



**Canada
Federal Court
Reports**

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

2001, Vol. 3, Part 1

2001, Vol. 3, 1^{er} fascicule

Cited as [2001] 3 F.C., 3-246

Renvoi [2001] 3 C.F., 3-246

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP
DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers
A. DAVID MORROW, Smart & Biggar
SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie
LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL STAFF

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Assistant Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2001.

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

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

ARRÊTISTES

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

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

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Spécialiste adjointe des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2001.

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

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

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

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4802 or 1-800-635-7943.

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

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

CONTENTS

Digests	D-1
Appeals Noted	I
Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.)	3

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Appeal from F.C.T.D. decision quashing Minister's opinion respondent danger to public under Immigration Act, ss. 70(5), 46.01(1)(e)(iv) as made without disclosing certain documents to respondent — Appeal dismissed — Minister breached duty of fairness — *Haghighi v. Canada (M.C.I.)* dealing with extent of decision-maker's obligation to disclose to person affected documents to be relied upon in context of s. 114(2) (humanitarian and compassionate considerations) — Not distinguishable on basis of difference between discretionary decision under s. 114(2), danger opinion — *Haghighi* establishing content of duty of fairness depending on whether disclosure required to provide reasonable opportunity to participate in decision-making process — Argument procedural protection accorded danger opinions low because subjects having breached condition of landing rejected — That danger opinion procedure adversarial suggesting need for higher standard of fairness — Additional delay caused by disclosure not necessarily lengthy — Argument reports "reasons" that could not be disclosed before decision rendered, rejected, opinion not having been rendered — While could have been adopted, whether so adopted herein not determined because merits of opinion not in issue.

Continued on next page

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

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés aux Éditions du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9 au (613) 956-4802 ou 1-800-635-7943.

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

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-1
Appels notés	I
Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.)	3

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Appel de la décision de la C.F. 1^{re} inst. qui a annulé l'avis du ministre, émis aux termes des art. 70(5) et 46.01(1)(e)(iv) de la Loi sur l'immigration, selon lequel l'intimé constituait un danger pour le public, au motif que cet avis a été émis en l'absence de communication de certains documents à l'intimé — Appel rejeté — Le ministre a violé l'obligation d'équité — L'arrêt *Haghighi c. Canada (M.C.I.)* concernait la portée de l'obligation du décideur de communiquer à la personne visée les documents sur lesquels il s'appuie dans le contexte de l'art. 114(2) (raisons d'ordre humanitaire) — Cet arrêt ne peut pas faire l'objet d'une distinction fondée sur la différence entre une décision discrétionnaire prise aux termes de l'art. 114(2) et un avis de danger — L'arrêt *Haghighi* a établi que la teneur de l'obligation d'équité reposait sur la question de savoir si la communication était exigée pour qu'il existe une possibilité raisonnable de participer au processus de prise de décision — L'argument selon lequel le niveau de protection procédurale conféré en matière d'avis de danger est bas parce que les personnes visées ont contrevenu à une condition du droit d'établissement a été rejeté — Le fait que la procédure de l'avis de danger soit contradictoire laisse voir la nécessité d'une norme d'équité

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc. (C.A.) 175

Competition — Practice — Motion for stay of Competition Tribunal decisions, continuing hold separate order with respect to merger of respondents — Not necessary to prevent eggs from being scrambled — Irreparable harm not established as feasible to divide merged business within reasonable time period.

Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc. (C.A.) 185

Competition — “Efficiency defence” — Competition Tribunal dismissing application to dissolve merger of respondents or otherwise to remedy lessening of competition in propane market as result of merger — Competition Act, s. 96(1) preventing Tribunal from rendering dissolution order where efficiencies produced by anti-competitive merger greater than, offset anti-competitive effects — Balancing test required between efficiencies, anti-competitive effects — Whether “effects” of anti-competitive merger limited as matter of law to loss of resources to economy as whole (deadweight loss) — Act, s. 96 giving primacy to statutory objective of economic efficiency — Word “effects” including all anti-competitive effects of merger under s. 92, having regard to all statutory purposes in s. 1.1 — Narrow reading given by Tribunal to word “effects” not justified — Correct methodology for determining extent of anti-competitive effects of merger beyond limits of Court’s competence — Commissioner’s balancing weights approach meets requirements of Act and will narrow scope of efficiency defence.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Competition Tribunal finding merger of respondents would prevent, substantially lessen competition in propane market contrary to Competition Act, s. 92, but merger saved by

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

plus exigeante — Le délai supplémentaire causé par la communication ne doit pas nécessairement être long — L’argument selon lequel les rapports constituaient des « motifs » qui ne pouvaient pas être communiqués avant que la décision soit rendue a été rejeté puisqu’aucun avis n’avait été émis — Même si les rapports auraient pu être adoptés, la question de savoir s’ils l’ont été en l’espèce n’a pas été tranchée parce que le bien-fondé de l’avis n’était pas en cause.

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc. (C.A.) 175

Concurrence — Pratique — Requête en sursis à l’exécution de décisions du Tribunal de la concurrence, aux fins de maintenir en vigueur une ordonnance de garder à part relative à la fusion des intimées — Elle n’est pas indispensable pour empêcher que les œufs ne soient brouillés — L’existence d’un préjudice irréparable n’a pas été établie, car il est possible de scinder l’entreprise fusionnée dans un délai raisonnable.

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc. (C.A.) 185

Concurrence — « Défense fondée sur les gains en efficacité » — Le Tribunal de la concurrence a rejeté une demande visant à dissoudre le fusionnement des intimées ou à remédier de toute autre manière à la diminution de la concurrence que le fusionnement entraînera sur le marché du propane — L’art. 96(1) de la Loi sur la concurrence empêche le Tribunal de prononcer une ordonnance de dissolution si les gains en efficacité découlant du fusionnement surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels — Il faut établir un critère qui met en balance les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels — Il s’agit de savoir si les « effets » d’un fusionnement anticoncurrentiel sont limités, en droit, à la perte de ressources pour l’économie dans son ensemble (la perte sèche) — L’art. 96 de la Loi accorde la primauté à l’objectif législatif de l’efficacité économique — Le terme « effets » comprend tous les effets anticoncurrentiels qu’entraîne un fusionnement auquel s’applique l’art. 92, compte tenu de tous les objectifs de la loi énumérés à l’art. 1.1 — L’interprétation étroite que le Tribunal a donnée du terme « effets » ne peut se justifier — La méthode correcte pour déterminer l’étendue des effets anticoncurrentiels d’un fusionnement est une question qui va au-delà de la compétence de la Cour — La méthode des coefficients pondérateurs adoptée par le commissaire satisfait aux exigences de la Loi et réduira la portée de la défense fondée sur les gains en efficacité.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Le Tribunal de la concurrence a conclu que le fusionnement des intimées empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence sur le marché du propane, à l’encontre de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

“efficiency defence” — In holding word “effects” in s. 96 limited to deadweight loss, Tribunal clearly interpreting Act, deciding question of law — Composition of Tribunal indicating considerable level of expertise — Tribunal’s determinations of questions of law reviewable on correctness standard — In limiting factors to be considered as “effects”, Tribunal erred in law by failing to ensure all objectives of Competition Act be considered in balancing exercise mandated by s. 96 — Standard selected must be reflective of various objectives of Competition Act.

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police) (C.A.) 70

Access to Information — Citizen requesting information on four RCMP members — Request denied as information sought exempt from disclosure under Access to Information Act, s. 19(1) — After citizen complained to Information Commissioner, RCMP agreed to release current postings, positions of four members but refused to give information on officers’ previous postings — Under Access to Information Act, s. 19, government institution must disclose, refuse to disclose record containing personal information — Motions Judge reviewing refusal to disclose has power to ensure proper implementation of Act — No evidence of bad faith, obstruction, improper motives justifying Motions Judge to impose safeguards — Demand objectionable as about specific individuals’ employment history, not current, specific past position.

Privacy — RCMP refusing to release information on officers’ previous postings as personal information exempt from disclosure under Privacy Act, s. 3(b) — Government institution in better position than Court to make initial balancing of privacy against public interest in disclosure — Act, s. 3(b) aimed at protecting from disclosure individual’s employment history — Individual privacy fundamental right attracting constitutional protection — Motions Judge wrong in finding exception in Act, s. 3(f) limited to positions currently held — Request about individual’s position must be specific as to time, scope, place — Request herein objectionable as requiring individuals’ employment history.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l’art. 92 de la Loi sur la concurrence, mais que le fusionnement était protégé par la «défense fondée sur les gains en efficacité» — En jugeant que le sens du terme «effets» à l’art. 96 est limité à la perte sèche, le Tribunal interprétait manifestement la Loi et décidait donc une question de droit — La composition du Tribunal indique un niveau d’expertise considérable — Les décisions du Tribunal sur les questions de droit sont soumises au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte — En limitant les facteurs à prendre en compte comme «effets», le Tribunal a commis une erreur en droit, parce qu’il n’a pas pris en compte tous les objectifs de la Loi sur la concurrence dans l’exercice de pondération prescrit par l’art. 96 — Le critère choisi doit refléter les différents objectifs de la Loi sur la concurrence.

Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada) (C.A.) 70

Accès à l’information — Un citoyen a demandé des renseignements au sujet de quatre membres de la GRC — La demande a été refusée étant donné que les renseignements demandés étaient protégés par l’art. 19(1) de la Loi sur l’accès à l’information — Après que le citoyen se fut plaint au Commissaire à l’information, la GRC a accepté de communiquer les affectations et postes actuels des quatre membres mais elle a refusé de communiquer des renseignements au sujet des anciennes affectations des agents — Aux termes de l’art. 19 de la Loi sur l’accès à l’information, c’est l’institution fédérale qui doit communiquer ou de refuser de communiquer un document contenant des renseignements personnels — Le juge des requêtes qui examine le refus de communication possède le pouvoir d’assurer la bonne application de la Loi — Rien ne montrait qu’il y avait eu mauvaise foi, obstruction ou des motifs illégitimes qui auraient pu autoriser le juge des requêtes à imposer des garanties — La demande était inadmissible étant donné qu’elle visait l’obtention de renseignements qui avaient trait aux antécédents professionnels de certains individus, plutôt qu’à un poste précis actuel ou passé.

Protection des renseignements personnels — La GRC a refusé de communiquer des renseignements au sujet des anciennes affectations de ses agents pour le motif qu’il s’agissait de renseignements personnels protégés par l’art. 3(b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels — L’institution fédérale est mieux placée que la Cour pour soupeser au départ la protection de la vie privée par rapport à l’intérêt public dans la divulgation — Le but de l’art. 3(b), est de protéger contre la communication les antécédents professionnels d’un individu — La protection de la vie privée d’un individu est un droit fondamental qui est garanti sur le plan constitutionnel — Le juge des requêtes a conclu à tort que l’exception prévue à l’art. 3(f) se limitait aux postes occupés à l’heure actuelle — Une demande se rapportant au poste d’un individu doit préciser la période, l’étendue et le lieu du poste — En l’espèce, la demande

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

RCMP — Citizen requesting information on four Force members regarding list of postings with dates, public complaints against them, name and address for service of members who served at particular detachment in 1986 — RCMP taking position information exempt from disclosure under Access to Information Act, s. 19(1) — Whether within exception to definition of “personal information” in Privacy Act, s. 3(f) — Whether should be released in public interest even if personal information — F.C.T.D. Judge did not err in remitting case to RCMP Commissioner for balancing of interests — Request regarding individual’s past positions must be specific, not fishing expedition to learn all positions held during career.

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Ekuban (T.D.) 85

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Application for leave, judicial review of IRBAD’s denial of Minister’s application under Immigration Act, s. 69.2 to reconsider, vacate determination respondent Convention refugee — Minister alleging fraud, misrepresentation as to respondent’s identity — Alleging Acheampong, Ekuban same person and Ekuban entering Canada as foreign student in 1990 — Therefore, PIF indicating persecution in Ghana in 1991 cannot be true — Refugee Division permitting introduction of written, oral evidence to support respondent’s claim two different people — S. 69.3 providing where application made pursuant to s. 69.2, Refugee Division shall afford Minister, subject of application reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses, make representations — If Minister trying to prove Acheampong, Ekuban same person, respondent has right to produce evidence rebutting allegation — Evidence may be called when determination pursuant to s. 69.3(2) as only way for respondent to rebut new allegations — Denial of natural justice, breach of s. 69.3(2) to not allow respondent to call evidence.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

était inadmissible étant donné qu’elle visait les antécédents professionnels d’individus.

GRC — Un citoyen a demandé des renseignements au sujet de quatre membres de la GRC relativement à la liste des affectations avec les dates de celles-ci, les plaintes publiques qui ont été déposées contre eux, les noms et les adresses, aux fins de signification, des membres qui ont été en service dans un détachement spécifique en 1986 — La GRC était d’avis que les renseignements demandés étaient protégés par l’art. 19(1) de la Loi sur l’accès à l’information — Les renseignements demandés sont-ils visés par l’exception prévue dans la définition de «renseignements personnels» figurant à l’art. 3f) de la Loi sur la protection des renseignements personnels? — Devraient-ils être communiqués dans l’intérêt public même s’ils sont de nature personnelle? — Le juge de la C.F. 1^{re} inst. n’a pas commis d’erreur en renvoyant l’affaire au commissaire de la GRC pour qu’il soupèse les intérêts en jeu — Une demande se rapportant aux postes qu’un individu a occupés dans le passé doit être précise et ne pas chercher à l’aveuglette à connaître tous les postes qu’un individu a occupés au cours de sa carrière.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Ekuban (1^{re} inst.) 85

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Demande d’autorisation et de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle la section d’appel de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande du ministre pour que soit réexaminée et annulée sa décision selon laquelle la défenderesse était une réfugiée au sens de la Convention — Le ministre a soutenu que la défenderesse avait eu recours à des moyens frauduleux et à de fausses indications relativement à son identité — Il a soutenu qu’Acheampong et Ekuban étaient la même personne et qu’Ekuban était entrée au Canada en tant qu’étudiante étrangère en 1990 — Par conséquent, le FRP mentionnant des persécutions survenues au Ghana en 1991 ne pouvait pas indiquer la vérité — La section du statut a autorisé la présentation de preuves écrites et de dépositions au soutien de l’affirmation de la défenderesse selon laquelle elle-même et Ekuban étaient deux personnes différentes — L’art. 69.3 prévoit que, lors de la présentation d’une demande conformément à l’art. 69.2, la section du statut de réfugié donne au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations — Si le ministre essaie de prouver qu’Acheampong et Ekuban sont la même personne, la défenderesse a le droit de produire des preuves pour réfuter cette allégation — Des preuves peuvent être produites lorsqu’une décision est rendue selon l’art. 69.2(2), car autrement le défendeur ne pourrait pas réfuter les nouvelles allégations — Ce serait un déni de justice naturelle que de ne pas autoriser la défenderesse à produire des preuves, et ce serait contrevenir à l’art. 69.2(2).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canadian Restaurant and Foodservices Assn. v. Canada (Dairy Commission) (T.D.) 20

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Judicial review of Canadian Milk Supply Management Committee's denial of application for Class 5a) milk permits — Court not having jurisdiction to review decision because CMSMC not federal board, commission or other tribunal within Federal Court Act, s. 2(1) — CMSMC not created by federal statute, but under federal-provincial agreement (NMMP) — That federal-provincial agreement approved by order in council not sufficient to bring CMSMC "under" Act of Parliament — "Conferred by or under an Act of Parliament" in s. 2(1) meaning source of jurisdiction must be found in Act of Parliament — CMSMC's powers come directly from P-9 Agreement (federal-provincial agreement modifying NMMP) which never became law — Powers exercised by CMSMC pursuant to P-9 Agreement expressly delegated to provincial boards which in turn, through Agreement, mandated CMSMC — Nothing in Act, Regulations permitting delegation of federal powers to CMSMC — Any mandate given to CMSMC given by provincial signatories through Agreement — CMSMC not controlled directly, indirectly by federal body.

McKeown v. Royal Bank of Canada (T.D.) 139

Labour relations — Judicial review of two decisions made by Adjudicator under Canada Labour Code — Applicant dismissed by Royal Bank after two loan customers defaulted — Filed unjust dismissal complaint under Code, s. 240 — Applicant charged with fraud but Crown later withdrawing charges — Commenced civil action against Bank, seeking damages for defamation of character, malicious prosecution — Applicant's motion for leave to lead evidence of condonation, to cross-examine Bank's witnesses denied — Motion to withdraw Labour Code complaint in favour of civil remedy also denied — Applicable standard of review in respect of withdrawal decision patent unreasonableness — Application for judicial review of evidentiary decision commenced out of time — Dismissed as no explanation for delay — Adjudicator having no jurisdiction to proceed further once applicant withdrew complaint — Decision refusing to allow applicant to withdraw unjust dismissal complaint patently unreasonable, made without jurisdiction.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Assoc. canadienne des restaurateurs et des services alimentaires c. Canada (Commission du lait) (1^{re} inst.) 20

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Comité canadien de gestion des approvisionnements de lait a rejeté une demande de permis de la classe 5a) — La Cour n'a pas compétence pour contrôler la décision parce que le CCGAL n'est pas un office fédéral au sens de l'art. 2(1) de la Loi sur la Cour fédérale — Le CCGAL n'est pas créé par une loi fédérale, mais a été constitué en vertu d'une entente fédérale-provinciale (PNCL) — Le fait que l'entente fédérale-provinciale ait été approuvée par décret ne suffit pas pour que le CCGAL soit «visé» par une loi fédérale — Les mots «*conferred by or under an Act of Parliament*» (prévus par une loi fédérale) à l'art. 2(1) signifient que la compétence doit trouver sa source dans une loi fédérale — Les pouvoirs du CCGAL découlent directement de l'Entente des P-9 (une entente fédérale-provinciale modifiant le PNCL) qui n'est jamais devenue loi — Les pouvoirs exercés par le CCGAL en vertu de l'Entente des P-9 ont été expressément délégués aux offices provinciaux qui, à leur tour, ont mandaté le CCGAL en vertu de l'Entente — Ni la Loi ni le Règlement ne permettent la délégation de pouvoirs fédéraux au CCGAL — Le mandat du CCGAL lui a été confié par les signataires provinciaux en vertu de l'entente — Le CCGAL n'est pas contrôlé directement ou indirectement par un office fédéral.

