent essentiel- lement que les renseignements demandés dans la requête de Sa Majesté n'ont rien à voir avec les questions d'argent qu'ils ont invoquées—Quels que puissent être les placements effectués ou les objectifs visés, ou encore les dépenses engagées par les bandes relativement à leur propre argent, il n'y a aucun lien, aucun rapport, entre ceux-ci et la responsabilité ou les dommages allégués dans les plaidoiries des demandeurs—La seconde prétention des défendeurs, à savoir que les placements effectués par les demandeurs sont pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si le taux de rendement des sommes versées au Trésor était raisonnable, est contraire au principe bien établi selon lequel le fiduciaire doit satisfaire à une norme de diligence, qui est définie, en droit, selon un fondement objectif, et compte tenu de toute preuve qui peut être présentée par les experts ou d'une autre façon au sujet de ce qu'est une norme raisonnable de diligence—Les actions, le succès ou l'échec de ces bandes, les normes auxquelles elles se sont conformées dans l'admin- istration de leur propre argent n'ont clairement rien à voir avec la détermination de ce qu'est une norme raisonnable de diligence par rapport à laquelle Sa Majesté doit être jugée en l'espèce—Le rendement obtenu sur les placements que les demandeurs ont effectué à l'aide de leur propre argent n'a rien à voir avec la question de savoir si Sa Majesté a violé son obligation fiduciaire en omettant de remettre les sommes détenues au compte du Trésor au bénéfice des bandes de Samson et d'Enoch, sinon également de la bande d'Ermineskin—Cela n'a rien à voir avec l'évaluation des dommages-intérêts—Lorsqu'un fiduciaire viole l'obligation qui lui incombe, et que pareille obligation entraîne un dommage ou une perte, la mesure des dommages-intérêts est la restitution—La restitution ne se rapporte pas simplement à la perte au compte en capital ou à la perte de biens, mais aussi à la perte attribuable à la privation de jouissance de ces biens—L'ordonnance rejetant la demande des défendeurs doit être versée séparément dans les trois dossiers concer- nant les trois actions distinctes que chacune des demanderesses a intentée—Les demandeurs Samson soutiennent, en ce qui concerne la Règle 419(1)a), que le paragraphe 31 de la défense ne révèle pas de défense raisonnable—La mention au paragraphe 31 du fait que les demandeurs auraient obtenu par le passé des rendements moins favorables que ceux des autres fonds détenus par Sa Majesté ne soulève pas une défense raisonnable ou une défense soutenable—Le paragra-

## PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

phe 31 n'est pas essentiel au sens de la Règle 419(1**b**), il est futile au sens de la Règle 419(1**c**); il doit être radié—Il est fait droit à la requête des demandeurs—Le même raisonnement et la même conclusion s'appliquent au paragraphe 30 de la défense dans l'action de la bande Enoch et au paragraphe 32 de la défense dans l'action de la bande Ermineskin—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

NATION ET BANDE INDIENNE DE SAMSON C. CANADA (T-2022-89, T-1386-90, T-1254-92, juge MacKay, ordonnances en date du 6-7-95, 14 p.)

## PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET  
INTERROGATOIRE PRÉALABLE*Production de documents*

Appels et appel incident contre des ordonnances du protonotaire adjoint mettant Sa Majesté la Reine et le surintendant hors de cause dans les appels, et ordonnent que tous les documents dont le ministre a tenu compte pour prendre sa décision soient ajoutés au dossier conjoint conformément à la Règle 1305—Requête de l'intimé visant à surseoir à l'ordonnance datée du 25 janvier 1995 jusqu'à l'issue des appels et de l'appel incident—La requérante (Sovereign) était une institution financière à charte fédérale autorisée à exercer son activité dans chaque province et chaque territoire du pays—Le 21 décembre 1992, le ministre des Finances a, conformément à l'art. 680(2**c**) de la Loi sur les sociétés d'assurances, donné au surintendant des institutions financières l'ordre de prendre le contrôle de Sovereign—Sovereign a déposé un avis d'appel—Un différend s'est élevé entre les parties au sujet du contenu du dossier conjoint et de l'identité des véritables parties à l'appel—Aux termes de la Loi sur les sociétés d'assurances, le Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF) a le mandat de surveiller les opérations des sociétés d'assurances afin de détecter tout problème de solvabilité, de liquidité ou d'observation de la Loi—Le BSIF a commencé à surveiller les activités de Sovereign de plus près à compter du printemps de 1991—Le surintendant a fait rapport au ministre, lui indiquant qu'il estimait que Sovereign n'avait pas un actif suffisant, compte tenu de toutes les circonstances, pour assurer une protection adéquate à ses créanciers et souscripteurs, et que Sovereign ne pourrait honorer à l'échéance ses engagements—En janvier 1993, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a, sous le régime de l'art. 160(1) de la Loi sur les liquidations, déclaré que Sovereign était réputée insolvable—Les ordonnances ou décisions du protonotaire peuvent, aux termes de la Règle 336(5), être portées en