McKeown c. Banque Royale du Canada (1^{re} inst.) 139

Relations du travail — Contrôle judiciaire de deux décisions rendues par un arbitre sous le régime du Code canadien du travail — La demanderesse a été congédiée par la Banque Royale par suite du défaut de paiement de deux clients — Elle a déposé une plainte de congédiement injuste en vertu de l'art. 240 du Code — La demanderesse a été inculpée de fraude, mais la Couronne a retiré les accusations — Elle a intenté contre la banque une action en dommages-intérêts pour cause de diffamation et poursuite abusive — La requête de la demanderesse en vue d'être autorisée à présenter une preuve de pardon et à contre-interroger trois témoins de la banque a été rejetée — La requête en vue de retirer la plainte portée en vertu du Code du travail afin de demander une réparation civile a également été rejetée — La norme de contrôle de la décision relative au retrait est celle de la décision manifestement déraisonnable — La demande de contrôle judiciaire visant la décision relative à la preuve était prescrite — Elle a été rejetée étant donné qu'aucune explication ne justifiait son retard — L'arbitre n'avait plus compétence pour agir une fois que la demanderesse avait retiré sa plainte — La décision de refuser à la demanderesse l'autorisation de retirer sa plainte de congédiement injuste était manifestement déraisonnable et dépassait la compétence de l'arbitre.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice — Limitation of Actions — Applicant filing Canada Labour Code complaint of unjust dismissal — Application for judicial review of August 4, 1998 evidentiary decision made by Adjudicator filed on February 22, 1999 — Out of time under Federal Court Act, s. 18.1(2) — Application dismissed as no explanation for delay.

McLean v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 127

Constitutional law — Charter of Rights — Equality Rights — Appeal from dismissal of application for judicial review of denial of citizenship application — Appellant born in 1943 in U.S.A. in wedlock to American father, Canadian mother — Landed in Canada in 1951 — Ordered deported first of many times in 1972 — Subject of many inquiries at which assertion of Canadian citizenship always negated — 1947 Citizenship Act, s. 4 granting citizenship to children born prior to 1947 outside of Canada in wedlock if father Canadian; s. 5 according same status to those born after 1947 — Citizenship Act, 1976, s. 5(2)(b) removing differential treatment for those born after 1947 — *Benner v. Secretary of State* holding s. 5(2)(b) unconstitutional as imposing more onerous requirements on those claiming citizenship through mothers — Appellant arguing differential distinction used to deny him citizenship equally contrary to Charter, s. 15 — Arguing Citizenship Act never engaged because never formally applied for recognition of citizenship — Citizenship having implications under variety of statutes — Defining moment when confronted by law taking lack of citizenship into account i.e. when determined not Canadian citizen upon resisting deportation on that basis — Appellant engaging provisions of Citizenship Act well before Charter came into force — Seeking retroactive application of Charter — Appeal dismissed.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from dismissal of application for judicial review of denial of citizenship application — Appellant born in 1943 in U.S.A. in wedlock to American father, Canadian mother — 1947 Citizenship Act, s. 4 granting citizenship to children born prior to 1947 outside of Canada in wedlock if father Canadian; s. 5 according same status to those born after 1947 — Citizenship Act, 1976, s. 5(2)(b) removing differential treatment for those born after 1947 — *Benner v. Secretary of State* holding s. 5(2)(b) unconstitutional — Appellant arguing differential distinction relied upon to deny

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Pratique — Prescription — La demanderesse a déposé une plainte de congédiement injuste sous le régime du Code canadien du travail — Une demande de contrôle judiciaire visant une décision relative à la preuve rendue par l'arbitre le 4 août 1998 a été déposée le 22 février 1999 — Demande prescrite aux termes de l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale — Rejet de la demande en l'absence d'explication justifiant ce retard.

McLean c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) 127

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire présentée suite au rejet d'une demande d'obtention de la citoyenneté — Appelant né en 1943 aux É.U.A., du mariage d'un père américain et d'une mère canadienne — Droit d'établissement au Canada en 1951 — Première de plusieurs expulsions en 1972 — Plusieurs enquêtes se sont soldées par la conclusion qu'il n'y avait pas droit à la citoyenneté canadienne — L'art. 4 de la Loi sur la citoyenneté canadienne de 1947 accordait la citoyenneté aux enfants nés d'un père canadien hors du Canada des liens du mariage avant 1947; l'art. 5 accorde le même droit aux enfants nés après 1947 — L'art. 5(2)(b) de la Loi sur la citoyenneté de 1976 est venu supprimer cette différence de traitement pour les personnes nées après 1947 — L'arrêt *Benner c. Secrétaire d'État* a conclu que l'art. 5(2)(b) était inconstitutionnel en ce qu'il imposait des conditions plus exigeantes à ceux qui réclamaient la citoyenneté par filiation maternelle — L'appellant soutient que la distinction sur laquelle on s'appuie pour lui refuser la citoyenneté enfreint l'art. 15 de la Charte — Il soutient n'avoir jamais invoqué la Loi sur la citoyenneté, puisqu'il n'a jamais fait une demande formelle de citoyenneté — La citoyenneté a des conséquences en vertu de plusieurs lois — Le moment qui importe est celui où il s'est heurté à un texte de loi qui tenait compte du fait qu'il n'était pas citoyen, c.-à-d. lorsqu'il s'est opposé à son expulsion au motif qu'il était un citoyen canadien et qu'on a décidé que ce n'était pas le cas — L'appellant connaissait les dispositions de la Loi sur la citoyenneté bien avant que la Charte n'entre en vigueur — Il recherchait une application rétroactive de la Charte — Appel rejeté.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire présentée suite au rejet d'une demande d'obtention de la citoyenneté — Appelant né en 1943 aux É.U.A., du mariage d'un père américain et d'une mère canadienne — L'art. 4 de la Loi sur la citoyenneté canadienne de 1947 accordait la citoyenneté aux enfants nés d'un père canadien hors du Canada des liens du mariage avant 1947; l'art. 5 accorde le même droit aux enfants nés après 1947 — L'art. 5(2)(b) de la Loi sur la citoyenneté de 1976 est venu supprimer cette différence de traitement pour les personnes nées après 1947

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

him citizenship also contrary to Charter, s. 15 — Reasoning in *Benner* applies to persons born prior to 1947 in wedlock outside Canada to Canadian-born mothers, but application of Charter would be retroactive.

Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. RhoxalPharma Inc. (T.D.) 163

Patents — Infringement — Courts must adopt purposive construction of patent claims to be fair to patentee, public — No infringement if essential element different or omitted in allegedly infringing device — Patent for pharmaceutical preparations including, as active ingredient, cyclosporin in form of hydrosol for intravenous injection not infringed by cyclosporin capsule not containing hydrosol but forming hydrosol *in situ* after ingestion.

Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The) (T.D.) 41

Maritime law — Liens and Mortgages — Defendant vessel arrested under warrant based on maritime lien for necessities — Default judgment obtained by plaintiff against defendant Starodubskoe in State of Washington — Could not be executed as defendant bankrupt — Ownership of vessel at issue — Defendant, Bering Trawlers Ltd., legal owner of vessel — One who provides necessities to vessel entitled to maritime lien therefor — Maritime liens subsist even where goods, services supplied outside U.S.A. — Existence of other contractual security, guarantee for repayment not defeating maritime lien unless liens expressly waived — Under American law owner, charterer of vessel may create maritime lien by requesting necessities for vessel — Plaintiff providing necessities, holder of valid lien on vessel.

Maritime Law — Practice — Default judgment obtained by plaintiff in U.S. District Court of Washington against defendant Starodubskoe — No recovery as defendant bankrupt — Whether *res judicata* precludes relitigation of issues already determined — *Res judicata* not applicable as actions *in personam*, *in rem* involving different parties —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

— L'arrêt *Benner c. Secrétaire d'État* a conclu que l'art. 5(2)b) était inconstitutionnel — L'appelant soutient que la distinction sur laquelle on s'appuie pour lui refuser la citoyenneté enfreint l'art. 15 de la Charte — Le raisonnement de l'arrêt *Benner* s'applique aux personnes nées hors Canada avant 1947 des liens du mariage, dont la mère était née au Canada, mais le recours à la Charte lui donnerait un caractère rétroactif.

Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. RhoxalPharma Inc. (1^{re} inst.) 163

Brevets — Contrefaçon — Les tribunaux doivent adopter une interprétation téléologique à l'égard des revendications de brevet pour être équitable pour le titulaire du brevet et pour le public — Il n'y a pas contrefaçon si un élément essentiel est différent ou omis dans un dispositif censé contrefait — Le brevet se rapportant aux préparations pharmaceutiques qui comprennent, comme ingrédient actif, de la cyclosporine sous forme d'hydrosol se prêtant à l'injection par voie intraveineuse n'est pas contrefait par un comprimé de cyclosporine qui ne renferme pas d'hydrosol, mais qui forme un hydrosol *in situ* après ingestion.

Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le) (1^{re} inst.) 41

Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Le navire défendeur a été saisi en vertu d'une garantie fondée sur un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires — Un jugement par défaut a été obtenu par la demanderesse contre la défenderesse Starodubskoe dans l'État de Washington — Le jugement n'a pas pu être exécuté parce que la défenderesse avait déclaré faillite — L'identité du propriétaire du navire était en litige — La défenderesse, Bering Trawlers Ltd., était la propriétaire légale du navire — La personne qui fournit des approvisionnements nécessaires à un navire a droit à un privilège maritime à cet égard — Les privilèges maritimes subsistent même lorsque les marchandises et les services sont fournis en dehors des É.-U. — L'existence d'une autre garantie contractuelle et d'une garantie de remboursement n'empêche pas un privilège maritime d'exister à moins qu'on n'y ait expressément renoncé — En droit américain, le propriétaire et l'affréteur d'un navire peuvent créer un privilège maritime en commandant des approvisionnements nécessaires pour le navire — La demanderesse a fourni des approvisionnements nécessaires et elle était titulaire d'un privilège valide sur le navire.

Droit maritime — Pratique — Un jugement par défaut a été obtenu par la demanderesse devant la Cour américaine de district de l'État de Washington contre la défenderesse Starodubskoe — Il n'y a pas eu recouvrement étant donné que la défenderesse avait déclaré faillite — Il s'agit de savoir si la doctrine de la chose jugée empêche de débattre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Unsatisfied Washington judgment against Starodubskoe whereas instant case based upon maritime lien on vessel *Mys Chikhacheva* — No waiver of maritime lien by plaintiff.

Conflict of Laws — Claim for maritime lien for necessities — Plaintiff pleading American law — Applicable system of law to be determined by Canadian conflict of laws rules — Parties intending law of State of Washington to apply — Marketing contract providing for arbitration at Seattle — Contractual documentation indicating American law would govern transactions — Washington law that with which constellation of contracts has closest, most real connection — Court must look at American maritime law regarding maritime liens arising from necessities supplied to vessel.

United Grain Growers Ltd. v. Lang Michener (C.A.) 102

Trade-marks — Expungement — Appeal from F.C.T.D. decision upholding Registrar's decision to expunge appellant's trade-mark "Country Living" from register in Trade-marks Act, s. 45 proceedings — S. 45 permitting Registrar to require registered owner to provide evidence trade-mark used during previous three years — "Country Living" registered in association with printed periodicals — "Country Living" regular feature of magazine Country Guide — "Use" deemed to occur under s. 4(1) if, at time of transfer of property or possession in wares, trade-mark marked on wares — As "Country Living" marked on magazine in normal course of trade, appellant demonstrated use of registered trade-mark with respect to wares specified in registration in accordance with s. 4(1) — Construction of s. 45 outside Registrar's expertise so decision reviewable on reasonableness *simpliciter* standard — Registrar erred in considering whether "Country Living" used to distinguish appellant's magazine — Once determined registered trade-mark used in association with wares specified in registration, inquiry under s. 45 at end.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de nouveau des questions qui ont déjà été tranchées — La doctrine de la chose jugée ne s'appliquait pas étant donné qu'il s'agissait d'actions personnelles et d'actions réelles mettant en cause des parties différentes — Le jugement rendu dans l'État de Washington qui n'avait pas été exécuté s'appliquait à Starodubskoe alors que la présente affaire est fondée sur un privilège maritime se rattachant au *Mys Chikhacheva* — La demanderesse n'a pas renoncé au privilège maritime.

Conflit de lois — Revendication d'un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires — La demanderesse a invoqué le droit américain — La question de savoir quel système de droit s'appliquait devait être tranchée au moyen des règles canadiennes en matière de conflit de lois — Les parties voulaient que ce soit le droit de l'État de Washington qui s'applique — Le contrat de commercialisation prévoyait l'arbitrage à Seattle — Les contrats indiquaient que c'était le droit américain qui devait régir les opérations — Le droit de l'État de Washington était le système de droit dont la myriade de contrats se rapprochaient réellement le plus — La Cour doit examiner le droit maritime américain qui s'applique aux privilèges maritimes découlant de la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire.

United Grain Growers Ltd. c. Lang Michener (C.A.) 102

Marques de commerce — Radiation — Appel d'une décision de la C.F. 1^{re} inst. confirmant la décision du registraire de radier du registre la marque de commerce «Country Living» de l'appelante, dans le cadre d'une instance fondée sur l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce — L'art. 45 permet au registraire d'exiger du propriétaire inscrit qu'il fournisse la preuve que la marque de commerce a été employée au cours des trois années précédentes — «Country Living» a été enregistré en liaison avec des périodiques imprimés — «Country Living» est une chronique régulière du magazine Country Guide — En vertu de l'art. 4(1), une marque est réputée «employée» si, lors du transfert de la propriété ou de la possession des marchandises, elle est apposée sur ces marchandises — Comme la marque «Country Living» était apposée sur le magazine dans la pratique normale du commerce, l'appelante a démontré qu'elle était employée en liaison avec les marchandises spécifiées dans l'enregistrement, conformément à l'art. 4(1) — L'interprétation de l'art. 45 ne relève pas de l'expertise du registraire, et la décision est donc soumise à la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter* — Le registraire a commis une erreur en examinant la question de savoir si les mots «Country Living» étaient employés pour distinguer le magazine de l'appelante — Une fois qu'il est établi qu'une marque de commerce déposée est employée en liaison avec les marchandises que spécifie l'enregistrement, l'enquête prévue à l'art. 45 est terminée.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Wishart v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 111

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Judicial review of danger opinion — Applicant entering Canada using fraudulent baptismal certificate — While incarcerated after conviction for narcotics offence, s. 27(2)(g) report issued — Further report recommending issuance of danger opinion to prevent making of refugee claim — Minister's delegate declaring applicant danger to public — Application allowed — Minister erred in exercise of jurisdiction by issuing danger opinion for improper purpose — Standard of review correctness — Danger opinion to be issued only where concern *bona fide* — Issuance of danger opinion deprived applicant of statutory right to claim refugee status.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Exclusion and removal of illegal immigrant — Minister's delegate issuing danger opinion to forestall making of refugee claim at inquiry — Discretionary administrative decisions subject to judicial review if made in bad faith, for improper purpose — Danger opinion to be issued only if public danger concern *bona fide* — Minister erred in exercise of jurisdiction in issuing danger opinion for improper purpose.

SOMMAIRE (Fin)

Wishart c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 111

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Contrôle judiciaire visant un avis de danger — Le demandeur est entré au Canada en utilisant un faux certificat de baptême — Pendant que le demandeur était en prison après avoir été déclaré coupable d'une infraction relative aux stupéfiants, un rapport a été rédigé contre lui aux termes de l'art. 27(2)(g) — Il y a eu un autre rapport proposant que soit demandée une opinion du ministre, selon laquelle le demandeur constituait un danger pour le public, en vue de l'empêcher de présenter une demande de statut de réfugié — Un délégué du ministre a déclaré que le demandeur constituait un danger pour le public — Demande accueillie — Le ministre a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence en émettant un avis dans un but illégitime — La norme de contrôle à appliquer est celle de la décision correcte — L'avis du ministre ne peut être envisagé que lorsque la crainte d'un danger est réelle — L'avis concernant le danger que constituait le demandeur l'a privé du droit de revendiquer le statut de réfugié que prévoyait la loi.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Exclusion et renvoi d'un immigrant illégal — Un délégué du ministre a émis l'opinion que le demandeur constituait un danger pour le public, en vue de l'empêcher de présenter une demande de statut de réfugié durant une enquête — Les décisions administratives discrétionnaires sont susceptibles de contrôle judiciaire si elles sont prises de mauvaise foi ou pour des considérations non pertinentes — L'avis du ministre ne peut être envisagé que lorsque la crainte d'un danger pour le public est réelle — Le ministre a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence en émettant un avis dans un but illégitime.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Fédération Franco-Ténoise v. Canada, [2001] 1 F.C. 241 (T.D.), has been reversed on appeal (A-555-00). The reasons for judgment, handed down 4/7/01, will be published in the Federal Court Reports.

Shilling v. M.N.R., [1999] 4 F.C. 178 (T.D.), has been reversed on appeal (A-558-99). The reasons for judgment, handed down 4/6/01, will be published in the Federal Court Reports.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd., [2001] 2 F.C. 502 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 21/6/01.

Scheuneman v. Canada (Attorney General), [2001] 1 F.C. D-53 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 21/6/01.

Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha v. Lexus Foods Inc., [2001] 2 F.C. 15 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 12/6/01.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Fédération Franco-Ténoise c. Canada*, [2001] 1 C.F. 241 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-555-00). Les motifs du jugement, prononcés le 4-7-01, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Shilling c. M.R.N.*, [1999] 4 F.C. 178 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-558-99). Les motifs du jugement, prononcés le 4-6-01, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd., [2001] 2 C.F. 502 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 21-6-01.

Scheuneman c. Canada (Procureur général), [2001] 1 C.F. F-56 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 21-6-01.

Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha c. Lexus Foods Inc., [2001] 1 C.F. 15 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-6-01.

**Canada
Federal Court
Reports**

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

2001, Vol. 3, Part 1

2001, Vol. 3, 1^{er} fascicule

A-850-99
2001 FCA 49

A-850-99
2001 CAF 49

The Minister of Citizenship and Immigration
(Appellant)

v.

Sunil Bhagwandass (*Respondent*)

INDEXED AS: BHAGWANDASS v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Rothstein, Sharlow and Malone JJ.A.
—Calgary, February 12; Ottawa, March 7, 2001.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Appeal from F.C.T.D. decision quashing Minister's opinion respondent danger to public under Immigration Act, ss. 70(5), 46.01(1)(e)(iv) as made without disclosing certain documents to respondent — Appeal dismissed — Minister breached duty of fairness — Haghghi v. Canada (M.C.I.) dealing with extent of decision-maker's obligation to disclose to person affected documents to be relied upon in context of s. 114(2) (humanitarian and compassionate considerations) — Not distinguishable on basis of difference between discretionary decision under s. 114(2), danger opinion — Haghghi establishing content of duty of fairness depending on whether disclosure required to provide reasonable opportunity to participate in decision-making process — Argument procedural protection accorded danger opinions low because subjects having breached condition of landing rejected — That danger opinion procedure adversarial suggesting need for higher standard of fairness — Additional delay caused by disclosure not necessarily lengthy — Argument reports "reasons" that could not be disclosed before decision rendered, rejected, opinion not having been rendered — While could have been adopted, whether so adopted herein not determined because merits of opinion not in issue.