## PRATIQUE—Suite

appel—Dans l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425, la Cour d'appel fédérale a énoncé la norme de révision applicable aux ordonnances discrétionnaires du protonotaire—Le protonotaire n'a commis aucune erreur en mettant le surintendant hors de cause car les décisions ou rapports de ce dernier ne sont pas susceptibles d'appel en application de l'art. 702—La Règle 1305**b**) renferme les mots «toutes les pièces pertinentes, en ce qui concerne l'affaire soumise au tribunal ... qui sont en la possession ou sous le contrôle du tribunal», tandis que l'on trouve à la Règle 1402(1**b**) les mots «tous les documents pertinents à l'affaire qui sont en la possession ou sous le contrôle du tribunal»—Il n'y a pas de différence véritable entre les deux libellés—En plus d'être pertinents en ce qui concerne la question soumise au tribunal, les documents demandés doivent avoir été présentés au tribunal ou mis à sa disposition—Les seuls documents qui sont visés par la Règle 1305**b**) sont ceux qui ont été soumis au ministre par Sovereign, par le surintendant et par le ministre d'État—Les documents demandés par Sovereign qui n'ont pas été présentés au ministre ni mis à sa disposition ne sont pas des «pièces pertinentes, en ce qui concerne l'affaire soumise au tribunal»—Le protonotaire a commis une erreur en ordonnant que soient ajoutés au dossier conjoint des documents dont le ministre n'a pas tenu compte—L'ordonnance était «manifestement erronée»—Le protonotaire ne pouvait pas ordonner l'adjonction de documents que le ministre n'a pas eu sous les yeux—Les seuls documents qui doivent être ajoutés au dossier conjoint sont ceux qui forment les pièces A et B de l'affidavit de Nick Le Pan—Pour que la règle des «lacunes» soit applicable, il faut qu'il y ait une «lacune» dans les Règles—Il n'y a pas de lacune—La divulgation de documents devant la Cour fédérale est limitée aux actions au sens de la Règle 2—Les parties ne sont pas autorisées par les Règles à demander la production de documents dans un appel prévu par la loi—L'absence d'un mécanisme de divulgation au chapitre C des Règles est intentionnelle et n'est pas une omission—Il n'existe pas de lacune qui autorise la Cour à se reporter aux Règles de l'Alberta—Le protonotaire a commis une erreur en ordonnant à l'intimé de déposer un affidavit—La règle des lacunes ne permet pas l'interrogatoire préalable de représentants du surintendant et du ministre, car il n'existe pas de lacune dans les Règles—L'intimé subirait un préjudice s'il n'était pas sursis à l'ordonnance du 25 janvier 1995—Il est sursis à l'ordonnance du protonotaire, *nunc pro tunc*, jusqu'à l'issue des appels et de l'appel incident—Loi sur les sociétés d'assurances, L.C. 1991, ch. 47, art. 680(2**c**), 702—Loi sur les liquidations, L.R.C. (1985), ch. W-11, art. 160(1)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 2, 5, 336(5), 1305**b**), 1402(1**b**).

SOVEREIGN LIFE INSURANCE COMPANY C. CANADA (MINISTRE DES FINANCES) (T-3105-92, juge Nadon, ordonnance en date du 29-8-95, 31 p.)