This was an appeal from Gibson J.'s decision quashing a Ministerial opinion that the respondent constituted a danger to the public in Canada. The respondent has been a permanent resident of Canada since 1989. Between 1992 and 1997 he was convicted of a number of crimes, including drug

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(appellant)

c.

Sunil Bhagwandass (*intimé*)

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

Cour d'appel, juges Rothstein, Sharlow et Malone,
J.C.A.—Calgary, 12 février; Ottawa, 7 mars 2001.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Appel de la décision de la C.F. 1^{re} inst. qui a annulé l'avis du ministre, émis aux termes des art. 70(5) et 46.01(1)e(iv) de la Loi sur l'immigration, selon lequel l'intimé constituait un danger pour le public, au motif que cet avis a été émis en l'absence de communication de certains documents à l'intimé — Appel rejeté — Le ministre a violé l'obligation d'équité — L'arrêt Haghghi c. Canada (M.C.I.) concernait la portée de l'obligation du décideur de communiquer à la personne visée les documents sur lesquels il s'appuie dans le contexte de l'art. 114(2) (raisons d'ordre humanitaire) — Cet arrêt ne peut pas faire l'objet d'une distinction fondée sur la différence entre une décision discrétionnaire prise aux termes de l'art. 114(2) et un avis de danger — L'arrêt Haghghi a établi que la teneur de l'obligation d'équité reposait sur la question de savoir si la communication était exigée pour qu'il existe une possibilité raisonnable de participer au processus de prise de décision — L'argument selon lequel le niveau de protection procédurale conféré en matière d'avis de danger est bas parce que les personnes visées ont contrevenu à une condition du droit d'établissement a été rejeté — Le fait que la procédure de l'avis de danger soit contradictoire laisse voir la nécessité d'une norme d'équité plus exigeante — Le délai supplémentaire causé par la communication ne doit pas nécessairement être long — L'argument selon lequel les rapports constituaient des « motifs » qui ne pouvaient pas être communiqués avant que la décision soit rendue a été rejeté puisqu'aucun avis n'avait été émis — Même si les rapports auraient pu être adoptés, la question de savoir s'ils l'ont été en l'espèce n'a pas été tranchée parce que le bien-fondé de l'avis n'était pas en cause.

Il s'agissait d'un appel interjeté contre la décision du juge Gibson qui a annulé l'avis du ministre que l'intimé constituait un danger pour le public au Canada. L'intimé est résident permanent au Canada depuis 1989. Entre 1992 et 1997, il a été déclaré coupable d'un certain nombre de

trafficking and robbery. In 1998 he was informed by letter that Citizenship and Immigration Canada (CIC) intended to request an opinion from the Minister that he was a danger to the public under *Immigration Act*, subsection 70(5) and subparagraph 46.01(1)(e)(iv). Submissions were made on behalf of the respondent, including a discussion of humanitarian and compassionate considerations and evidence of family and community support. Two reports were prepared by immigration officials and submitted to the Minister's delegate for consideration. The respondent was not given a copy of either until he commenced his application for leave and judicial review.

Gibson J. certified the following question: is the duty of fairness breached when the Minister considers certain documents without giving the person who is the subject of the reports an opportunity to respond thereto before the danger opinion under *Immigration Act*, subsection 70(5) or subparagraph 46.01(1)(e)(iv) is rendered?

Held, the certified question should be answered in the affirmative and the appeal should be dismissed.

The *Immigration Act* and Regulations are silent on the procedure to be followed in rendering danger opinions, but the procedure followed herein was that normally followed. The Crown argued that to compel advance disclosure of the reports would be inconsistent with the decision of this Court in *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. Gibson J. rejected that argument on the basis that the decision of the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* had overtaken *Williams* and is the governing authority. Neither *Williams* nor *Baker* dealt with the extent of the obligation of a decision-maker to disclose to the person affected the documents to be relied upon so that the person has an opportunity to respond. However, that was the question before the Court in *Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, which stands for the proposition that, after *Baker*, the content of the duty of fairness with respect to decisions under subsection 114(2) (humanitarian and compassionate relief from the requirement to apply for landing from outside Canada) must be seen as more than minimal. On this point *Baker* overrules *Shah v. Minister of Employment and Immigration*. However, because of the discretionary nature of a subsection 114(2) decision and the non-adversarial and institutional setting in which it is made, the content of procedural fairness is less than that applicable to an independent adjudicative tribunal. *Haghighi* also established that, in considering whether the duty of fairness requires advance disclosure of an internal Ministry report on which a decision-maker will rely in making a discretionary decision, the question is whether the disclosure of the report is required to provide that person with a reasonable opportunity to participate in a meaningful manner

crimes, notamment pour trafic de drogue et vol qualifié. En 1998, il a été informé par lettre que Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) avait l'intention de demander au ministre un avis selon lequel il constituait un danger pour le public aux termes du paragraphe 70(5) et du sous-alinéa 46.01(1)e)(iv) de la *Loi sur l'immigration*. Des arguments comportant une analyse des raisons d'ordre humanitaire ainsi que des éléments de preuve de l'appui de la famille et de la collectivité ont été présentés au nom de l'intimé. Deux rapports ont été préparés par les fonctionnaires de l'immigration et ont été présentés au délégué du ministre pour qu'il les examine. L'intimé n'en a pas reçu copie avant de présenter sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire.

Le juge Gibson a certifié la question suivante: y a-t-il violation de l'obligation d'équité lorsque le ministre tient compte de certains documents sans donner à la personne faisant l'objet des rapports la possibilité d'y répondre avant que l'avis de danger fondé sur le paragraphe 70(5) ou sur le sous-alinéa 46.01(1)e)(iv) de la *Loi sur l'immigration* soit émis?

Arrêt: la question certifiée reçoit une réponse affirmative et l'appel est rejeté.

La *Loi sur l'immigration* et le Règlement ne mentionnent rien quant à la procédure à suivre en matière de délivrance d'avis de danger, mais la procédure suivie en l'espèce était la procédure habituelle. La Couronne a prétendu que forcer la communication à l'avance des rapports serait incompatible avec la décision rendue par la Cour dans *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*. Le juge Gibson a rejeté cet argument au motif que l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* avait écarté l'arrêt *Williams* et qu'il faisait autorité. Les arrêts *Williams* et *Baker* ne traitaient ni l'un ni l'autre de la portée de l'obligation du décideur de communiquer à la personne visée les documents sur lesquels il se fonde, de manière à ce que cette personne ait la possibilité de réagir. Cela était toutefois la question dont était saisie la Cour dans l'arrêt *Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, qui appuie l'assertion suivant laquelle après l'arrêt *Baker*, il faut considérer comme étant plus que minime la teneur de l'obligation d'équité rattachée aux décisions prises aux termes du paragraphe 114(2) (dispense de l'exigence de faire une demande d'établissement de l'extérieur du Canada pour des raisons d'ordre humanitaire). Sur cette question, l'arrêt *Baker* écarte l'arrêt *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*. Toutefois, en raison de la nature discrétionnaire d'une décision prise aux termes du paragraphe 114(2) et du cadre non contradictoire et institutionnel dans lequel elle est rendue, l'obligation d'équité procédurale applicable à cette décision est moindre que celle qui s'applique aux décisions d'un tribunal indépendant exerçant une fonction juridictionnelle. L'arrêt *Haghighi* a également établi que lorsqu'on cherche à déterminer si l'obligation d'équité exige

in the decision-making process. *Haghighi* set out several factors that may be taken into account in that regard. The reasoning in *Haghighi* was compelling and could not be distinguished on the basis of the difference between a discretionary decision under subsection 114(2) and a danger opinion. In *Williams* the Court rejected the argument that the legal effect of a danger opinion under subsection 70(5) is deportation. A subsection 70(5) danger opinion merely precludes an appeal of a deportation order, which means that the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board cannot consider the humanitarian and compassionate grounds for not executing the deportation order. Those considerations may be considered under subsection 114(2). The Crown argued that a negative subsection 114(2) decision represents an applicant's last chance for relief on humanitarian and compassionate grounds but the subject of a danger opinion retains the right to seek humanitarian and compassionate relief under subsection 114(2). The legal and practical effect of a danger opinion is not less significant than a negative subsection 114(2) decision. The effect of both is to facilitate removal. As a matter of practice, humanitarian and compassionate considerations are taken into account in determining whether to render a danger opinion. Although it is possible to make a further application under subsection 114(2) asking for specific relief from deportation after a danger opinion is rendered, it is difficult to imagine how a subsection 114(2) decision could reasonably be expected to be favourable if the same considerations did not deter the rendering of the danger opinion. To rely on the technical possibility of a last-minute favourable subsection 114(2) decision as a reasonable basis for imposing a lower standard of procedural fairness on a danger opinion is to prefer form to reality.

The argument that the degree of procedural protection should be relatively low for danger opinions because the subject, having acquired a criminal record, has already breached a condition of landing, was not accepted. While the public has a substantial interest in the speedy removal of criminals who may be dangerous, Parliament entrusted the Minister with the widest possible degree of discretion to determine which criminals are so dangerous that they should be denied the right to claim refugee status and to appeal a deportation order.

la communication à l'avance d'un rapport interne du Ministère sur lequel le décideur s'appuiera pour rendre une décision discrétionnaire, la question consiste à savoir si la communication du rapport est requise pour que cette personne ait une possibilité raisonnable de participer d'une manière significative au processus de prise de décision. L'arrêt *Haghighi* a énoncé plusieurs facteurs pouvant être pris en considération à cet égard. Le raisonnement suivi dans *Haghighi* était convaincant et ne pouvait pas faire l'objet d'une distinction fondée sur la différence entre une décision discrétionnaire prise aux termes du paragraphe 114(2) et un avis de danger. Dans l'arrêt *Williams*, la Cour a rejeté l'argument voulant que l'effet juridique d'un avis de danger émis en vertu du paragraphe 70(5) soit l'expulsion. Un avis de danger émis aux termes du paragraphe 70(5) ne fait qu'empêcher qu'il y ait appel d'une mesure d'expulsion, ce qui signifie que la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ne peut pas prendre en considération les raisons d'ordre humanitaire pour ne pas exécuter la mesure d'expulsion. Ces raisons peuvent être prises en considération en vertu du paragraphe 114(2). La Couronne a prétendu que lorsque la décision visée par le paragraphe 114(2) était défavorable, le demandeur avait perdu la dernière chance d'obtenir une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire, mais la personne faisant l'objet d'un avis de danger conserve le droit de demander une dispense fondée sur des raisons d'ordre humanitaire aux termes du paragraphe 114(2). L'effet juridique et concret de l'avis de danger n'est pas moins important qu'une décision défavorable rendue aux termes du paragraphe 114(2). Les deux doivent mener au renvoi. Dans la pratique, les raisons d'ordre humanitaire sont prises en considération dans l'examen de la question de savoir si l'avis de danger doit être émis. Même s'il est possible de demander la dispense prévue au paragraphe 114(2) relativement à l'expulsion une fois l'avis de danger émis, il est difficile d'imaginer comment on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'une décision fondée sur ce paragraphe soit favorable si les mêmes raisons n'ont pas empêché la délivrance de l'avis de danger. Invoquer la possibilité théorique d'une décision favorable de dernière minute aux termes du paragraphe 114(2) comme motif raisonnable d'imposition d'une norme d'équité procédurale moins exigeante en matière d'avis de danger revient à préférer la forme à la réalité.

La Cour n'a pas accepté l'argument selon lequel le niveau de protection procédurale devrait être relativement bas en matière d'avis de danger parce que la personne visée, ayant un casier judiciaire, a déjà contrevenu à une condition du droit d'établissement. Bien que le public ait un intérêt véritable à ce que les criminels susceptibles d'être dangereux soient renvoyés rapidement, le législateur a conféré au ministre le pouvoir discrétionnaire le plus large possible pour que celui-ci détermine quels criminels sont dangereux au point où ils doivent être privés du droit de revendiquer le statut de réfugié et d'interjeter appel contre une mesure d'expulsion.

The danger opinion procedure is adversarial, thus suggesting the need for a higher standard of fairness than for subsection 114(2) decisions.

Disclosure of the reports in question would not result in such delays in the deportation of dangerous persons that the object of the legislation would be frustrated. The additional delay need not be lengthy as it would be open to the Minister of impose deadlines for final submissions on the reports.

The Crown's argument, that the reports were "reasons" and could not be disclosed before the decision is rendered, could not be accepted. The reports were not the reasons for rendering the danger opinion, because no opinion had been rendered. The Minister or the Minister's delegate accepted the recommendation of the Ministry officials as set out in the reports and rendered the danger opinion, and could have adopted the reports as the reasons for doing so. Whether the reports were so adopted in this case was a factual question that was not addressed because the merits of the danger opinion itself were not in issue.

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. 7.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.01(1)(e) (as enacted by R.S.C., 1985, (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9), 70(5) (as am. *idem*, s. 13), 83 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73), 114(2) (as am. by *idem*, s. 102).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2000] 4 F.C. 407; (2000), 189 D.L.R. (4th) 268; 24 Admin. L.R. (3d) 36; 257 N.R. 139 (C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 212 N.R. 63 (C.A.).

REFERRED TO:

Shah v. Minister of Employment and Immigration (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82; 170 N.R. 238 (F.C.A.);

La procédure de l'avis de danger est contradictoire, ce qui laisse voir la nécessité d'une norme d'équité plus exigeante que la norme applicable aux décisions prises aux termes du paragraphe 114(2).

La communication des rapports en question ne retarderait pas l'expulsion des personnes dangereuses au point où l'objet de la loi ne serait pas respecté. Il n'est pas nécessaire que le délai supplémentaire soit long puisqu'il serait loisible au ministre d'imposer un délai relatif aux observations finales sur les rapports.

La Cour ne pouvait pas accepter l'argument de la Couronne selon lequel les rapports constituaient des « motifs », de sorte qu'ils ne pouvaient pas être communiqués avant que la décision soit rendue. Les rapports ne constituaient pas les motifs de l'avis de danger puisqu'aucun avis n'avait été émis. Le ministre ou son délégué a accepté la recommandation des fonctionnaires du Ministère énoncée dans les rapports, il a émis l'avis de danger et il aurait pu adopter les rapports comme motifs de cet avis. La question de savoir si les rapports ont été adoptés de la sorte en l'espèce était une question factuelle qui n'a pas été tranchée parce que le bien-fondé de l'avis de danger lui-même n'était pas en cause.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01(1)e) (édicte par L.R.C. (1985), (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9), 70(5) (mod., *idem*, art. 13), 83 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73), 114(2) (mod. *idem*, art. 102).

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2000] 4 C.F. 407; (2000), 189 D.L.R. (4th) 268; 24 Admin. L.R. (3d) 36; 257 N.R. 139 (C.A.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 212 N.R. 63 (C.A.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82; 170 N.R. 238 (C.A.F.);

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

APPEAL from Trial Division decision quashing a Ministerial opinion that the respondent constituted a danger to the public in Canada on the ground that failure to disclose certain documents to the respondent prior to determining that he was a danger breached the duty of fairness (*Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 619; (1999), 5 Imm. L.R. (3d) 189 (T.D.)). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

William B. Hardstaff for appellant.
Melvin L. Crowson for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Mangat & Company, Calgary, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: The respondent Sunil Bhagwandass is a permanent resident of Canada, as defined in the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. He has a criminal record that is serious enough to preclude him from making a refugee claim or appealing any deportation order that may be made against him, if the Minister of Citizenship and Immigration or her delegate renders an opinion that Mr. Bhagwandass constitutes a danger to the public in Canada (subsection 70(5) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13] and subparagraph 46.01(1)(e)(iv) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9] of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2). Such an opinion was rendered on December 2, 1998 but it was quashed on December 12, 1999 by the order of Mr. Justice Gibson after a judicial review (*Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 619 (T.D.)). The Crown has appealed that decision.

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

APPEL d'une décision de la Section de première instance annulant l'avis du ministre que l'intimé constituait un danger pour le public au motif que le défaut de communiquer certains documents à l'intimé avant de déterminer qu'il constituait un danger a violé l'obligation d'équité (*Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 1 C.F. 619; (1999), 5 Imm. L.R. (3d) 189 (1^{re} inst.)). Appel rejeté.

ONT COMPARU:

William B. Hardstaff pour l'appelant.
Melvin L. Crowson pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.
Mangat & Company, Calgary, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: L'intimé Sunil Bhagwandass est un résident permanent du Canada au sens de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. Il a un casier judiciaire suffisamment chargé pour l'empêcher de revendiquer le statut de réfugié ou d'interjeter appel de toute mesure d'expulsion susceptible d'être prise contre lui si le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ou son délégué émet l'avis que M. Bhagwandass constitue un danger pour le public au Canada (paragraphe 70(5) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13] et sous-alinéa 46.01(1)e)(iv) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2). Un tel avis a été émis le 2 décembre 1998, mais il a été annulé le 12 décembre 1999 par l'ordonnance rendue par le juge Gibson suivant un contrôle judiciaire (*Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 1 C.F. 619 (1^{re} inst.)). La Couronne a interjeté appel contre cette décision.

[2] The principal issue before Mr. Justice Gibson related to the scope of the Minister's duty of fairness in the context of danger opinions. On that issue, Mr. Justice Gibson certified a question pursuant to section 83 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*, which I have reworded as follows for the sake of brevity:

Is the Minister's duty of fairness breached when a completed "Request for Minister's Opinion" and a "Ministerial Opinion Report" completed as far as the signature of the reviewing officer and senior analyst, or their equivalents, form part of the material considered by the Minister in rendering a danger opinion under subsection 70(5) or subparagraph 46.01(1)(e)(iv), and the person who is the subject of the reports was not given an opportunity to read and respond to them before the danger opinion was rendered?

[3] After the decision of Mr. Justice Gibson was rendered, a number of decisions were issued in the Trial Division dealing with the same question. Some follow the decision of Mr. Justice Gibson in this case, others do not.

[4] The facts of the case are not disputed. Mr. Bhagwandass came to Canada from Guyana in 1989, a few months before his twelfth birthday, and became a permanent resident on the same date. Between 1992 and 1997, he was convicted of a number of crimes, including drug trafficking and robbery. His criminal record came to the attention of an official of the Ministry of Citizenship and Immigration. On June 19, 1998, the manager of the Calgary office of the Ministry sent a letter to Mr. Bhagwandass. Counsel for the Crown referred to this as a "letter of intent". It states in part as follows:

You are hereby advised that Citizenship and Immigration Canada (CIC) possesses evidence suggesting that you are a person in Canada who is a danger to the public. We intend to request an opinion to that effect from the Minister of Citizenship and Immigration.