## PRATIQUE—Suite

Requête sollicitant la radiation de l'affidavit de documents, la désignation des passages pertinents des documents concernant les antériorités, la désignation par les défendeurs des parties des actes de procédure auxquelles se rapporte chaque passage—Le litige concernait un dispositif optique utilisé dans les scieries pour mesurer l'épaisseur du bois d'œuvre—Les défendeurs ont fourni un imposant affidavit comprenant 1 900 documents—La Règle 448 énonce la règle de base régissant la divulgation de documents—Le critère applicable ne veut pas que le document soit manifestement pertinent, mais plutôt qu'il puisse être pertinent, la pertinence devant être appréciée en bout de ligne par le juge du procès—Le critère de la pertinence ne peut donner lieu à l'exercice du pouvoir discrétionnaire—La détermination des documents auxquels les parties ont droit constitue une question de droit et n'est pas de nature discrétionnaire—Dès qu'il y a apparence de pertinence, le document doit être produit et c'est au juge qui préside l'instruction qu'il appartient de se prononcer de façon définitive à cet égard—Il n'y a pas eu inclusion insouciance de documents non pertinents—Les défendeurs ont décrit la méthode utilisée pour trouver des documents établissant des antériorités pertinentes, des brevets antérieurs et le caractère évident—La méthode de recherche utilisée semblait raisonnable—L'art. 448(2) des Règles exige que les documents soient décrits de façon suffisamment détaillée pour qu'il soit possible de déterminer de quels documents il s'agit—Il n'est pas nécessaire que les défendeurs fournissent des précisions concernant les documents pour se limiter, parmi ceux qu'ils ont produits, à ceux sur lesquels eux et leur expert s'appuieront en bout de ligne—Les défendeurs n'avaient d'autre choix que d'inclure dans leur liste les documents pertinents démontrant l'existence d'antériorités, de brevets antérieurs et le caractère évident—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 448.

DYNAMIC CONTROL SYSTEMS C. NEWNES MACHINE LTD. (T-781-93, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 28-8-95, 8 p.)

Requête sollicitant la production de documents, détails et renseignements en suspens exigés pendant l'interrogatoire préalable du demandeur en mars 1995—La requérante voulait aussi obliger le demandeur à se soumettre pour la suite de l'interrogatoire préalable—L'action découlait des blessures subies par le demandeur, un pilote du canal de Panama, lorsqu'une amarre métallique d'urgence s'est décrochée et est revenue brusquement vers le bateau, blessant le demandeur—Le demandeur avait-il le devoir d'obtenir des renseignements et des documents auprès de tiers?—Une personne physique qui se prépare à son interrogatoire préalable est tenue de se renseigner sur des questions connues de ses employés et agents—Elle n'a pas l'obligation de faire enquête auprès de tiers sur lesquels elle n'a aucune

## PRATIQUE—Suite

emprise—Le demandeur n'avait aucune obligation de faire ces enquêtes—En ce qui a trait à la divulgation de documents, le critère applicable est celui de la pertinence—Lorsqu'un lien de mandant à mandataire existe entre la partie à qui on demande de produire des documents et la personne qui les a en sa possession, ce lien peut emporter la possession et le contrôle—Les dossiers d'hôpitaux et dossiers médicaux exigés par les défendeurs étaient en la possession de personnes ou d'établissements à l'extérieur du Canada—Le demandeur devait produire ces documents—Demande n° 4: détails concernant la négligence—Les défendeurs avaient le droit de connaître la preuve qu'ils devaient réfuter, de fixer une limite au caractère général des actes de procédure et de lier les mains du demandeur—Certaines allégations de négligence, combinées aux précisions figurant dans la lettre du 24 mai 1995, étaient assez claires—La lettre ne traitait pas adéquatement d'autres allégations—Les défendeurs pouvaient poser des questions au demandeur en lui demandant de révéler tous les faits dont il avait connaissance et de les informer de tout fait additionnel connu hormis ceux déjà divulgués—Demande n° 9: production des résultats de la TACO—Ces documents se trouvaient sous le contrôle de tiers—On a exigé du demandeur qu'il fournisse une autorisation permettant la production de ces documents—Demande n° 10: documents concernant l'examen de l'ouïe—Documents relatifs à la possibilité d'une perte auditive progressive qui aurait entraîné la retraite anticipée du demandeur en sa qualité de marin—Les défendeurs pouvaient toujours demander une série de rapports afin de déterminer si une perte auditive progressive était possible—Le demandeur a été tenu de remettre aux défendeurs les autorisations valables leur permettant d'essayer d'obtenir ces éléments—Demande n° 11: temps supplémentaire—Le demandeur devait préciser sa demande au titre du temps supplémentaire pour la période au cours de laquelle il avait travaillé au bureau du capitaine du port, en contrepartie de son salaire régulier, sans majoration pour heures supplémentaires—Question n° 17: notes cliniques de D' Kelly—Le demandeur l'a consulté relativement aux blessures qu'il avait subies à l'épaule droite et au genou gauche lors de l'accident—Le demandeur a produit deux pages d'un rapport dactylographié et une page de notes de D' Kelly—Le demandeur n'a pas été tenu de faire de nouvelles demandes de renseignements—Demande n° 19: détails concernant l'accident survenu en 1991—Le demandeur devait fournir une autorisation permettant aux défendeurs de demander à la Panama Canal Commission ses dossiers d'employé établissant la date de l'incident impliquant le navire de transport de produits chimiques et ceux relatifs à tout accident survenu en décembre 1991—Requête accueillie en partie.