[2] La question de principe en litige dont était saisi le juge Gibson avait trait à la portée de l'obligation d'équité du ministre dans le contexte des avis de danger. Relativement à cette question, le juge Gibson a certifié une question aux termes de l'article 83 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*, que j'ai reformulée ainsi à des fins de concision:

Y a-t-il violation de l'obligation d'équité du ministre lorsqu'une [TRADUCTION] «Demande de l'avis du ministre» dûment remplie et qu'un [TRADUCTION] «Rapport sur l'avis du ministre» portant la signature de l'agent de réexamen et de l'analyste principal, ou des documents équivalents, font partie des documents examinés par le ministre pour la délivrance d'un avis fondé sur le paragraphe 70(5) ou sur le sous-alinéa 46.01(1)e(iv), selon lequel la personne qui fait l'objet des rapports constitue un danger pour le public, et que cette personne n'a pas eu la possibilité de les lire et d'y répondre avant que cet avis ne soit formulé?

[3] Après la décision du juge Gibson, un certain nombre de décisions portant sur la même question ont été rendues par la Section de première instance. Certaines suivent la décision rendue par le juge Gibson en l'espèce tandis que d'autres ne le font pas.

[4] Les faits de l'affaire ne sont pas contestés. M. Bhagwandass est venu au Canada en provenance de la Guyane en 1989, quelques mois avant son douzième anniversaire de naissance, et il est devenu résident permanent à la même date. Entre 1992 et 1997, il a été déclaré coupable d'un certain nombre de crimes, notamment pour trafic de drogue et vol qualifié. Un fonctionnaire du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration a pris connaissance de son casier judiciaire. Le 19 juin 1998, le directeur du bureau de Calgary du ministère a envoyé une lettre à M. Bhagwandass. L'avocat de la Couronne a qualifié cette lettre de «lettre d'intention». Celle-ci énonçait en partie ce qui suit:

[TRADUCTION] Vous êtes par la présente informé du fait que Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) détient des éléments de preuve indiquant que vous êtes une personne constituant un danger pour le public au Canada. Nous avons l'intention de demander un avis en ce sens au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.

[5] There follows a summary of the legal consequences of such an opinion, if given. The letter goes on to say that the Minister would consider certain documents relating to Mr. Bhagwandass's criminal record, copies of which were enclosed. In addition, the letter explains that the Minister would make reference to certain publicly available documents relating to the country or countries to which Mr. Bhagwandass might be removed (presumably Guyana). Finally, Mr. Bhagwandass was advised of his right to make written representations and submit documentary evidence. The letter concludes with this:

Any such representations, arguments or evidence will be considered by the Minister but must be received by CIC at the address noted above, on or before the expiration of 15-days from the receipt of this letter. Your evidence, argument or other representations should address whether or not you are a danger to the public, whether compelling *compassionate or humanitarian considerations* are present in your case, or the extent to which your life or freedoms are threatened by removal from Canada.

[6] Several observations may be made about this letter. First, it sets a 15 day time limit for making submissions. It has not been suggested that this time limit is unreasonable. Second, it discloses all of the information then in the possession of Ministry officials that was proposed to be submitted to the Minister. Third, it indicates that in the course of deciding whether to render a danger opinion, the Minister would consider whether Mr. Bhagwandass would be at risk if removed to Guyana, and would also take into account *compassionate or humanitarian considerations*. The relevance of removal risks and *compassionate and humanitarian considerations* to the danger opinion is not stated, but I infer that Mr. Bhagwandass was to understand that such factors, if sufficiently compelling, might lead the Minister to decide not to render a danger opinion, or alternatively not to remove him to Guyana.

[7] From this it follows that the decision as to whether to render a danger opinion was represented to Mr. Bhagwandass as more than simply a determination of whether he was dangerous. It was represented to him as a discretionary decision as to whether or not

[5] La lettre résumait ensuite les conséquences juridiques de cet avis, si celui-ci était donné. La lettre ajoutait que le ministre tiendrait compte de certains documents relatifs au casier judiciaire de M. Bhagwandass, dont les copies étaient jointes. En outre, la lettre expliquait que le ministre ferait référence à certains documents disponibles au public se rapportant au ou aux pays vers lesquels M. Bhagwandass pourrait être renvoyé (vraisemblablement la Guyane). Enfin, M. Bhagwandass a été informé de son droit de présenter des observations écrites et des éléments de preuve documentaire. La lettre se termine ainsi:

[TRADUCTION] Ces observations, arguments et éléments de preuve seront examinés par le ministre, mais ils doivent être reçus par CIC à l'adresse susmentionnée au plus tard 15 jours après la réception de la présente lettre. Les éléments de preuve, les arguments et les autres observations écrites que vous présenterez doivent porter sur les questions de savoir si vous constituez un danger pour le public ou s'il existe des raisons d'ordre humanitaire dans votre cas, ou sur la mesure dans laquelle votre vie ou vos libertés sont menacées par votre renvoi du Canada.

[6] Plusieurs observations peuvent être faites au sujet de cette lettre. Premièrement, elle établit un délai de 15 jours pour la présentation d'arguments. On n'a pas prétendu que ce délai était déraisonnable. Deuxièmement, elle communique tous les renseignements dont disposaient alors les fonctionnaires du ministère et que ces derniers voulaient soumettre au ministre. Troisièmement, elle indique qu'en décidant s'il émettrait un avis de danger, le ministre déterminerait si M. Bhagwandass serait en danger en cas de renvoi en Guyane et il tiendrait compte des raisons d'ordre humanitaire. La pertinence des dangers découlant du renvoi et des considérations d'ordre humanitaire quant à l'avis de danger n'est pas indiquée, mais je déduis que M. Bhagwandass devait comprendre que, s'ils étaient suffisamment convaincants, ces facteurs étaient susceptibles d'amener le ministre à décider de ne pas émettre un avis de danger ou, subsidiairement, de ne pas le renvoyer en Guyane.

[7] Il découle de cela que la décision d'émettre ou non un avis de danger a été présentée à M. Bhagwandass comme étant davantage que la simple détermination de la question de savoir s'il était dangereux. Elle lui a été présentée comme une décision

his status as a permanent resident would be permitted to remain undisturbed despite his criminal record. If I correctly understood the submissions of counsel for the Crown in this case, that is precisely how the Minister and Minister's delegates regard danger opinions.

[8] On August 17, 1998, submissions were made by counsel on behalf of Mr. Bhagwandass. Those submissions included a discussion of humanitarian and compassionate considerations applicable to Mr. Bhagwandass, and evidence of family and community support.

[9] Another Ministry official in Calgary, apparently an immigration officer, prepared a report dated October 7, 1998 based on all of the material referred to in the letter of intent and in the submissions made on behalf of Mr. Bhagwandass. The report is entitled "Ministerial Opinion Report" and consists of a completed form, supplemented by a second page for additional information, summarizing the "danger and criminality information", the "service and submission information" and "other considerations" (said to include humanitarian and compassionate considerations, public policy and removal risk factors). The report concludes with this recommendation:

On the basis of the above information and having considered all relevant factors, I recommend that pursuant to [subsection 70(5)] of the Immigration Act that the Minister's opinion be requested that [Mr. Bhagwandass] is a danger to the public.

[10] This recommendation is signed by the immigration officer. In the portion of the form marked "Manager's comments", are the handwritten words "I concur", followed by the signature of the manager dated October 7, 1998.

[11] The Ministerial Opinion Report was sent to Ministry offices in Ottawa. Mr. Bhagwandass was not given a copy of it before it was sent. Nor was he given an opportunity to respond to it.

discrétionnaire sur la question de savoir si on lui permettrait de conserver son statut de résident permanent malgré son casier judiciaire. Si j'ai bien compris les arguments de l'avocat de la Couronne dans la présente affaire, c'est exactement la manière dont le ministre et ses délégués considèrent les avis de danger.

[8] Le 17 août 1998, l'avocat de M. Bhagwandass a présenté des arguments au nom de ce dernier. Ces arguments comportaient une analyse des raisons d'ordre humanitaire applicables à M. Bhagwandass ainsi que des éléments de preuve de l'appui de la famille et de la collectivité.

[9] Un autre fonctionnaire du ministère à Calgary, apparemment un agent d'immigration, a préparé en date du 7 octobre 1998 un rapport fondé sur tous les documents mentionnés dans la lettre d'intention et dans les arguments présentés au nom de M. Bhagwandass. Le rapport s'intitule [TRADUCTION] «Rapport sur l'avis du ministre» et consiste en un formulaire rempli, auquel est ajouté une seconde feuille contenant des renseignements supplémentaires, qui résume les [TRADUCTION] «renseignements relatifs au danger et aux antécédents judiciaires», les [TRADUCTION] «renseignements sur la signification et les arguments» et les [TRADUCTION] «autres facteurs» (qui comprendraient les raisons d'ordre humanitaire, l'ordre public et les facteurs relatifs aux risques d'un renvoi pour l'intéressé). Le rapport se termine par cette recommandation:

[TRADUCTION] À la lumière des renseignements susmentionnés et après examen de tous les facteurs pertinents, je recommande qu'aux termes [du paragraphe 70(5)] de la Loi sur l'immigration, l'avis du ministre selon lequel [M. Bhagwandass] constitue un danger pour le public soit demandé.

[10] Cette recommandation est signée par l'agent d'immigration. Dans la partie du formulaire intitulée [TRADUCTION] «Commentaires du gestionnaire» se trouvent les mots écrits à la main [TRADUCTION] «Je suis d'accord», suivis par la signature du directeur en date du 7 octobre 1998.

[11] Le Rapport sur l'avis du ministre a été envoyé aux bureaux du Ministère à Ottawa. M. Bhagwandass n'en a pas reçu copie avant son envoi. Il n'a pas eu non plus la possibilité d'y répondre.

[12] In Ottawa a second report, called “Request for Minister’s Opinion”, was prepared by a reviewing officer. The first part of the report, entitled “Danger Profile”, summarizes the criminal record of Mr. Bhagwandass. The second part, entitled “Removal Risk Considerations”, discusses conditions in Guyana. No mention is made of any of the matters set out in the submission made on behalf of Mr. Bhagwandass, except perhaps in the third part of the report entitled “Reviewing Officer’s Comments and Recommendation”, which reads as follows:

I have carefully reviewed the notification letter, the supporting documents identified in this notice and the Ministerial Opinion Report prepared by the CIC as well as the submission presented by the client [Mr. Bhagwandass]. The foregoing documents comprise the entirety of the material provided to the Minister’s delegate in support of the request that he form an opinion that [Mr. Bhagwandass] constitutes a danger to the public pursuant to subsection 70(5) and subparagraph 46.01(1)(e)(iv) of the Immigration Act.

[13] The “Request for Minister’s Opinion” is signed by the reviewing officer on November 25, 1998. Below her signature are the printed words “I concur”, signed by a senior analyst on November 27, 1998. The record does not disclose whether the recommendation of any Ministry official is required before the Minister or Minister’s delegate considers whether a danger opinion ought to be rendered in a particular case. In any event, in this case four Ministry officials made such a recommendation.

[14] It appears that the Request for Minister’s Opinion, completed as far as the signatures of the reviewing officer and senior analyst, was given to the Minister’s delegate for consideration, along with the Ministerial Opinion Report, the documents relating to the criminal record of Mr. Bhagwandass, and the submissions made on his behalf. Mr. Bhagwandass was not given a copy of the Ministerial Opinion Report or the Request for Minister’s Opinion before they were given to the Minister’s delegate. Nor was he given an opportunity to respond to them.

[12] À Ottawa, un second rapport, appelé [TRADUCTION] «Demande de l’avis du ministre», a été préparé par une agente de réexamen. La première partie du rapport, intitulée [TRADUCTION] «Profil du danger», résume les antécédents judiciaires de M. Bhagwandass. La deuxième partie, intitulée [TRADUCTION] «Risques du renvoi», analyse la situation en Guyane. On n’y mentionne aucunement les questions soulevées dans les arguments présentés au nom de M. Bhagwandass, sauf peut-être dans la troisième partie du rapport, qui s’intitule [TRADUCTION] «Remarques et recommandations de l’agent de réexamen», laquelle est rédigée comme suit:

[TRADUCTION] J’ai examiné attentivement la lettre d’avis, les documents à l’appui mentionnés dans cet avis et le Rapport sur l’avis du ministre préparé par CIC de même que les arguments présentés par le client [M. Bhagwandass]. Les documents susmentionnés constituent l’ensemble des documents fournis au délégué du ministre au soutien de la demande d’émission d’un avis selon lequel [M. Bhagwandass] constitue un danger pour le public aux termes du paragraphe 70(5) et du sous-alinéa 46.01(1)e)(iv) de la Loi sur l’immigration.

[13] La «Demande de l’avis du ministre» a été signée par l’agente de réexamen le 25 novembre 1998. La signature de cette dernière est suivie par les mots en lettres moulées [TRADUCTION] «Je suis d’accord» et par la signature apposée par un analyste principal le 27 novembre 1998. Le dossier n’indique pas si la recommandation d’un fonctionnaire du Ministère est requise avant que le ministre ou son délégué détermine si un avis de danger devrait être émis dans un cas particulier. Quoi qu’il en soit, quatre fonctionnaires du Ministère ont fait une recommandation en ce sens en l’espèce.

[14] Il ressort que la Demande de l’avis du ministre, portant les signatures de l’agente de réexamen et de l’analyste principal, a été remise au délégué du ministre pour qu’il l’examine avec le Rapport sur l’avis du ministre, les documents relatifs au casier judiciaire de M. Bhagwandass et les arguments présentés en son nom. M. Bhagwandass n’a pas reçu copie du Rapport sur l’avis du ministre ni de la Demande de l’avis du ministre avant que ceux-ci soient remis au délégué du ministre. Il n’a pas eu non plus la possibilité d’y répondre.

[15] The last part of the “Request for Minister’s Opinion” is a section marked “Decision”, in which the Minister’s delegate signified, by his signature dated December 2, 1998, that he is of the opinion that Mr. Bhagwandass constitutes a danger to the public.

[16] Mr. Bhagwandass was notified of the opinion shortly after it was rendered. The Ministerial Opinion Report and Request for Minister’s Opinion were not disclosed to him at that time. They were disclosed only when he commenced his application for leave and judicial review, when they were included with the documents Mr. Bhagwandass requested for purposes of his leave application.

[17] The *Immigration Act* and Regulations [*Immigration Regulation, 1978, SOR/78-172*] are silent on the procedure to be followed in rendering danger opinions. It is common ground that the procedure actually followed in this case was the procedure normally followed, but no documentary evidence was provided to explain the normal danger opinion procedure or the policies underlying it.

[18] The Crown argued before Justice Gibson, and in this Court, that to compel the advance disclosure of the Ministerial Opinion Report and the Request for Minister’s Opinion would be inconsistent with the decision of this Court in *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.). Mr. Justice Gibson rejected that argument on the basis that the decision of the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 has overtaken *Williams* and is now the governing authority.

[19] Neither *Williams* nor *Baker* deals with the extent of the obligation of a decision maker to disclose to the person affected by the decision the documents to be relied upon so that the person has an opportunity to respond. However, that was the question before this Court in the more recent decision of *Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 407 (C.A.).

[15] La dernière partie de la «Demande de l’avis du ministre» consiste en une section intitulée [TRADUCTION] «Décision», dans laquelle le délégué du ministre a indiqué au moyen de sa signature du 2 décembre 1998 qu’il était d’avis que M. Bhagwandass constituait un danger pour le public.

[16] M. Bhagwandass a été informé de l’avis peu après sa délivrance. Le Rapport sur l’avis du ministre et la Demande de l’avis du ministre ne lui ont pas été communiqués à ce moment-là. Ils ne lui ont été communiqués que lorsqu’il a présenté sa demande d’autorisation et de contrôle judiciaire, ayant été inclus dans les documents demandés par M. Bhagwandass pour les fins de sa demande d’autorisation.

[17] La *Loi sur l’immigration* et le Règlement [*Règlement sur l’immigration de 1978, DORS/78-172*] mentionnent rien quant à la procédure à suivre en matière de délivrance d’avis de danger. Il est admis que la procédure suivie en l’espèce était la procédure habituelle, mais on n’a fourni aucun élément de preuve documentaire pour expliquer la procédure habituelle en matière d’avis de danger ou les principes qui la sous-tendent.

[18] Devant le juge Gibson et devant notre Cour, la Couronne a prétendu que forcer la communication à l’avance du Rapport sur l’avis du ministre et de la Demande de l’avis du ministre serait incompatible avec la décision rendue par la Cour dans *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.). Le juge Gibson a rejeté cet argument au motif que l’arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, avait écarté l’arrêt *Williams* et qu’elle faisait maintenant autorité.

[19] Les arrêts *Williams* et *Baker* ne traitent ni l’un ni l’autre de la portée de l’obligation du décideur de communiquer à la personne touchée par la décision les documents sur lesquels il se fondera, de manière à ce que cette personne ait la possibilité de réagir. Cela était toutefois la question dont était saisie la Cour dans l’arrêt récemment rendu dans l’affaire *Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 4 C.F. 407 (C.A.).

[20] In *Haghighi*, an Iranian citizen had applied for relief under subsection 114(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102] from the requirement to apply for landing from outside Canada. The Minister's delegate denied the relief, relying in part on a report prepared by a post-claims determination officer (PCDO) relating to country conditions in Iran. The PCDO had concluded that the applicant would not face an undue risk of torture or other persecution if returned to Iran. The PCDO report was not disclosed to the applicant before his subsection 114(2) application was considered, although he was aware of all of the documents upon which it was based. This Court, applying the analysis in *Baker*, held that the duty of fairness required that the report be disclosed to the applicant so that he could respond to it before the subsection 114(2) decision was made.

[21] I take from the *Haghighi* decision the proposition that, after *Baker*, the content of the duty of fairness with respect to decisions under subsection 114(2) must be seen as more than minimal. On this point *Baker* overrules the decision of this Court in *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (F.C.A.). However, because of the discretionary nature of a subsection 114(2) decision and the non-adversarial and institutional setting in which it is made, the content of procedural fairness is less than that applicable to an independent adjudicative tribunal deciding the legal rights of individuals.

[22] *Haghighi* also establishes that, in considering whether the duty of fairness requires advance disclosure of an internal Ministry report on which a decision maker will rely in making a discretionary decision, the question is not whether the report is or contains extrinsic evidence of facts unknown to the person affected by the decision, but whether the disclosure of the report is required to provide that person with a reasonable opportunity to participate in a meaningful

[20] Dans *Haghighi*, un citoyen iranien s'était appuyé sur le paragraphe 114(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102] pour demander une dispense de l'exigence de faire une demande d'établissement de l'extérieur du Canada. Le délégué du ministre avait refusé d'accorder la dispense en se fondant en partie sur un rapport préparé par un agent de révision des revendications refusées (ARRR) relativement à la situation en Iran. L'ARRR avait conclu que le demandeur ne ferait pas face à un risque indu de torture ou d'autres formes de persécution s'il retournait en Iran. Le rapport de l'ARRR n'a pas été communiqué au demandeur avant l'examen de sa demande fondée sur le paragraphe 114(2), quoique celui-ci connaissait tous les documents sur lesquels il était fondé. Appliquant l'analyse de l'arrêt *Baker*, la Cour a estimé que l'obligation d'équité exigeait la communication du rapport au demandeur, de manière à ce qu'il puisse y répondre avant qu'il soit statué sur la demande fondée sur le paragraphe 114(2).