FERGUSON C. ARCTIC TRANSPORTATION LTD. (T-1941-93, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 14-7-95, 12 p.)

**PRATIQUE—Suite**

Une tierce partie cherche à obliger les demanderesse à produire des affidavits de documents en vertu de la Règle 448(1)—La Règle 448(1) prévoit que chaque partie à une action dépose un affidavit de documents—Une action intentée par une partie défenderesse contre une tierce partie est distincte et indépendante de l'action principale entre la partie demanderesse et la partie défenderesse—Les actions visant une tierce partie sont jointes à l'action principale pour plus de commodité—Il importe de prendre en considération la nature de la procédure particulière qui met en cause une tierce partie—Dans la présente affaire, il n'y a aucun lien entre les demanderesse et la tierce partie—La tierce partie n'a pas cherché à obtenir le droit de déposer une défense contre la demande engagée par les demanderesse contre les défendeurs—Une tierce partie ne peut obliger une partie demanderesse à déposer un affidavit en vertu de la Règle 448(1) que dans le cas où elle a obtenu le droit de défendre l'action de la partie demanderesse contre la partie défenderesse—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 448 (mod. par DORS/90-846, art. 15).

MITSUI & CO. (CANADA) LTD. C. ICEPEARL SHIPPING CO. (T-675-94, juge Reed, ordonnance en date du 12-10-95, 3 p.)

**FRAIS ET DÉPENS**

Le requérant demande que les dépens de la demande de contrôle judiciaire soient adjugés sur la base procureur-client—La Règle 1618 de la Cour fédérale prescrit qu'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—Le but de la Règle 1618, qui s'écarte du principe général selon lequel les dépens suivent l'issue de l'instance, est d'assurer à une personne visée par une décision défavorable rendue par un décideur fédéral le droit de contester cette décision devant la Cour fédérale sans courir le risque d'être ruiné par les frais engagés si elle n'obtient pas gain de cause—Les dépens ont été adjugés pour des raisons spéciales dans les cas où les actions n'étaient pas fondées ou lorsqu'une conduite particulière justifiait l'imposition des dépens—La Cour ne peut accepter la suggestion selon laquelle le bureau des visas à New Deli a délibérément retardé l'étude de la demande et a modifié arbitrairement la politique dans le seul but de frustrer le requérant—La décision de ne pas traiter la demande de résidence permanente selon le nouveau Règlement, quand l'avocat du requérant en a fait la demande, était une erreur, mais ce ne sont pas toutes les erreurs qui donnent droit à une adjudication de dépens—Une telle interprétation aurait pour effet d'enlever tout son sens et tout son effet à la Règle 1618—Bien que la demande de contrôle judiciaire ait été accueillie, avec le consentement de l'intimé, il n'y aura pas d'adjudication de dépens—Règles de la Cour fédérale,

**PRATIQUE—Suite**

C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

LADIWALA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4189-94, juge Cullen, ordonnance en date du 11-10-95, 3 p.)