[21] Je tire de la décision *Haghighi* l'assertion suivant laquelle après l'arrêt *Baker*, il faut considérer comme étant plus que minimale la teneur de l'obligation d'équité rattachée aux décisions prises aux termes du paragraphe 114(2). Sur cette question, l'arrêt *Baker* écarte l'arrêt rendu par la Cour dans *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (C.A.F.). Toutefois, en raison de la nature discrétionnaire d'une décision prise aux termes du paragraphe 114(2) et du cadre non contradictoire et institutionnel dans lequel elle est rendue, l'obligation d'équité procédurale applicable à cette décision est moindre que celle qui s'applique aux décisions d'un tribunal indépendant exerçant une fonction juridictionnelle qui se prononce sur les droits reconnus aux individus par la loi.

[22] L'arrêt *Haghighi* établit également que lorsqu'on cherche à déterminer si l'obligation d'équité exige la communication à l'avance d'un rapport interne du Ministère sur lequel le décideur s'appuiera pour rendre une décision discrétionnaire, la question ne consiste pas à savoir si le rapport constitue ou contient la preuve de faits inconnus de la personne touchée par la décision, mais bien à savoir si la communication du rapport est requise pour que cette

manner in the decision-making process. The factors that may be taken into account in that regard may include the following: (i) the nature and effect of the decision within the statutory scheme, (ii) whether, because of the expertise of the writer of the report or other circumstances, the report is likely to have such a degree of influence on the decision maker that advance disclosure is required to “level the playing field”, (iii) the harm likely to arise from a decision based on an incorrect or ill-considered understanding of the relevant circumstances, (iv) the extent to which advance disclosure of the report is likely to avoid the risk of an erroneously based decision, and (v) any costs likely to arise from advance disclosure, including delays in the decision-making process.

[23] A consideration of those factors led the Court in *Haghighi* to conclude that the duty of fairness required advance disclosure of the PCDO report in issue in that case. In my view, the reasoning in *Haghighi* is compelling and should govern the result in this case, unless it can be distinguished on the basis of the difference between a discretionary decision under subsection 114(2) and a danger opinion under subsection 70(5) or subparagraph 46.01(1)(e)(iv). It is in that context that it is useful to consider *Williams*.

[24] There were several issues in *Williams*, but for present purposes it is necessary to refer to only two. The first was whether subsection 70(5) of the *Immigration Act*, one of the two danger opinion provisions, was invalid because it breached section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. It was said in *Williams* that the public policy reason for deporting permanent residents who commit crimes of a certain seriousness is that they have deliberately violated an essential condition under which they were permitted to remain in Canada (referring to *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711). Such a

personne ait une possibilité raisonnable de participer d'une manière significative au processus de prise de décision. Les facteurs qui peuvent être pris en considération à cet égard sont notamment: (i) la nature et l'effet de la décision dans le cadre du régime législatif; (ii) la question de savoir si, en raison de l'expertise de l'auteur du rapport ou d'autres circonstances, le rapport aura probablement une influence telle sur le décideur que la communication à l'avance est requise pour «équilibrer les chances»; (iii) le préjudice qui pourrait vraisemblablement découler d'une décision fondée sur une mauvaise compréhension ou sur un examen erroné des faits pertinents; (iv) la mesure dans laquelle la communication à l'avance du rapport permettrait d'éviter le risque qu'une décision mal fondée soit rendue; (v) les coûts que la communication à l'avance pourrait entraîner, dont ceux liés aux retards dans le processus de prise de décision.

[23] L'examen de ces facteurs a amené la Cour à conclure, dans *Haghighi*, que l'obligation d'équité exigeait la communication à l'avance du rapport de l'ARRR en cause dans cette affaire. J'estime que le raisonnement suivi dans *Haghighi* est convaincant et qu'il doit déterminer l'issue de la présente affaire à moins que celle-ci puisse faire l'objet d'une distinction fondée sur la différence entre une décision discrétionnaire prise aux termes du paragraphe 114(2) et un avis de danger émis aux termes du paragraphe 70(5) ou du sous-alinéa 46.01(1)e)(iv). C'est dans ce contexte qu'il est utile d'examiner l'arrêt *Williams*.

[24] Il y avait plusieurs questions en litige dans *Williams*, mais pour les fins de la présente affaire, il est nécessaire d'en aborder seulement deux. La première consistait à savoir si le paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration*, l'une des deux dispositions relatives à l'avis de danger, était invalide au motif qu'il contrevenait à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Il a été dit dans cet arrêt que les résidents permanents ayant commis des crimes d'une certaine gravité étaient expulsés pour la raison d'ordre public que ceux-ci avaient délibérément contrevenu à une condition essentielle à laquelle il leur avait été

person has no further right to remain in Canada. His Charter rights are not breached by the lawful execution of a deportation order. Similarly, the Charter is not breached merely because a deportation order cannot be appealed to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board.

[25] The second issue in *Williams* that should be considered in this case is whether reasons must be given for a danger opinion. The Court said that although it is always preferable for a decision maker to give reasons for his or her decision, failure to give reasons for a danger opinion is not a breach of the principles of fundamental justice or the duty of fairness.

[26] These two propositions from *Williams* are based on a rejection of the argument that the legal effect of a danger opinion under subsection 70(5) is deportation. Clearly, a subsection 70(5) danger opinion is not a deportation order or removal order. It merely precludes an appeal of a deportation order to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, which means, in practical terms, that the Appeal Division cannot consider the humanitarian and compassionate grounds for not executing the deportation order. It was said in *Williams* that those same considerations may be considered by the Minister under subsection 114(2) to grant the same discretionary relief. Therefore, it was said, the danger opinion merely substituted the possibility of one form of discretionary relief for another.

[27] A similar argument was made by the Crown in this case. It was suggested that a negative subsection 114(2) decision represents an applicant's last chance for relief on humanitarian and compassionate grounds from the requirements of the *Immigration Act*, and that is a factor that may justify additional procedural protections. By contrast, a person who is the subject of a danger opinion retains the right to seek humani-

permis de demeurer au Canada (référence à l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711). Une telle personne n'a plus le droit de demeurer au Canada. L'exécution légale d'une mesure d'expulsion ne porte pas atteinte aux droits que lui garantit la Charte. De la même manière, il n'y a pas atteinte à la Charte du simple fait que la mesure d'expulsion ne peut pas faire l'objet d'un appel à la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

[25] La deuxième question en litige de l'arrêt *Williams* qui doit être examinée en l'espèce consiste à savoir si un avis de danger doit être motivé. La Cour a dit que même s'il était toujours préférable que le décideur fournisse les motifs de sa décision, l'omission de donner les motifs au soutien d'un avis de danger ne constituait pas une violation des principes de justice fondamentale et de l'obligation d'équité.

[26] Ces deux assertions tirées de l'arrêt *Williams* sont fondées sur le rejet de l'argument voulant que l'effet juridique d'un avis de danger émis en vertu du paragraphe 70(5) soit l'expulsion. De toute évidence, un avis de danger émis aux termes du paragraphe 70(5) n'est pas une mesure d'expulsion ni une mesure de renvoi. Il ne fait qu'empêcher qu'il y ait appel d'une mesure d'expulsion auprès de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, ce qui signifie concrètement que la section d'appel ne peut pas prendre en considération les raisons d'ordre humanitaire pour ne pas exécuter la mesure d'expulsion. Il a été dit dans *Williams* que le ministre pouvait tenir compte de ces raisons pour accorder la même réparation discrétionnaire en vertu du paragraphe 114(2). Il a été dit qu'en conséquence, l'avis de danger avait simplement remplacé une forme possible de réparation discrétionnaire par une autre.

[27] La Couronne a présenté un argument semblable en l'espèce. On a fait valoir que lorsque la décision visée par le paragraphe 114(2) était défavorable, le demandeur avait perdu la dernière chance d'obtenir une dispense des exigences de la *Loi sur l'immigration* pour des raisons d'ordre humanitaire et que cela constituait un facteur pouvant justifier des protections procédurales supplémentaires. Par opposition, une

tarian and compassionate relief under subsection 114(2) from a deportation or removal decision. On that basis, it was argued, the effect of a danger opinion is not as dire as the effect of a negative subsection 114(2) decision, and the procedural protections should be correspondingly less.

[28] I am unable to distinguish *Haghighi* on the basis suggested by the Crown. I do not quarrel with the conclusion in *Williams* that the issuance of a danger opinion does not engage section 7 of the Charter, but I do not take *Williams* as requiring a conclusion that the legal and practical effect of the danger opinion is less significant than a negative subsection 114(2) decision. As noted in *Baker*, a negative subsection 114(2) decision may have the effect of facilitating deportation, because an application under subsection 114(2) represents the last hope for avoiding removal from Canada. Similarly, the effect of a danger opinion is to facilitate removal. This accords with what I understand to be the purpose of subsection 70(5) and subparagraph 46.01(1)(e)(i), which is to take away one potential obstacle to the speedy removal of dangerous criminals from Canada.

[29] Quite apart from that, it bears repeating that when Mr. Bhagwandass was notified that a danger opinion was being considered, he was asked to make submissions relating to humanitarian and compassionate considerations applicable to his situation. He was led to believe, and the practice is, that those considerations are taken into account in determining whether the danger opinion ought to be rendered. Although it would be possible for Mr. Bhagwandass, if the danger opinion were rendered, to make a further application under subsection 114(2) asking for specific relief from deportation or removal, it is difficult to imagine how a subsection 114(2) decision could reasonably be expected to be favourable if the same considerations did not deter the rendering of the danger opinion. It is possible that, after the danger opinion is rendered and before removal, circumstances could change that could

personne faisant l'objet d'un avis de danger conserve le droit de demander que, pour des raisons d'ordre humanitaire aux termes du paragraphe 114(2), une mesure d'expulsion ou de renvoi ne soit pas exécutée. On a prétendu que, pour ces motifs, l'effet d'un avis de danger n'était pas aussi grave que celui d'une décision défavorable rendue aux termes du paragraphe 114(2) et que les protections procédurales devaient être corrélativement moins grandes.

[28] Je ne peux pas faire une distinction d'avec *Haghighi* de la manière proposée par la Couronne. Je ne conteste pas la conclusion de l'arrêt *Williams* selon laquelle la délivrance d'un avis de danger ne fait pas intervenir l'article 7 de la Charte, mais je n'interprète pas cet arrêt comme exigeant la conclusion que l'effet juridique et concret de l'avis de danger est moins important qu'une décision défavorable rendue aux termes du paragraphe 114(2). Comme il a été souligné dans l'arrêt *Baker*, une décision défavorable prise en vertu du paragraphe 114(2) peut avoir comme effet d'ouvrir la voie à l'expulsion parce qu'une demande fondée sur ce paragraphe constitue la dernière chance d'éviter le renvoi du Canada. De la même manière, l'avis de danger doit mener au renvoi. Cela est compatible avec ce que je considère être l'objet du paragraphe 70(5) et du sous-alinéa 46.01(1)e)(iv), qui consiste à éliminer un obstacle potentiel au renvoi rapide des criminels dangereux du Canada.

[29] Hormis cela, il vaut la peine de répéter que lorsqu'on a informé M. Bhagwandass qu'on étudiait la possibilité d'émettre un avis de danger, on lui a demandé de présenter des arguments relatifs aux raisons d'ordre humanitaire applicables dans son cas. Il a été amené à croire, ce qui correspond à la pratique, que ces raisons étaient prises en considération dans l'examen de la question de savoir si l'avis de danger devait être émis. Même s'il serait possible pour M. Bhagwandass, une fois l'avis de danger émis, de demander la dispense prévue au paragraphe 114(2) relativement à l'expulsion ou au renvoi, il est difficile d'imaginer comment on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'une décision fondée sur ce paragraphe soit favorable si les mêmes raisons n'ont pas empêché la délivrance de l'avis de danger. Il est possible qu'après la délivrance de l'avis de danger et

motivate a favourable subsection 114(2) decision, but it seems to me that in most cases the time interval between those two events would be relatively short and the likelihood of a significant change in circumstances correspondingly small. To rely on the technical possibility of a last-minute favourable subsection 114(2) decision as a reasonable basis for imposing a lower standard of procedural fairness on a danger opinion is to prefer form to reality.

[30] The Crown also argues that the degree of procedural protection should be relatively low for danger opinions because the subject of a danger opinion, having acquired a criminal record of the requisite seriousness, has already breached one of the conditions upon which he was granted landing and is thus undeserving of the additional procedural protection that is being sought in this case. I do not accept this argument. The public has a substantial interest in the speedy removal of criminals who may be dangerous, but at the same time Parliament has implicitly recognized that not all criminals are dangerous, and has entrusted the Minister with the widest possible degree of discretion to determine which criminals are so dangerous that they should be denied the right to claim refugee status and to appeal a deportation order. Timely disclosure of the documents in issue in this case is intended only to enhance the fairness of the danger opinion procedure.

[31] Finally, the Crown argues that the danger opinion procedure is not adversarial and for that reason the Minister's duty of fairness fall at the low end of the spectrum. I cannot accept this argument. It seems to me, on the contrary, that the danger opinion procedure adopted by the Minister suggests the need for a higher standard of fairness than for subsection 114(2) decisions. That is because the procedure is adversarial from the outset and remains so until its conclusion. The procedure in this case began with the letter of intent dated June 19, 1998 which informed Mr. Bhagwandass that an official of the Ministry believed that a danger opinion was warranted. It speaks of representations, arguments and evidence

avant le renvoi, les circonstances changent de manière à motiver une décision favorable fondée sur le paragraphe 114(2), mais il me semble que dans la plupart des cas, le délai écoulé entre les deux événements sera relativement court et que la probabilité d'un changement de situation sera corrélativement faible. Invoquer la possibilité théorique d'une décision favorable de dernière minute aux termes du paragraphe 114(2) comme motif raisonnable d'imposition d'une norme d'équité procédurale moins exigeante en matière d'avis de danger revient à préférer la forme à la réalité.

[30] La Couronne prétend également que le niveau de protection procédurale devrait être relativement bas en matière d'avis de danger parce que la personne visée, ayant un casier judiciaire de la gravité requise, a déjà contrevenu à l'une des conditions auxquelles son droit d'établissement est assujéti, de sorte qu'elle ne mérite pas la protection procédurale supplémentaire sollicitée en l'espèce. Je n'accepte pas cet argument. Le public a un intérêt véritable à ce que les criminels susceptibles d'être dangereux soient renvoyés rapidement, mais le législateur a par ailleurs implicitement reconnu que les criminels ne sont pas tous dangereux et a conféré au ministre le pouvoir discrétionnaire le plus large possible pour que celui-ci détermine quels criminels sont dangereux au point où ils doivent être privés du droit de revendiquer le statut de réfugié et d'interjeter appel contre une mesure d'expulsion. La communication en temps opportun des documents en cause en l'espèce vise seulement à rehausser l'équité de la procédure de l'avis de danger.

[31] Enfin, la Couronne soutient que la procédure de l'avis de danger n'est pas contradictoire et que, pour ce motif, l'obligation d'équité du ministre n'existe qu'à un faible degré. Je ne peux pas accepter cet argument. Il me semble au contraire que la procédure de l'avis de danger adoptée par le ministre laisse voir la nécessité d'une norme d'équité plus exigeante que la norme applicable aux décisions prises aux termes du paragraphe 114(2). Cela est dû au fait que la procédure est contradictoire dès ses débuts et qu'elle le demeure jusqu'à la fin. Dans la présente affaire, la procédure a commencé par la lettre d'intention du 19 juin 1998 informant M. Bhagwandass qu'un fonctionnaire du Ministère croyait qu'un avis de

being considered by the Minister, which are clearly the badges of an adversarial process. The last step in the procedure, before the decision was rendered, was the presentation to the Minister's delegate of the Ministerial Opinion Report and the Request for Minister's Opinion. Given their content and apparent purpose, those documents can properly be characterized as instruments of advocacy, in which Ministry officials recommend the rendering of a danger opinion and state the facts that they believe justify such a recommendation. The documents indicate as clearly as can be that Ministry officials had aligned themselves against Mr. Bhagwandass. They are not to be criticized for that. They were obviously asked for their views and were entitled to state them. But to characterize the procedure as non-adversarial is simply not consistent with the evidence.

[32] I have also concluded that the disclosure of the Ministerial Opinion Report and the Request for Minister's Opinion would not result in such delays in the deportation of dangerous persons that the object of the legislation would be frustrated. The additional delay need not be lengthy. It would be open to the Minister to impose deadlines on final submissions on the reports, to limit those submissions to points raised or that should have been raised in the reports on the basis of evidence previously submitted, and to refuse to accept any additional evidence, except in special circumstances. Also, the disclosure of the reports and responding submissions, if properly made, could defuse any possible argument that the Minister or Minister's delegate has disregarded some important information, potentially removing one ground from many applications for judicial review of danger opinions. That could result in an overall reduction of delay in the removal of dangerous criminals.

[33] The Crown also argued that, according to *Baker*, the Ministerial Opinion Report and the Request for Minister's Opinion are "reasons" and therefore it makes no sense to require their disclosure before the

danger s'imposait. Cette lettre mentionne les observations, les arguments et la preuve qui sont pris en considération par le ministre, lesquels constituent manifestement les attributs d'un processus contradictoire. La dernière étape de la procédure, avant la prise de la décision, a été la présentation au délégué du ministre du Rapport sur l'avis du ministre et de la Demande de l'avis du ministre. Étant donné le contenu et l'objet apparent de ces documents, ceux-ci peuvent à juste titre être qualifiés d'outils de plaidoirie par lesquels les fonctionnaires du ministère recommandent la délivrance d'un avis de danger et énoncent les faits pour lesquels ils croient que cette recommandation est justifiée. Il ressort, on ne peut plus clairement, des documents que les fonctionnaires du ministère s'étaient ligüés contre M. Bhagwandass. Il ne faut pas les critiquer pour cela. Ils se sont manifestement fait demander leur avis et ils avaient le droit de l'exprimer. Mais le fait de qualifier la procédure de non contradictoire n'est tout simplement pas compatible avec la preuve.

[32] J'ai aussi conclu que la communication du Rapport sur l'avis du ministre et de la Demande de l'avis du ministre ne retarderait pas l'expulsion des personnes dangereuses au point où l'objet de la loi ne serait pas respecté. Il n'est pas nécessaire que le délai supplémentaire soit long. Il serait loisible au ministre d'imposer un délai relatif aux observations finales sur les rapports, de restreindre ces observations aux questions soulevées ou qui auraient dû être soulevées dans les rapports en raison des éléments de preuve présentés antérieurement et de refuser d'accepter tout nouvel élément de preuve sauf dans des circonstances spéciales. De plus, si elle est bien faite, la communication des rapports et des observations y répondant pourrait permettre d'écarter l'argument possible que le ministre ou son délégué n'a pas tenu compte de certains renseignements importants, ce qui est susceptible d'éliminer un motif à l'appui de nombreuses demandes de contrôle judiciaire d'avis de danger. Cela pourrait donner lieu à une réduction globale du délai de renvoi des criminels dangereux.