Requête en vue d'annuler la décision du protonotaire adjoint qui a accordé à la requérante (intimée dans la présente requête) les dépens, sur la base procureur-client, à la suite du rejet d'une action en radiation de marque de commerce—Le protonotaire était saisi de toute la preuve pertinente et avait une connaissance approfondie du dossier—L'instruction de l'action en radiation de marque de commerce avait été fixée au mois de décembre 1994—L'intimée a intenté une procédure pour abandonner volontairement l'enregistrement des marques de commerce contestées—L'action en radiation de marque de commerce de la requérante a été rejetée—L'intimée a demandé de nouveaux enregistrements pratiquement identiques aux marques abandonnées—La requérante a contesté la validité de l'enregistrement des marques de commerce détenues par l'intimée, elle a eu gain de cause dans toutes les procédures intentées et les dépens lui ont été adjugés soit selon l'issue de l'instance, soit quelle que soit l'issue de l'instance—L'intimée a ignoré totalement l'ordonnance relative aux dépens—La décision du protonotaire est appuyée par la Règle 344(3)—Le jugement rendu dans l'arrêt *Bhatnager c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 315 (1<sup>re</sup> inst.), signifie que la date de la conduite reprochée est l'un des facteurs à prendre en considération dans l'adjudication des dépens sur la base procureur-client—L'inclusion, dans une ordonnance émise à l'issue d'une requête interlocutoire, d'une clause énonçant que les dépens suivront l'issue de l'instance, ou seront versés à telle partie quelle que soit l'issue de l'instance, n'est pas une ordonnance quant à l'échelle à utiliser pour le calcul de ces dépens—Ces ordonnances ont pour seul objet d'identifier la partie à qui les dépens seront adjugés—Il est toujours loisible à la Cour, à la fin de l'instance, de déterminer quelle échelle doit s'appliquer—La Règle 344 répond entièrement aux arguments de l'intimée—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale C.R.C., ch. 663, Règle 344 (éditée par DORS/87-221, art. 2).

KERAMCHEMIE GMBH C. KERAMCHEMIE (CANADA) LTD. (T-1474-93, juge Reed, ordonnance en date du 30-8-95, 5 p.)

**MODIFICATION DES DÉLAIS**

Action intentée en mai 1989—Défense déposée en juillet 1989—En juin 1995, une requête en vue du rejet de l'action pour défaut de poursuivre a été rejetée, mais l'ordonnance enjoignait aux demandeurs de nommer un

## PRATIQUE—Suite

avocat au plus tard le 8 août et de déposer et signifier l'affidavit de documents au plus tard le 23 août, afin que les interrogatoires préalables soient terminés le 21 novembre 1995—Ordonnance rédigée en termes péremptoires et impératifs—Les demandeurs cherchent maintenant à déposer leur affidavit de documents avec plus d'un mois de retard—(1) Aucun juge n'a le pouvoir de refuser d'entendre une requête au motif qu'une ordonnance rédigée en termes péremptoires et impératifs empêche d'accorder toute autre prorogation de délai dans toutes les circonstances—L'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Le Norango*, [1976] 2 C.F. 264 (C.A.), a statué qu'aucun juge ne peut s'empêcher lui-même ou empêcher d'autres juges d'exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par la Règle 3(1)c—La Cour a le pouvoir de proroger le délai lorsqu'une ordonnance péremptoire (sauf ordre contraire) a été rendue, mais non respectée, mais ce pouvoir doit être exercé avec prudence et en tenant dûment compte de la nécessité de respecter le principe selon lequel les ordonnances sont faites pour être suivies et non pas ignorées: *Samuels v. Linzi Dresses Ltd.*, [1981] Q.B. 115 (C.A.)—(2) Les demandeurs n'ont pas établi de motif suffisant pour une nouvelle prorogation de délai—Le fait que leur nouvel avocat était en vacances n'est pas une excuse valable: *Chin c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 69 F.T.R. 77 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—L'affidavit n'indique pas à quelle date la liste des demandeurs a été remise à l'avocat ni si des mesures ont été prises pour accélérer la production des documents—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 3(1)c.

SYMBOL YACHTS LTD. C. PEARSON (T-1117-89, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 16-10-95, 6 p.)