[33] La Couronne a également soutenu que, conformément à l'arrêt *Baker*, le Rapport sur l'avis du ministre et la Demande de l'avis du ministre constituaient des «motifs», de sorte qu'il était illogique

decision is rendered. This argument evaporates when the *Baker* decision is properly understood. Before *Baker*, the general view was that the duty of fairness did not require reasons to be given for subsection 114(2) decisions. *Baker* established the proposition that reasons are required for such decisions. However, in the particular circumstances of that case, the notes of the decision maker were found to suffice as reasons. The basis for that conclusion is the factual inference that the reasons for the decision are disclosed in the notes made by the decision maker, even if they were not intended as reasons when they were written.

[34] What is sought in this case is disclosure of the Ministerial Opinion Report and the Request for Minister's Opinion when they are completed as far as the signatures of the reviewing officer and senior analyst, and before they are submitted to the Minister. At that point in time, they were not and could not be the reasons for rendering the danger opinion, because no opinion had been rendered. The Minister or Minister's delegate accepted the recommendation of the Ministry officials as set out in the two reports and rendered the danger opinion, and could have adopted the reports as the reasons for doing so. Whether the reports were so adopted in this case is a factual question that does not need to be addressed because the merits of the danger opinion itself are not in issue.

[35] For the foregoing reasons, I conclude that the Minister breached the duty of fairness to Mr. Bhagwandass by failing to disclose to him the Ministerial Opinion Report and the Request for Minister's Opinion, in the form in which they were presented to the Minister or Minister's delegate, to afford Mr. Bhagwandass a reasonable opportunity to respond to them. I agree with Justice Gibson that the certified question should be answered in the affirmative, and I would dismiss this appeal.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

d'exiger leur communication avant que la décision ne soit rendue. Cet argument ne tient plus lorsque l'arrêt *Baker* est bien compris. Avant cet arrêt, il était généralement estimé que l'obligation d'équité n'exigeait pas que des motifs soient fournis pour les décisions rendues aux termes du paragraphe 114(2). L'arrêt *Baker* a établi que ces décisions devaient être motivées. Toutefois, dans les circonstances particulières de cette affaire, il a été conclu que les notes du décideur suffisaient pour constituer des motifs. Le fondement de cette conclusion est l'inférence factuelle selon laquelle les motifs de la décision sont énoncés dans les notes du décideur, même si ces notes n'ont pas été écrites en tant que motifs.

[34] Ce qu'on sollicite en l'espèce, c'est la communication du Rapport sur l'avis du ministre et de la Demande de l'avis du ministre, après leur signature par l'agente de réexamen et l'analyste principal et avant leur présentation au ministre. À ce moment-là, ils ne constituaient pas et ne pouvaient pas constituer les motifs de l'avis de danger puisqu'aucun avis n'avait été émis. Le ministre ou son délégué a accepté la recommandation des fonctionnaires du Ministère énoncée dans les deux rapports, il a émis l'avis de danger et il aurait pu adopter les rapports comme motifs de cet avis. La question de savoir si les rapports ont été adoptés de la sorte en l'espèce est une question factuelle qu'il n'y a pas lieu de trancher parce que le bien-fondé de l'avis de danger lui-même n'est pas en cause.

[35] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que le ministre a contrevenu à son obligation d'équité envers M. Bhagwandass en faisant défaut de lui communiquer le Rapport sur l'avis du ministre et la Demande de l'avis du ministre, dans la forme où ceux-ci ont été présentés au ministre ou à son délégué, et de lui fournir ainsi une possibilité raisonnable d'y répondre. Je suis d'accord avec le juge Gibson que la question certifiée doit recevoir une réponse affirmative, et je suis d'avis de rejeter le présent appel.

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

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

T-1916-99
2001 FCT 34

T-1916-99
2001 CFPI 34

Canadian Restaurant and Foodservices Association
(*Applicant*)

Association canadienne des restaurateurs et des services alimentaires (*demanderesse*)

v.

c.

Canadian Dairy Commission (*Respondent*)

Commission canadienne du lait (*défenderesse*)

and

et

The Canadian Milk Supply Management Committee, The Prince Edward Island Milk Marketing Board, The New Brunswick Milk Marketing Board, The Fédération des producteurs de lait du Québec, The Dairy Farmers of Ontario, The Manitoba Milk Producers and Attorney General of Québec
(*Intervenors*)

Le Comité canadien de gestion des approvisionnements de lait, l'Office de mise en marché du lait de l'Île-du-Prince-Édouard, la Régie de mise en marché du lait du Nouveau-Brunswick, la Fédération des producteurs de lait du Québec, les Producteurs laitiers de l'Ontario, Les producteurs de lait du Manitoba et la procureure générale du Québec
(*intervenants*)

INDEXED AS: CANADIAN RESTAURANT AND FOODSERVICES ASSN. v. CANADA (DAIRY COMMISSION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: ASSOCIATION CANADIENNE DES RESTAURATEURS ET DES SERVICES ALIMENTAIRES c. CANADA (COMMISSION DU LAIT) (1^{re} INST.)

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Ottawa, January 16, 17, 18 and February 7, 2001.

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—Ottawa, 16, 17 et 18 janvier et 7 février 2001.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Judicial review of Canadian Milk Supply Management Committee's denial of application for Class 5a) milk permits — Court not having jurisdiction to review decision because CMSMC not federal board, commission or other tribunal within Federal Court Act, s. 2(1) — CMSMC not created by federal statute, but under federal-provincial agreement (NMMP) — That federal-provincial agreement approved by order in council not sufficient to bring CMSMC "under" Act of Parliament — "Conferred by or under an Act of Parliament" in s. 2(1) meaning source of jurisdiction must be found in Act of Parliament — CMSMC's powers come directly from P-9 Agreement (federal-provincial agreement modifying NMMP) which never became law — Powers exercised by CMSMC pursuant to P-9 Agreement expressly delegated to provincial boards which in turn, through Agreement, mandated CMSMC — Nothing in Act, Regulations permitting delegation of federal powers to CMSMC — Any mandate given to CMSMC given by provincial signatories through Agreement — CMSMC not controlled directly, indirectly by federal body.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Comité canadien de gestion des approvisionnements de lait a rejeté une demande de permis de la classe 5a) — La Cour n'a pas compétence pour contrôler la décision parce que le CCGAL n'est pas un office fédéral au sens de l'art. 2(1) de la Loi sur la Cour fédérale — Le CCGAL n'est pas créé par une loi fédérale, mais a été constitué en vertu d'une entente fédérale-provinciale (PNCL) — Le fait que l'entente fédérale-provinciale ait été approuvée par décret ne suffit pas pour que le CCGAL soit «visé» par une loi fédérale — Les mots «conferred by or under an Act of Parliament» (prévus par une loi fédérale) à l'art. 2(1) signifient que la compétence doit trouver sa source dans une loi fédérale — Les pouvoirs du CCGAL découlent directement de l'Entente des P-9 (une entente fédérale-provinciale modifiant le PNCL) qui n'est jamais devenue loi — Les pouvoirs exercés par le CCGAL en vertu de l'Entente des P-9 ont été expressément délégués aux offices provinciaux qui, à leur tour, ont mandaté le CCGAL en vertu de l'Entente — Ni la Loi ni le Règlement ne permettent la délégation de pouvoirs fédéraux au CCGAL — Le mandat du CCGAL lui a été confié par les signataires provinciaux en vertu de l'entente — Le CCGAL n'est pas contrôlé directement ou indirectement par un office fédéral.

This was an application for judicial review of the Canadian Milk Supply Management Committee's denial of the applicant's application for Class 5a milk permits. Both the federal and provincial governments exercise jurisdiction over the regime of milk supply management in Canada. In order to regulate in a seamless way both the intraprovincial and interprovincial trade in dairy products, both levels of governments have entered into the National Milk Marketing Plan (NMMP) and the Comprehensive Agreement on Special Class Pooling (P-9 Agreement). The P-9 Agreement includes a Memorandum of Understanding (MOU), which establishes an agreement respecting the manner in which the signatories exercise their authorities and responsibilities in relation to Special Class Pooling, and an Addendum which establishes and operates the Special Milk Class Permit Program (SMCPP). The SMCPP is a program to maintain the competitive trade, both domestic and international, in dairy products, to establish the pricing of milk marketed in interprovincial trade, and to pool returns. The SMCPP provides for five categories of milk including Special Milk Class 5a), which consisted of cheese ingredients for further processing for the domestic and export markets. The SMCPP contemplates that access to the special milk classes will be through a permit system administered by the Canadian Dairy Commission (CDC) under the policy, direction and supervision of the CMSMC.

The CDC is a federal crown corporation, which has been granted certain powers under the *Canadian Dairy Commission Act* in order to provide milk and cream producers with the opportunity of obtaining a fair return for their labour and investment, and to provide consumers with a continuous and adequate supply of dairy products of high quality. Section 9.1 permits the CDC to enter into an agreement with the provinces to provide for the co-ordinated marketing of dairy products. The CDC has authority to delegate to a provincial board many of its powers. The Canadian Milk Supply Management Committee (CMSMC) is a committee created by contract. It is responsible for the supervision and policy determinations required of it by the NMMP.

The applicant's members are manufacturers of fresh pizza who derive most of their revenues from home deliveries. The CRFA proposed expansion of the product eligibility criteria for the SMCPP in order to give manufacturers of fresh pizza access to Class 5a) milk permits. When the CMSMC rejected the proposal, the CRFA applied for judicial review of that decision.

Federal Court Act, subsection 2(1) defines "federal board, commission or other tribunal" as any body having powers "conferred by or under an Act of Parliament", or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body established by or under a law of a province.

Il s'agissait en l'espèce d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Comité canadien de gestion des approvisionnements de lait a rejeté la demande de permis de la classe 5a) présentée par la demanderesse. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont compétence sur la gestion des approvisionnements de lait au Canada. Afin de permettre une réglementation uniforme du commerce interprovincial et intraprovincial des produits laitiers, les deux ordres de gouvernement ont conclu le Plan national de commercialisation du lait (PNCL) et l'Entente globale sur la mise en commun du lait de classe spéciale (Entente des P-9). L'Entente des P-9 comprend un protocole d'entente, qui établit un accord quant à la manière dont les signataires exercent leurs pouvoirs et s'acquittent de leurs responsabilités eu égard à la mise en commun du lait de classe spéciale, et un addenda, qui établit le Programme de permis des classes spéciales de lait (PPCSL). Le PPCSL est un programme destiné à maintenir la concurrence, tant sur le plan intérieur que sur le plan international, dans la vente des produits laitiers, à fixer le prix du lait vendu dans le cadre du commerce interprovincial et à effectuer la mise en commun des revenus. Le PPCSL prévoit cinq classes de lait, notamment la classe 5a) qui concerne le fromage comme ingrédient pour la transformation secondaire aux fins des marchés intérieurs et d'exportation. Le PPCSL prévoit qu'il est possible d'obtenir du lait des diverses classes grâce à un système de permis régi par la Commission canadienne du lait (CCL) sous la supervision du CCGAL.

La CCL est une société d'État à laquelle la *Loi sur la Commission canadienne du lait* confère certains pouvoirs pour qu'elle remplisse sa mission qui consiste à permettre aux producteurs de lait et de crème d'obtenir une juste rétribution de leur travail et de leur investissement, et d'assurer aux consommateurs un approvisionnement continu et suffisant de produits laitiers de qualité. L'article 9.1 autorise la CCL à conclure avec les provinces un accord pour coordonner la commercialisation des produits laitiers. La CCL est habilitée à déléguer de nombreux pouvoirs à un office provincial. Le Comité canadien de gestion des approvisionnements de lait (CCGAL) est un comité créé par entente. Il est chargé de déterminer les politiques et de superviser la mise en application du PNCL.

Les membres de la demanderesse sont des fabricants de pizza fraîche qui tirent la plupart de leurs revenus de la livraison à domicile. L'ACRSA a proposé d'élargir les critères d'admissibilité des produits au PPCSL afin que les fabricants de pizza fraîche puissent obtenir des permis de classe 5a). Le CCGAL ayant décidé de rejeter sa proposition, l'ACRSA a présenté une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit qu'un «office fédéral» est un organisme ayant les pouvoirs «prévus par une loi fédérale» ou par une ordonnance prise en vertu d'une prerogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale.

The issue was whether the Court had jurisdiction to review the exercise of powers by the CMSMC, which in turn depended upon whether the CMSMC was a federal board, commission or other tribunal within the meaning of the *Federal Court Act*, subsection 2(1).

Held, the application should be dismissed.

The Court did not have jurisdiction to review the decision because the CMSMC is not a “federal board, commission or other tribunal” as provided by subsection 2(1).

The applicant argued that the CMSMC acts as a federal body for the purposes of the administration of the SMCPP. The CMSMC was not created by federal statute. It was created by the agreement (the NMMP) and any power that it has relevant to special class pooling does not derive from an Act of Parliament, but from the P-9 Agreement, a federal-provincial agreement.

The applicant argued that the order in council approving the federal-provincial agreement should be enough to bring the CMSMC “under” an Act of Parliament. The words “conferred by or under an Act of Parliament” in subsection 2(1) only mean that the source of the jurisdiction must be found in an Act of Parliament. This is made clear by the use of the word “*prévus*” in the French version.

The applicant submitted that any powers exercised under federal-provincial agreements are powers under an Act of Parliament. *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533, relied upon by applicant, was distinguished as the CMSMC is not a creature of statute and the federal-provincial agreement, although approved by order in council, never became law.

While it may be possible that where the powers are exercised pursuant to a regulation, the CMSMC could be considered a federal body, there is no regulation setting out the role of the CMSMC and how it is to perform it with respect to the permit program.

In summary, while the matters covered by the P-9 Agreement are in essence federal matters, the CMSMC does not exercise powers conferred by or under an Act of Parliament; these powers come directly from the P-9 Agreement which never became law.

In addition, the powers exercised by the CMSMC pursuant to the P-9 Agreement were expressly delegated to the provincial boards which in turn, through the Agreement, mandated the CMSMC. Nothing in the Act or Regulations allows any delegation of the federal powers to the CMSMC. Any mandate given to the CMSMC as far as pricing and pooling are concerned was given by the provincial signatories through the agreement. The question of the ability for the province to give such a mandate to the CMSMC is not

Il s’agissait de déterminer si la Cour avait compétence pour contrôler l’exercice des pouvoirs du CCGAL, ce qui dépendait de la question de savoir si le CCGAL est un office fédéral au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Jugement: la demande est rejetée.

La Cour n’avait pas compétence pour contrôler la décision parce que le CCGAL n’est pas un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1).

La demanderesse a soutenu que le CCGAL est un office fédéral aux fins de l’application du PPCSL. Le CCGAL n’a pas été créé par une loi fédérale. Il a été constitué en vertu de l’entente (le PNCL) et tous les pouvoirs qu’il possède relativement à la mise en commun du lait de classe spéciale ne découlent pas d’une loi fédérale, mais plutôt de l’Entente des P-9, une entente fédérale-provinciale.

La demanderesse a soutenu que le décret approuvant l’entente fédérale-provinciale devrait être suffisant pour que le CCGAL soit «visé» par une loi fédérale. Les mots «*conferred by or under an Act of Parliament*» (prévus par une loi fédérale) au paragraphe 2(1) signifient simplement que la compétence doit trouver sa source dans une loi fédérale. Le texte français de la disposition l’indique clairement puisqu’on y utilise les mots «prévus».

La demanderesse a soutenu que tous les pouvoirs exercés en vertu d’ententes fédérales-provinciales sont des pouvoirs prévus par une loi fédérale. Une distinction a été faite avec la décision *Administration régionale Crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533, invoquée par la demanderesse, puisque le CCGAL n’est pas une création de la loi et que l’entente fédérale-provinciale, même si elle a été approuvée par décret, n’est jamais devenue loi.

Même si on pourrait considérer, lorsque les pouvoirs sont exercés en vertu d’un texte réglementaire, que le CCGAL est un office fédéral, il n’y a aucun texte réglementaire prévoyant le rôle du CCGAL et la manière dont il doit s’en acquitter eu égard au programme de permis.

En résumé, même si les questions visées par l’Entente des P-9 sont essentiellement de nature fédérale, le CCGAL n’exerce pas des pouvoirs prévus par une loi fédérale; ces pouvoirs découlent directement de l’Entente des P-9 qui n’est jamais devenue loi.

De plus, les pouvoirs exercés par le CCGAL en vertu de l’Entente des P-9 ont été expressément délégués aux offices provinciaux qui, à leur tour, ont mandaté le CCGAL en vertu de l’Entente. Ni la Loi ni le Règlement ne permettent la délégation de pouvoirs fédéraux au CCGAL. Le mandat du CCGAL en ce qui concerne la fixation du prix et la mise en commun lui a été confié par les signataires provinciaux en vertu de l’Entente. La question de savoir si la province était habilitée à confier un tel mandat au CCGAL n’a pas

before the Court. The CMSMC is not controlled directly or indirectly by a federal body, the CDC acting solely as an agent in carrying out administrative functions in the operation of the program.

été soumise à la Cour. Le CCGAL n'est pas contrôlé directement ou indirectement par un office fédéral, la CCL agissant uniquement à titre de mandataire dans l'exécution des fonctions administratives nécessaires à l'application du programme.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Dairy Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-15, ss. 2, 8, 9 (as am. by S.C. 1994, c. 26, s. 19; 1995, c. 23, s. 2), 9.1 (as enacted *idem*, s. 3).
- 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, 92.
- Dairy Products Marketing Regulations*, SOR/94-466.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18, 18.1(3) (as enacted *idem*, s. 5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

British Columbia (Milk Marketing Board) v. Aquilini, [1997] B.C.J. No. 843 (S.C.) (QL); affd in part (1998), 165 D.L.R. (4th) 626; 9 Admin. L.R. (3d) 1; 112 B.C.A.C. 119; 59 B.C.L.R. (3d) 143 (C.A.); *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533; (1991), 81 D.L.R. (4th) 659; 1 Admin L.R. (2d) 173 (C.A.).

REFERRED TO:

Ontario (Chicken Producers' Marketing Board) v. Canada (Chicken Marketing Agency), [1993] 1 F.C. 116; (1992), 58 F.T.R. 34 (T.D.).

AUTHORS CITED

Brown, D. J. M. and J. M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed. Toronto: Canvasback Pub., 1998.

APPLICATION for judicial review of the Canadian Milk Supply Management Committee's denial of the applicant's application for Class 5a) milk permits. Application dismissed on the ground that the Court lacked jurisdiction to review a decision of the CMSMC because the latter is not a "federal board,

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par *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, 92.
- Loi sur la Commission canadienne du lait*, L.R.C. (1985), ch. C-15, art. 2, 8, 9 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 19; 1995, ch. 23, art. 2), 9.1 (édicte, *idem*, art. 3).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18, 18.1(3) (édicte, *idem*, art. 5).
- Règlement sur la commercialisation des produits laitiers*, DORS/94-466.

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

British Columbia (Milk Marketing Board) v. Aquilini, [1997] B.C.J. n° 843 (C.S.) (QL); conf. en partie par (1998), 165 D.L.R. (4th) 626; 9 Admin. L.R. (3d) 1; 112 B.C.A.C. 119; 59 B.C.L.R. (3d) 143 (C.A.); *Administration régionale Crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533; (1991), 81 D.L.R. (4th) 659; 1 Admin L.R. (2d) 173 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Ontario (Commission de la commercialisation du poulet) c. Canada (Office de commercialisation des poulets), [1993] 1 C.F. 116; (1992), 58 F.T.R. 34 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

Brown, D. J. M. et J. M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, éd. à feuilles mobiles, Toronto: Canvasback Pub., 1998.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Comité canadien de gestion des approvisionnements de lait a rejeté la demande de permis de la classe 5a) présentée par la demanderesse. Demande rejetée pour le motif que la Cour n'avait pas compétence pour contrôler une décision du CCGAL puisque

commission or other tribunal” within the meaning of *Federal Court Act*, subsection 2(1).

ce dernier n’est pas un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

APPEARANCES:

David W. Kent and Robert Wisner for applicant.

Barbara A. McIsaac, Q.C. and Gregorios S. Tzemenakis for respondent.

Guy J. Pratte and Martine Richard for intervener Canadian Milk Supply Management Committee.

David K. Wilson and David R. Elliott for interveners The Prince Edward Island Milk Marketing Board, The New Brunswick Milk Marketing Board, The Fédération des Producteurs de Lait du Québec, The Dairy Farmers of Ontario and The Manitoba Milk Producers.

Gaétan Ouellet for intervener Attorney General of Québec.

SOLICITORS OF RECORD:

McMillan Binch, Toronto, for applicant.

McCarthy Tétrault, Ottawa, for respondent.

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, for intervener Milk Supply Management Committee.

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for interveners The Prince Edward Island Milk Marketing Board, The New Brunswick Milk Marketing Board, The Fédération des Producteurs de Lait du Québec, The Dairy Farmers of Ontario and The Manitoba Milk Producers.

Bernard, Roy & Associés, Montréal, for intervener Attorney General of Québec.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is an application by the Canadian Restaurant and Foodservices Association (CRFA) for a judicial review of a decision of the Canadian Milk Supply Management Committee (CMSMC) dated September 30, 1999, rejecting the

ONT COMPARU:

David W. Kent et Robert Wisner pour la demanderesse.

Barbara A. McIsaac, c.r., et Gregorios S. Tzemenakis pour la défenderesse.

Guy J. Pratte et Martine Richard pour l’intervenant le Comité de gestion des approvisionnements de lait.

David K. Wilson et David R. Elliott pour les intervenants l’Office de mise en marché du lait de l’Île-du-Prince-Édouard, la Régie de mise en marché du lait du Nouveau-Brunswick, la Fédération des producteurs de lait du Québec, les Producteurs laitiers de l’Ontario et Les producteurs de lait du Manitoba.

Gaétan Ouellet pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McMillan Binch, Toronto, pour la demanderesse.

McCarthy Tétrault, Ottawa, pour la défenderesse.

Borden Ladner Gervais s.a.r.l., Ottawa, pour l’intervenant le Comité de gestion des approvisionnements de lait.

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour les intervenants l’Office de mise en marché du lait de l’Île-du-Prince-Édouard, la Régie de mise en marché du lait du Nouveau-Brunswick, la Fédération des producteurs de lait du Québec, les Producteurs laitiers de l’Ontario et Les producteurs de lait du Manitoba.

Bernard, Roy & Associés, Montréal, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

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

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: L’Association canadienne des restaurateurs et des services alimentaires (ACRSA) sollicite en l’espèce le contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Comité canadien de gestion des approvisionnements de lait (CCGAL)

CRFA's application for Class 5a) milk permits.

a rejeté, le 30 septembre 1999, sa demande de permis de la classe 5a).

FACTS

1. The Regime of Milk Supply Management in Canada

[2] Milk production in Canada is comprised of two categories: fluid milk and industrial milk. Fluid milk is processed into table milk and cream. Industrial milk is processed into dairy products, such as butter, cheese, milk powders, ice cream and yogurt. This application for judicial review is concerned with industrial milk and, in particular, the purchase of cheese.¹

[3] Both the federal and provincial governments exercise jurisdiction over the regime of milk supply management in Canada. The constitutional authority of the federal Parliament to regulate the dairy industry is limited to inter provincial and international activities, whereas the constitutional authority of each provincial legislature to regulate the dairy industry is generally confined to activities solely within the province, pursuant to sections 91 and 92 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]].

[4] Both levels of governments have entered into two agreements, namely the National Milk Marketing Plan (NMMP)² and the Comprehensive Agreement on Special Class Pooling (P-9 Agreement),³ to regulate in a seamless way both the intraprovincial and interprovincial trade in dairy products.

Canadian Dairy Commission

[5] The Canadian Dairy Commission (CDC) is a federal crown corporation established pursuant to the *Canadian Dairy Commission Act (Act)*.⁴ The objects of the CDC are to provide efficient producers of milk and cream with the opportunity of obtaining a fair return for their labour and investment and to provide

LES FAITS

1. La gestion des approvisionnements de lait au Canada

[2] Il y a deux catégories de lait produit au Canada: le lait de consommation et le lait de transformation. Le lait de consommation est transformé en lait servant à consommation courante et en crème. Le lait de transformation est transformé en produits laitiers, par exemple, du beurre, du fromage, des poudres de lait, de la crème glacée et du yogourt. La présente demande de contrôle judiciaire concerne le lait de transformation et, surtout, l'achat de fromage¹.

[3] Les gouvernements fédéral et provinciaux ont compétence sur la gestion des approvisionnements de lait. En vertu des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], le pouvoir du gouvernement fédéral de réglementer l'industrie laitière se limite aux activités interprovinciales et internationales tandis que le pouvoir de chacune des assemblées législatives provinciales de réglementer ladite industrie se limite généralement aux activités effectuées dans la province même.

[4] Les deux ordres de gouvernement ont conclu deux ententes, savoir le Plan national de commercialisation du lait (PNCL)² et l'Entente globale sur la mise en commun du lait de classe spéciale (Entente des P-9)³, afin de permettre une réglementation uniforme du commerce interprovincial et intraprovincial des produits laitiers.

Commission canadienne du lait

[5] La Commission canadienne du lait (CCL) est une société d'État créée en vertu de la *Loi sur la Commission canadienne du lait (la Loi)*⁴. La CCL a pour mission, d'une part, de permettre aux producteurs de lait et de crème dont l'entreprise est efficace d'obtenir une juste rétribution de leur travail et de leur investis-

consumers of dairy products with a continuous and adequate supply of dairy products of high quality.⁵

[6] The CDC is granted certain powers under section 9 [as am. by S.C. 1994, c. 26, s. 19; 1995, c. 23, s. 2] of the Act in order to carry out its objects. These powers include, amongst others, the establishment and operation of a pool or pools in respect of the marketing of milk, calculating the level of national milk production target for industrial milk and subject to an agreement(s) entered into under section 9.1 [as enacted *idem*, s. 3] of the Act, the establishment and operation of a program(s) in respect of the quantities and prices of milk or cream, or of any component, class, variety of grade of milk or cream, necessary for the competitive international trade in dairy products. It is important to note that none of these powers are exercised by the CDC.

Provincial Milk Marketing Boards

[7] Each province has a Milk Marketing Board (provincial board), which is a body constituted under the laws of a province for the purposes of promoting, controlling and regulating the production and marketing of milk and other dairy products. The provincial boards operate within a framework established under both authority from provincial legislation and authority delegated pursuant to the Act as coordinated through the federal/provincial agreements, i.e. the NMMP and the P-9 Agreement.

[8] The powers vested in the provincial boards under provincial law in respect of milk marketing within the province, are supplemented by federal powers in respect of interprovincial and export marketing as delegated pursuant to the Act. Section 9.1 of the Act permits the CDC to enter into an agreement with the provinces to provide for the co-ordinated marketing of dairy products, including milk. The CDC has authority to delegate to a provincial board many of its powers, including the granting of authority for the performance thereof. Section 9.1 states:

9.1 The Commission may, with the approval of the Governor in Council, enter into an agreement with a

sement et, d'autre part, d'assurer aux consommateurs un approvisionnement continu et suffisant de produits laitiers de qualité⁵.

[6] L'article 9 [mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 19; 1995, ch. 23, art. 2] de la Loi confère certains pouvoirs à la CCL pour lui permettre de remplir sa mission. Elle peut notamment établir et exploiter un ou plusieurs systèmes de mise en commun pour la commercialisation du lait, calculer la production nationale cible de lait de transformation et, sous réserve d'un accord conclu en vertu de l'article 9.1 [édicte, *idem*, art. 3] de la Loi, mettre en œuvre un programme régissant les prix et les quantités de toute variété, qualité ou classe de lait ou de crème, ou de tout composant de ceux-ci, nécessaires pour assurer la compétitivité des produits laitiers sur la scène internationale. Il est important de souligner que la CCL n'exerce aucun de ces pouvoirs.

Offices provinciaux de mise en marché du lait

[7] Chacune des provinces possède un office de mise en marché du lait (office provincial), un organisme constitué en vertu de la législation provinciale aux fins de promouvoir, de contrôler et de réglementer la production et la commercialisation du lait et des autres produits laitiers. Les offices provinciaux exercent leurs activités conformément au cadre établi à la fois par la législation provinciale et par les pouvoirs délégués en vertu de la Loi, dont la coordination est assurée par des accords fédéraux-provinciaux, c'est-à-dire le PNCL et l'Entente des P-9.

[8] Les pouvoirs conférés aux offices provinciaux par la législation provinciale relativement à la mise en marché du lait dans la province sont complétés par les pouvoirs fédéraux délégués en vertu de la Loi en ce qui concerne la mise en marché interprovinciale et l'exportation du lait. L'article 9.1 de la Loi autorise la CCL à conclure avec les provinces un accord pour coordonner la commercialisation des produits laitiers, dont le lait. La CCL est habilitée à déléguer de nombreux pouvoirs à un office provincial, notamment à l'autoriser à exercer ses pouvoirs. L'article 9.1 prévoit ce qui suit:

9.1 La Commission peut, avec l'agrément du gouverneur en conseil, conclure avec une province ou un office un

province or a Board, providing for the coordinated marketing of dairy products, including the granting of authority for the performance

(a) by the Board of any powers of the Commission set out in paragraphs 9(1)(f) to (i);

(b) by the Commission of any similar powers that the Board is authorized by the laws of a province to exercise; or

(c) by the Commission of any similar powers that it is authorized to exercise by the lieutenant governor in council of a province.

[9] The provincial boards that have intervened in this application for judicial review, the Prince Edward Island Milk Marketing Board, the New Brunswick Milk Marketing Board, the Fédération des producteurs de lait du Québec, the Dairy Farmers of Ontario, and the Manitoba Milk Producers, perform similar functions and exercise similar powers in their respective provinces, including the federal powers delegated to such provincial boards by the CDC.⁶

Canadian Milk Supply Management Committee

[10] The CMSMC is a committee created by contract pursuant to paragraph H.1 of the NMMP. The CMSMC is responsible for the supervision and policy determinations required of it by the provisions of the NMMP and the Memorandum of Agreement.⁷ The annex of the order in council makes it clear that the CMSMC is responsible to oversee and implement the agreement.

[11] The membership of the CMSMC consists of representatives of the signatory provincial boards and their respective provincial governments. Each province which is a signatory receives one vote. In addition, the Dairy Farmers of Canada, the National Dairy Council of Canada and the Consumers Association of Canada each have one representative with full participation rights on the CMSMC, but with no right to cast a vote. The CDC performs various administrative and secretarial functions on behalf of the CMSMC, but the CDC representative does not cast any vote dealing with matters covered by the P-9 Agreement.⁸

accord pour coordonner la commercialisation des produits laitiers, et notamment pour soit l'autoriser à exercer tout pouvoir similaire à ceux visés aux alinéas 9(1)f) à i) qui lui est conféré par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province ou qui l'est par les lois d'une province à un office, soit autoriser un office à exercer les pouvoirs visés aux alinéas 9(1)f) à i).

[9] Les offices provinciaux qui sont intervenus dans la présente demande de contrôle judiciaire, savoir l'Office de mise en marché du lait de l'Île-du-Prince-Édouard, la Régie de mise en marché du lait du Nouveau-Brunswick, la Fédération des producteurs de lait du Québec, les Producteurs laitiers de l'Ontario et les Producteurs laitiers du Manitoba, ont des fonctions analogues et exercent des pouvoirs similaires dans leur province respective, notamment les pouvoirs fédéraux qui leur sont délégués par la CCL⁶.

Comité canadien de gestion des approvisionnements de lait

[10] Le CCGAL est un comité créé par entente conformément au paragraphe H.1 du PNCL. En vertu des dispositions du PNCL et du Protocole d'entente⁷, le CCGAL est chargé de déterminer les politiques et de superviser la mise en application du Plan. L'annexe du décret indique clairement que le CCGAL est chargé de superviser et de mettre en œuvre l'entente.

[11] Le CCGAL est composé de représentants des offices provinciaux qui ont signé l'entente et de leurs gouvernements provinciaux respectifs. Chaque province qui a signé l'entente a un vote. De plus, les Producteurs laitiers du Canada, le Conseil national de l'industrie laitière du Canada et l'Association des consommateurs du Canada ont droit à un représentant chacun au sein du CCGAL, mais n'ont pas le droit de vote. La CCL s'acquiesce de diverses fonctions administratives et de secrétariat pour le CCGAL, mais le représentant de la CCL n'a pas de droit de vote en ce qui concerne les affaires visées par l'Entente des P-9⁸.

National Milk Marketing Plan

[12] Established in 1984, the NMMP is a federal-provincial agreement designed to co-ordinate the marketing of milk and cream products relating to Canadian domestic requirements and any additional industrial milk requirements in Canada. The preamble to the NMMP reflects the policy determination of the federal and the provincial signatories that “a supply management program for industrial milk products be continued in the long-term best interest of consumers, producers and processors”. To this effect, the signatories recognized that it was desirable for the NMMP to be ratified by the appropriate agencies and/or provincial boards in all provinces and in Canada, and that the participation of the federal and provincial authorities was required to assure the adoption and implementation of the NMMP.⁹

[13] The objectives of the NMMP are to balance the supply of industrial milk with estimated Canadian requirements and to determine provincial shares of industrial milk.¹⁰

[14] The signatories to the NMMP are, *inter alia*, the provincial boards constituted under the laws of a province for the purpose of regulating the production for marketing, or the marketing in intraprovincial trade, of any dairy product (except Newfoundland).¹¹

[15] The NMMP also includes a Memorandum of Understanding and an addendum which set out the framework for operation of the NMMP. It is also modified by various other agreements which allow a pooling of revenues derived from the sale of milk in various classes. Of significance in this case is the P-9 Agreement because it creates special classes of milk for use to service domestic and external markets and pools revenues from the sales of industrial milk in these special classes.

Comprehensive Agreement on Special Class Pooling

[16] The P-9 Agreement is an agreement among the signatories of the NMMP in respect of the creation of

Plan national de commercialisation du lait

[12] Créé en 1984, le PNCL est un accord fédéral-provincial visant à coordonner la commercialisation des produits laitiers et des produits de la crème en ce qui a trait aux besoins intérieurs canadiens et aux autres besoins concernant le lait de transformation au Canada. Le préambule du PNCL est le résultat de la politique établie par le fédéral et les provinces signataires voulant «qu’un programme de gestion des approvisionnements des produits du lait de transformation soit continué dans le meilleur intérêt à long terme des consommateurs, des producteurs et des transformateurs». À cette fin, les signataires ont reconnu qu’il était souhaitable que le PNCL soit ratifié par les agences et offices provinciaux dans toutes les provinces et par le Canada, et que la participation des autorités fédérales et provinciales était nécessaire pour assurer l’adoption et la mise en œuvre du Plan⁹.

[13] Les objectifs du PNCL sont d’établir l’équilibre entre l’approvisionnement en lait de transformation et les besoins prévus des Canadiens et de déterminer la part du lait de transformation qui revient aux provinces¹⁰.

[14] Les signataires du PNCL sont, notamment, les offices provinciaux constitués sous le régime d’une loi provinciale pour réglementer la commercialisation des produits laitiers dans le cadre du commerce intraprovincial ou leur production en vue d’une telle commercialisation (à l’exception de Terre-Neuve)¹¹.

[15] Le PNCL comprend en outre un protocole d’entente ainsi qu’un addenda qui exposent son cadre d’application. Il est modifié par diverses autres ententes qui permettent la mise en commun des revenus tirés de la vente de lait de diverses classes. L’Entente des P-9 est particulièrement importante en l’espèce parce qu’elle crée des classes spéciales de lait utilisées pour desservir les marchés intérieurs et extérieurs et prévoit la mise en commun des revenus tirés de la vente du lait de transformation dans ces classes spéciales.

Entente globale sur la mise en commun du lait de classe spéciale

[16] L’Entente des P-9 est une entente conclue par les signataires du PNCL relativement à la création des

special classes of milk for competitive markets and the pooling of revenues from sales of industrial milk in these special classes of milk used to service domestic and external markets (Alberta and British Columbia have not signed the agreement but both operate within its parameters).

[17] The P-9 Agreement also includes a Memorandum of Understanding (Schedule I) and an addendum (Schedule II). The purpose of the Memorandum of Understanding is to establish an agreement among the signatories respecting the manner in which they exercise their authorities and responsibilities and the manner in which they conduct their mutual affairs in relation to the implementation and objectives of the Memorandum of Understanding on Special Class Pooling. Of particular significance, section 5 of the Memorandum of Understanding details the marketing activities that shall form part of the special classes of milk.¹²

[18] The purpose of the addendum is to establish and operate a program, the Special Milk Class Permit Program (SMCPP), necessary for the competitive international trade in dairy products. The addendum provides details for the operation of a national pooling of returns from special classes and the co-ordinated marketing of dairy products, including the respective obligations and responsibilities of the provincial boards and the CDC. Section 2 of the addendum provides for the granting of the proper authority to the provincial boards to enable them to carry out the pricing of milk marketed in interprovincial trade and the pooling of returns.¹³

[19] Section 4 of the addendum (in conjunction with section 9.1 of the Act) provides for the delegation of the federal powers to the provincial boards, in so far as is necessary to enable the provincial boards to implement the SMCPP. Section 4 of the addendum also makes it clear that each provincial board shall exercise the authorities granted to it in the same manner as the provincial board exercises its similar provincial powers. Finally, section 6 of the addendum makes it clear that any changes to the system must receive approbation of the CMSMC.¹⁴

classes spéciales de lait utilisées pour desservir les marchés concurrentiels et à la mise en commun des revenus tirés de la vente du lait de transformation dans ces classes spéciales utilisées pour desservir les marchés intérieurs et extérieurs (l'Alberta et la Colombie-Britannique n'ont pas signé l'entente, mais en respectent les paramètres).