## OUTRAGE AU TRIBUNAL

Les défendeurs sont accusés d'outrage au tribunal pour n'avoir pas livré à la demanderesse ou détruit sous serment toute enseigne contrevenant à l'injonction rendue le 31 octobre 1994—La demanderesse est titulaire de droits exclusifs sur les marques de commerce «Penthouse»—Le protonotaire adjoint a enjoint aux défendeurs d'exposer les raisons pour lesquelles ils ne devraient pas être condamnés pour outrage au jugement rendu le 31 octobre 1994 par le juge Teitelbaum—La demanderesse a-t-elle prouvé l'outrage hors de tout doute raisonnable?—Elle a fait témoigner un détective privé qui a pris six photos des locaux des défendeurs, deux avant le jugement du 31 octobre 1994 et quatre le 1<sup>er</sup> mars 1995—La requête verbale en déboutelement n'est pas applicable en matière d'outrage au tribunal—La demanderesse doit prouver hors de tout doute raisonnable que la partie défenderesse n'a pas respecté les conditions de

## PRATIQUE—Suite

l'injonction—La procédure prévue par la Règle 355(4) comporte deux volets—Premièrement, une demande est présentée afin d'obtenir une ordonnance qui enjoint à la personne en cause d'exposer pourquoi elle ne devrait pas être reconnue coupable d'outrage au tribunal—La partie requérante doit offrir une preuve *prima facie* de l'outrage—Le protonotaire adjoint était convaincu que la demanderesse avait prouvé *prima facie* les faits allégués, au moyen d'un affidavit—Deuxièmement, la culpabilité du défendeur doit être établie en fonction de la norme de preuve hors de tout doute raisonnable applicable en droit pénal—La *mens rea*, l'intention ou la bonne foi n'est pas prise en considération pour statuer en matière d'outrage au tribunal—Les défendeurs ont «détruit» l'enseigne de la fenêtre en l'enlevant, même si le défendeur Savard n'a pas produit d'affidavit à cet effet—Ils n'ont pas «détruit» les enseignes en y dissimulant, en totalité ou en partie, à l'aide de ruban, le nom «Penthouse»—Le sens implicite du mot «détruire» est de démolir, de rendre inutilisable ou d'altérer au point d'empêcher toute remise en état—Les défendeurs ont omis de livrer les enseignes incriminées, ou de les détruire, commettant ainsi un outrage au tribunal à l'égard du jugement du 31 octobre 1994—La bonne foi ou l'absence de *mens rea* sont prises en considération pour déterminer la peine—Les défendeurs n'ont pas délibérément tenté de contrevenir au jugement de la cour daté du 31 octobre 1994—La défenderesse 163564 Canada Inc. est condamnée à une amende de 250 \$—Le défendeur Savard est condamné à une amende de 750 \$—Les défendeurs, individuellement ou collectivement, sont tenus de payer les frais et débours de la demanderesse dont le montant est fixé à 6 907,60 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 355(4).

PENTHOUSE INTERNATIONAL LTD. C. 163564 CANADA INC. (T-1479-93, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 21-7-95, 13 p.)

## PARTIES

*Intervention*

Demande d'intervention présentée au nom de l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada—L'intérêt manifeste de l'Institut dans l'issue de la demande de contrôle judiciaire ne constitue pas, en droit, une raison pour l'autoriser à intervenir et à participer à l'instance—L'entente privée conclue entre l'Institut et le requérant ne fait pas naître d'intérêt dans le litige qui oppose les parties—De plus, l'intérêt de l'Institut, qui est essentiellement le même que celui des intimés, est déjà adéquatement représenté—La Cour n'est pas convaincue qu'elle sera mieux à même de trancher les questions en litige si l'intervention sollicitée est autorisée: *Solosky c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 609 (C.A.) et *Schofield and Minister of Consumer and Commercial*

**PRATIQUE—Suite**

*Relations, Re* (1980), 28 O.R. (2d) 764 (C.A.)—La demande est rejetée.

MUSÉE CANADIEN DE LA NATURE C. BÉLANGER (T-1949-94, juge Pinard, ordonnance en date du 22-9-95, 2 p.)

**PLAIROIRIES***Modifications*

Requête des demandeurs en vue d'obtenir des modifications à la déclaration et à la défense, la radiation d'une partie de la demande reconventionnelle, un changement de parties et l'interrogatoire préalable de personnes qui n'étaient pas parties—L'action découlait de l'élection contestée du conseil de bande tenue le 29 mars 1994 et de l'usurpation subséquente des postes de chef et de membres du conseil par une faction dissidente comprenant l'ancien chef et d'anciens membres du conseil—Les demandeurs soutenaient que trois personnes, dont on alléguait qu'elles avaient motivé les défendeurs à agir, devaient être ajoutées en qualité de parties—Robert Heinrich a cessé d'être partie à l'instance parce qu'en obligeant un demandeur à participer à l'action contre son gré, on n'aurait que compliqué davantage l'instance—Il est demeuré responsable envers les défendeurs des frais engagés jusqu'alors—Les demandeurs ont demandé la radiation des paragraphes 12, 13 et 14 de la demande reconventionnelle en vertu de l'art. 419(1)(b),c) et d) des Règles parce qu'ils n'étaient pas essentiels ou qu'ils étaient redondants, scandaleux, futiles ou vexatoires, ou susceptibles de causer préjudice, de gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action—La prétendue destruction fautive des bulletins de vote par un candidat qui a gagné l'élection, si elle est prouvée, n'est pas une mince affaire—Les dispositions de la demande reconventionnelle contestées par les demandeurs ne devaient pas être radiées car il n'était pas manifeste qu'elles n'avaient aucune chance de donner un résultat positif—L'avocat des demandeurs soutenait que les parties qui avaient motivé les défendeurs à agir, Theresa Dennis, John Terbasket et Gloria Bent, devraient être constituées parties à leur place—L'ajout de ces parties n'était pas «nécessaire pour assurer qu'on pourra valablement et complètement juger toutes les questions en litige dans l'action et statuer sur elles» comme l'exige l'art. 1716(2)(b)—Il n'y avait aucun avantage à joindre un nouveau groupe de défendeurs à une instance qui, en ce qui a trait aux demandeurs, pourrait très bien être déjà théorique—Il n'y avait aucun consentement écrit de la part des nouveaux défendeurs à devenir demandeurs reconventionnels comme l'exige l'art. 1716—La substitution des défendeurs n'a pas été autorisée—Les demandeurs demandaient la modification de la Déclaration pour y ajouter une demande de dépens contre les défendeurs proposés—L'art. 344(1) des Règles autorise la Cour fédérale à adjuger les dépens contre

**PRATIQUE—Suite**

des personnes qui ne sont pas parties à l'instance—La preuve par affidavit ne démontrait pas que les défendeurs proposés constituaient véritablement des parties au litige—La demande de dépens a été rejetée au vu de la preuve produite par les demandeurs—La Cour n'a pas ordonné l'interrogatoire préalable de Theresa Dennis ou de John Terbasket, qui n'étaient pas parties à l'instance—Le critère à appliquer pour permettre pareil interrogatoire préalable est celui énoncé à l'art. 456(8) des Règles—La personne interrogée doit tirer un bénéfice de l'action—Distinction entre un bénéfice immédiat et un bénéfice final—Les documents ne faisaient état d'aucun intérêt immédiat qu'auraient eu les défendeurs proposés—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344, 419, 456, 1716.

BANDE INDIENNE DE LOWER SIMILKAMEEN C. ALLISON (T-1690-94, notaire Hargrave, ordonnance en date du 19-7-95, 13 p.)

**REJET DES PROCÉDURES***Défaut de poursuivre*

Six défendeurs demandent la radiation de la déclaration, pour abus de procédure—La déclaration déposée devant la Cour du banc de la Reine de l'Alberta montre que la cause d'action est la même, c.-à-d. une perte par suite d'un comportement des défendeurs allant à l'encontre de la partie VI de la Loi sur la concurrence, à savoir un complot pour restreindre, indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu dans les services d'ambulance en Alberta—En invoquant la Règle 244.1(1) des règles judiciaires de l'Alberta, l'Alberta Ambulance Operators' Association et Carol Stewart ont demandé et obtenu le rejet de l'action devant la Cour du banc de la Reine—L'action devant la Cour du banc de la Reine a été rejetée en ce qui a trait à l'Association et à Stewart, et abandonnée en ce qui a trait à tous les autres défendeurs—La demanderesse a intenté la présente action en invoquant l'art. 36 de la Loi sur la concurrence—L'on ne peut invoquer le principe de la chose jugée lorsqu'il n'y a pas eu de jugement sur le fond dans la première action—La présente action ne constitue pas un moyen pour contourner la Règle 244.1(1)—Si la Cour fédérale est aussi compétente, il est loisible d'intenter une deuxième action devant cette Cour—L'engagement par la demanderesse de la présente action devant la Cour ne constitue pas un abus de procédure—La requête est rejetée—Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, R. 244.1(1) (édicte par Alta. Reg. 160/93, art. 16; 234/94, art. 2.)—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 36.

LIFVIEW EMERGENCY SERVICES LTD. C. ALBERTA AMBULANCE OPERATORS' ASSN. (T-1119-95, juge Rothstein, ordonnance en date du 12-9-95, 7 p.)

**PRATIQUE—Fin****REPRÉSENTATION PAR PROCUREUR OU SOLICITOR**

Requête présentée en vertu de la Règle 300(2) en vue de l'obtention d'une ordonnance autorisant l'entreprise demanderesse à être représentée par M. Richard Sharpe au lieu d'un avocat—L'entreprise se trouvait dans une situation financière affaiblie à cause d'un différend avec les Douanes qui durait depuis quatre ans, et l'entreprise n'était pas en mesure de payer les services d'un représentant juridique—Depuis la modification apportée en 1990, la partie requérante doit faire la preuve qu'il existe des circonstances spéciales permettant à la Cour d'accorder l'autorisation demandée en vertu de la Règle 300(2)—Lorsqu'un administrateur semble raisonnablement capable de représenter une compagnie démunie, il ne faudrait pas empêcher que celle-ci défende sa cause en Cour—Le personnel du greffe pouvait prêter assistance pour les questions de nature procédurale—L'avocat de l'intimée était prêt à collaborer avec M. Sharpe—Ces facteurs étaient suffisants pour constituer des circonstances spéciales—La requête a été accueillie—Règle de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 400(2) (mod. par DORS/90-846, art. 3).

SHARPE'S TROPICAL SHELL CO. C. CANADA (T-1123-95, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 27-7-95, 4 p.)

**TRANSPORTS**

Demande de contrôle judiciaire d'un décret du gouverneur général en conseil modifiant, en vertu de l'art. 64 de la Loi de 1987 sur les transports nationaux (Loi sur les transports), une décision de l'Office national des transports qui refusait l'augmentation des tarifs de pilotage proposée par l'Admi-

**TRANSPORTS—Fin**

nistration de pilotage des Laurentides—Le décret augmentait de 8,9 pour cent les droits de pilotage de l'APL—La demande de contrôle judiciaire est rejetée—Le gouverneur en conseil a compétence pour annuler ou modifier, en vertu de l'art. 64 de la Loi sur les transports, une décision prise par l'ONT en vertu des art. 34 et 35 de la Loi sur le pilotage—Aucune intention n'est manifestée par le législateur de limiter la portée de l'art. 64 aux seules décisions prises aux termes de la Loi sur les transports—La procédure suivie en l'espèce par le gouverneur en conseil n'a pas enfreint les droits constitutionnels des requérantes—Le pouvoir de révision du gouverneur en conseil, lorsque considéré de pair avec celui qui, en tout état de cause, lui permet d'approuver ou de refuser une modification tarifaire, fait en sorte que le pouvoir qu'il exerce à l'égard des tarifs est manifestement législatif et n'entraîne pas l'obligation de respecter l'équité dans la procédure—L'augmentation n'est pas injuste, déraisonnable, contraire à l'intérêt public et partant illégale car le gouverneur général en conseil a entière discrétion dans la mesure où il respecte les limites fixées à sa compétence par l'art. 64(1)—Enfin le recours est académique puisque les requérantes ont négligé d'attaquer le règlement tarifaire (qui accordait l'augmentation) sanctionné par le gouverneur général en conseil dans son second décret—Loi sur le pilotage, L.R.C. (1985), ch. P-14, art. 3 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 44, ann. II, n<sup>o</sup> 19(A)), 33, 34 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 307; 359, ann. n<sup>o</sup> 9), 35—Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 2, 64.

ASSOC. DES ARMATEURS CANADIENS C. CANADA (T-1864-94, juge Noël, ordonnance en date du 26-10-95, 14. p.)





---

Available from Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente : Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9