[17] L'Entente des P-9 comprend en outre un protocole d'entente (partie I) et un addenda (partie II). Le but du protocole d'entente est d'établir un accord entre les signataires quant à la manière dont ils exercent leurs pouvoirs et s'acquittent de leurs responsabilités et quant à la manière dont ils mènent leurs affaires mutuelles eu égard à la mise en application et aux objectifs du Protocole d'entente sur la mise en commun du lait de classe spéciale. L'article 5 du protocole d'entente décrit plus particulièrement les activités de commercialisation qui font partie des classes spéciales de lait¹².

[18] L'objectif de l'addenda est d'établir un programme, le Programme de permis des classes spéciales de lait (PPCSL), nécessaire au commerce international compétitif des produits laitiers. L'addenda décrit le fonctionnement d'une mise en commun nationale des revenus des classes spéciales et la mise en marché coordonnée des produits laitiers ainsi que les obligations et responsabilités des offices provinciaux et de la CCL. L'article 2 de l'addenda prévoit l'attribution aux offices provinciaux d'un pouvoir leur permettant de fixer le prix du lait commercialisé à l'échelle interprovinciale et d'effectuer la mise en commun des revenus¹³.

[19] L'article 4 de l'addenda (de concert avec l'article 9.1 de la Loi) prévoit la délégation aux offices provinciaux des pouvoirs fédéraux nécessaires leur permettant de mettre en application le PPCSL. Cet article indique en outre clairement que chaque office provincial doit exercer les pouvoirs qui lui sont ainsi conférés de la même manière qu'il exerce les pouvoirs similaires qui lui sont conférés par la province. Enfin, l'article 6 de l'addenda indique que tout changement au système doit être approuvé par le CCGAL¹⁴.

Special Milk Class Permits Program

[20] The SMCPP is a program to maintain the competitive trade, both domestic and international, in dairy products, to establish the pricing of milk marketed in interprovincial trade, and to pool returns. In addition, the program provides for a permit system whereby processors can access milk, at appropriate price levels in the provinces where they are carrying on business, for use in the special classes.

[21] The SMCPP provides for five categories of milk, whereby milk prices vary according to the end use of the milk, including Special Milk Class 5a) which consisted of cheese ingredients for further processing for the domestic and export markets.

Class 5a) Milk Permits

[22] The SMCPP contemplates that access to the special milk classes will be through a permit system administered by the CDC under the policy direction and supervision of the CMSMC.

2. The CRFA Proposal to the CMSMC

[23] The CRFA is the largest hospitality association in Canada. A significant number of its members consist of manufacturers of fresh pizza who derive most of their revenues from home deliveries.

[24] The CDC has previously granted Class 5 permits to, amongst others, manufacturers of fresh pizza (not members of the CRFA).¹⁵ The CRFA, on behalf of its members, decided to seek access to Class 5a) milk permits for manufacturers of fresh pizza.

[25] Prior to making a formal request, the CRFA was informed by the CDC that there were two options available to the CRFA and its members to obtain Class 5a) milk permits.¹⁶

[26] The first option discussed was an administrative option whereby the individual members of the CRFA wishing to obtain a permit could make the appropriate

Programme de permis des classes spéciales de lait

[20] Le PPCSL est un programme destiné à maintenir la concurrence, tant sur le plan intérieur que sur le plan international, dans la vente des produits laitiers, à fixer le prix du lait vendu dans le cadre du commerce interprovincial et à effectuer la mise en commun des revenus. De plus, le programme prévoit un système de permis grâce auxquels les transformateurs peuvent acheter du lait à un prix abordable dans les provinces où ils exploitent leur entreprise pour l'utiliser dans les classes spéciales.

[21] Le PPCSL prévoit cinq classes de lait dont le prix varie en fonction de l'utilisation finale du lait, notamment la classe 5a) qui concerne le fromage comme ingrédient pour la transformation secondaire aux fins des marchés intérieurs et d'exportation.

Permis de la classe 5a)

[22] Le PPCSL prévoit qu'il est possible d'obtenir du lait des diverses classes grâce à un système de permis régi par la CCL sous la supervision du CCGAL.

2. La proposition de l'ACRSA au CCGAL

[23] L'ACRSA est la plus importante association d'accueil et de restauration au Canada. Un bon nombre de ses membres sont des fabricants de pizza fraîche qui tirent la plupart de leurs revenus de la livraison à domicile.

[24] La CCL a déjà accordé des permis de classe 5 à des fabricants de pizza fraîche (non membres de l'ACRSA)¹⁵. L'ACRSA a décidé, au nom de ses membres, de demander des permis de classe 5a) pour les fabricants de pizza fraîche.

[25] La CCL a informé l'ACRSA, avant que celle-ci ne présente une demande officielle, que deux choix s'offraient à elle et à ses membres pour obtenir des permis de classe 5a)¹⁶.

[26] Le premier choix était de nature administrative; il s'agissait pour chacun des membres de l'ACRSA qui souhaitait obtenir un permis de présenter une

application under the Information Guide for Further Processors and Application Form.¹⁷

[27] Such applications are reviewed by a CDC officer who determines if the applicant meets the eligibility requirements of the SMCPP. The CRFA was further advised that if the application was denied, the appeal process would then be triggered. The application would go to the CMSMC and would be considered on the basis of that specific application.¹⁸

[28] It was made clear that any such application would necessarily have to be denied by the CDC because fresh products (other than those made with butter) are not eligible under the SMCPP.¹⁹

[29] The second option was for the CRFA, in its capacity as a trade association, to make a proposal on behalf of its members for a change in policy with respect to the SMCPP so as to include fresh pizza as an eligible product.²⁰

[30] Including fresh products (other than goods using butter) in the Class 5 program would constitute a major policy change with respect to the scope of the SMCPP. Such decisions can only be made by the CMSMC as set out in paragraph H.1 of the plan and reinforced by Clause 3 of Schedule II of the P-9 Agreement.²¹

[31] On August 31, 1998, the CRFA formally advised the CDC that it would be pursuing, on behalf of its members, access to Class 5a) milk permits for manufacturers of fresh pizza.²²

[32] On May 28, 1999, the Ingredients Technical Committee met to consider the CRFA proposal. The Committee agreed by majority to the following:

It is recommended that the CRFA's request for Special Class pricing be declined. The CRFA's Application has failed to meet the burden upon it to prove that they are eligible for this program.²³

demande en utilisant le document Renseignements généraux et demandes pour transformateurs secondaires¹⁷.

[27] Ces demandes sont examinées par un employé de la CCL qui détermine si l'auteur de la demande respecte les critères d'admissibilité au PPCSL. L'ACRSA a en outre été informée qu'en cas de refus de la demande, le processus d'appel est déclenché. La demande est ensuite soumise au CCGAL qui l'examine¹⁸.

[28] Il a été clairement indiqué que la CCL devrait nécessairement refuser une telle demande parce que les produits frais (autres que ceux à base de beurre) ne sont pas admissibles en vertu du PPCSL¹⁹.

[29] Le deuxième choix qui s'offrait à l'ACRSA, en tant qu'association professionnelle, consistait à faire au nom de ses membres une proposition de modification de la politique applicable en vertu du PPCSL afin que les pizzas fraîches soient incluses dans les produits visés²⁰.

[30] L'inclusion de produits frais (autres que ceux à base de beurre) dans la classe 5 entraînerait un changement de politique majeur quant à la portée du PPCSL. Une telle décision ne peut être prise que par le CCGAL comme le prévoit le paragraphe H.1 du Plan et l'article 3 de la partie II de l'Entente des P-9²¹.

[31] Le 31 août 1998, l'ACRSA a officiellement informé la CCL qu'elle demanderait, au nom de ses membres, que les fabricants de pizza fraîche puissent obtenir des permis de classe 5a)²².

[32] Le 28 mai 1999, le Comité technique du Comité des ingrédients s'est réuni pour examiner la proposition de l'ACRSA. Le Comité a convenu de ce qui suit à la majorité:

[TRADUCTION] Il est recommandé que la demande de classe spéciale présentée par l'ACRSA soit rejetée. Dans sa demande, l'ACRSA n'a pas démontré comme il le lui incombait que ses membres sont admissibles au programme²³.

[33] An excerpt of the Report of the Ingredients Technical Committee dated June 29, 1999 was provided to the Ingredients Committee on that date.²⁴

[34] The CDC then made a request for comments from Ingredients Committee members as to the recommendation of the Ingredients Technical Committee.²⁵

[35] The Ingredients Committee met on June 29, 1999, and recommended by majority vote that the CRFA proposal to expand the product eligibility criteria for the SMCPP be declined.²⁶

[36] On September 29 and 30, 1999, the CMSMC met and decided to reject the CRFA proposal.²⁷

[37] On November 3, 1999, the CRFA applied before this Court for judicial review of the CMSMC's decision.

ISSUE

Is the CMSMC a federal board, commission or other tribunal within the meaning of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1)]?

[38] For the following reasons the Court is of the view that the CMSMC is not a federal board and consequently the issues raised by the applicant about the "reviewability" of the decision and any breach of procedural fairness that could have been owed to the applicant will not be examined by the Court.

POSITION OF THE CRFA

[39] The applicant argues that this Court has jurisdiction to review the decision of the CMSMC. The CRFA relies on the decision of the B.C. Supreme Court in *British Columbia (Milk Marketing Board) v. Aquilini* (affirmed in part by the B.C. Court of Appeal)²⁸ for the proposition that the CMSMC acts as a federal body for the purposes of the administration of the SMCPP. The B.C. Supreme Court in that

[33] Un extrait du Rapport du Comité technique du Comité des ingrédients en date du 29 juin 1999 a été remis au Comité des ingrédients le même jour²⁴.

[34] La CCL a ensuite demandé aux membres du Comité des ingrédients leurs commentaires sur la recommandation du Comité technique²⁵.

[35] Le Comité des ingrédients s'est réuni le 29 juin 1999 et a recommandé, à la suite d'un vote majoritaire, que la proposition de l'ACRSA d'élargir les critères d'admissibilité des produits au PPCSL soit rejetée²⁶.

[36] Les 29 et 30 septembre 1999, le CCGAL s'est réuni et a décidé de rejeter la proposition de l'ACRSA²⁷.

[37] Le 3 novembre 1999, l'ACRSA a présenté à la Cour une demande de contrôle judiciaire de la décision du CCGAL.

QUESTION EN LITIGE

Le CCGAL est-il un office fédéral au sens de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1)]?

[38] Pour les motifs qui suivent, la Cour est d'avis que le CCGAL n'est pas un office fédéral et, par conséquent, elle n'examinera pas les questions soulevées par la demanderesse relativement à la possibilité que la décision puisse être «sujette à révision» et au manquement à l'équité procédurale à laquelle elle aurait pu avoir droit.

POSITION DE L'ACRSA

[39] La demanderesse soutient que notre Cour a compétence pour contrôler la décision du CCGAL. L'ACRSA invoque la décision *British Columbia (Milk Marketing Board) v. Aquilini* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (confirmée en partie par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique)²⁸ pour soutenir que le CCGAL est un office fédéral aux fins de l'application du PPCSL. Dans cette décision, la

decision analysed, amongst others, the delegation of powers under the Act and the *Dairy Products Marketing Regulations*²⁹ to the CMSMC. The CRFA argues that, although *Aquilini* dealt with the powers of the CMSMC in determining the federal quota under the national plan, the CMSMC remains a federal body for the purposes of the administration of the SMCPP. The pith and substance of the program is the regulation of inter-provincial and international trade in dairy ingredients for further processing.

[40] The CRFA also relies on two decisions of this Court, *Canadian Chicken Marketing Agency*³⁰ and *Cree Regional Authority*,³¹ for the proposition that powers exercised by a federal body under a federal-provincial agreement are powers under an Act of Parliament.

[41] The CRFA underlines that the exception in subsection 2(1) of the *Federal Court Act* is only intended to allow a provincial body, whose decisions are otherwise reviewed in the superior courts of that province, to remain under the supervision of those courts even though it may exercise some delegated federal powers. The CRFA argues that the CMSMC is a body, distinct from the provincial boards, that is constituted or established by or under the national plan and not the law of any province.

POSITION OF THE CDC, THE CMSMC AND INTERVENERS

[42] Counsel for the CMSMC, the CDC and the intervening provincial boards take the position that this Court is a statutory court without inherent jurisdiction and, as such, has no jurisdiction except that assigned by statute. Therefore, by the express words of subsection 2(1) of the *Federal Court Act*, the body alleged to be subject to the jurisdiction of the Court must have been granted powers by Parliament, but even if it has, the mere delegation of a federal power to a body constituted or established by the law of a province will not suffice to afford jurisdiction to the Court.

Cour suprême de la Colombie-Britannique a notamment analysé la délégation de pouvoirs faite au CCGAL en vertu de la Loi et du *Règlement sur la commercialisation des produits laitiers*²⁹. L'ACRSA affirme que, même si la décision *Aquilini* portait sur les pouvoirs du CCGAL de déterminer le quota fédéral en vertu du plan national, le CCGAL n'en demeure pas moins un office fédéral aux fins de l'application du PPCSL. Le programme vise essentiellement à réglementer le commerce international et interprovincial des produits laitiers aux fins de leur transformation secondaire.

[40] L'ACRSA invoque également deux décisions de notre Cour, *Office de commercialisation des poulets*³⁰ et *Administration régionale Crie*³¹, pour soutenir que les pouvoirs exercés par un office fédéral en vertu d'un accord fédéral-provincial sont des pouvoirs prévus par une loi fédérale.

[41] L'ACRSA souligne que l'exception prévue du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* a simplement pour but de permettre à un organisme provincial, dont les décisions sont par ailleurs contrôlées par les cours supérieures de la province, de rester sous la supervision de ces cours même lorsqu'il exerce les pouvoirs qui lui sont délégués par une loi fédérale. L'ACRSA soutient que le CCGAL est un office, distinct des offices provinciaux, qui est constitué sous le régime du plan national et non d'une loi provinciale.

POSITION DE LA CCL, DU CCGAL ET DES INTERVENANTS

[42] Les avocats du CCGAL, de la CCL et des offices provinciaux intervenant aux présentes font valoir que notre Cour est une cour créée par la loi, ne possédant aucune compétence inhérente et n'ayant donc d'autre compétence que celle qui lui est attribuée par la loi. Par conséquent, en vertu du libellé exprès du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, il faudrait que le législateur ait conféré des pouvoirs à l'office qui est censé être assujéti à la compétence de la Cour; mais même si tel était le cas, la simple délégation d'un pouvoir fédéral à un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ne suffirait pas pour que la Cour ait compétence.

[43] They argue that the CMSMC is not a creature of federal statute and has no distinct legal personality. The CMSMC is simply a committee or forum, established by contract, in which the provincial boards, with the full authority derived from their respective provincial statutes as supplemented by federally delegated authority, exercise their powers on a consensual basis.

[44] The delegation of federal power is made directly to the provincial boards which have no authority to subdelegate their powers to the CMSMC. The CMSMC has been delegated no federal pricing or pooling powers. Therefore, this Court has no jurisdiction over the CMSMC.

[45] The Attorney General of Quebec argues that this Court has no jurisdiction over the decision taken by the voting members of the CMSMC because they simply exercise their rights under a private contract.

ANALYSIS

[46] As noted at the outset the only issue to be determined is whether or not this Court has jurisdiction to review the exercise of powers by the CMSMC. Pursuant to subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, on application for judicial review, this Court may:

18.1 . . .

(3) . . .

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

[47] Thus, this Court will have jurisdiction if the CMSMC is a “federal board, commission or other tribunal” as defined by subsection 2(1) of the *Federal Court Act*:

[43] Ils soutiennent que le CCGAL n'est pas créé par une loi fédérale et ne possède pas de personnalité juridique distincte. Le CCGAL est un simple comité ou groupe, créé en vertu d'une entente, au sein duquel les offices provinciaux exercent de façon consensuelle les pouvoirs qui leur sont conférés par les lois provinciales, lesquels pouvoirs sont complétés par les pouvoirs délégués en vertu de la législation fédérale.

[44] Les pouvoirs fédéraux sont délégués directement aux offices provinciaux qui ne sont pas habilités à déléguer leurs pouvoirs au CCGAL. Aucun pouvoir fédéral permettant de fixer les prix ou d'effectuer la mise en commun n'a été délégué au CCGAL. Par conséquent, notre Cour n'a pas compétence sur le CCGAL.

[45] La procureure générale du Québec soutient que notre Cour n'a pas compétence sur la décision prise par les membres votants du CCGAL parce qu'ils exercent simplement leurs droits en vertu d'une entente privée.

ANALYSE

[46] Comme nous l'avons souligné au début, la seule question à trancher en l'espèce est celle de savoir si notre Cour a compétence pour contrôler l'exercice de ces pouvoirs par le CCGAL. En vertu du paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour peut:

18.1 [. . .]

(3) [. . .]

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

[47] Par conséquent, notre Cour aura compétence si le CCGAL est un «office fédéral» suivant la définition prévue au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*:

2. (1) . . .

“federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

[48] It is irrelevant for the purpose of determining the jurisdiction of this Court, if the CMSMC exercised policy-making functions or other functions, as stated by the authors Brown and Evans:

In the result, the *source* of a tribunal’s authority, and not the *nature* of either the power exercised or the body exercising it, is the primary determinant of whether it falls in the definition. The test is simply whether the body is empowered by or under federal legislation or by an order made pursuant to a prerogative power of the federal Crown.³²

[49] The words in the definition of “federal board, commission or other tribunal” suggest certain essential components.

[50] The body will be within the *prima facie* jurisdiction of the Federal Court by virtue of it having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament. Further, it is nonetheless excluded from the jurisdiction of the Federal Court by being a body constituted or established by or under a law of a province.

[51] The first step in the analysis is to identify the source of the powers being exercised or purporting to be exercised. In the present instance, the powers invoked related to the pricing power in the creation of special classes of milk for use to service domestic and external markets. These powers are the essence of the P-9 Agreement.

[52] As explained above, the CMSMC is a committee established pursuant to paragraph H.1 of the NMMP, exercising powers conferred by section 1 of the Memorandum of Understanding (Schedule I) of the P-9 Agreement and section 6 of the addendum

2. (1) [. . .]

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prérogative royale, à l’exclusion d’un organisme constitué sous le régime d’une loi provinciale ou d’une personne ou d’un groupe de personnes nommées aux termes d’une loi provinciale ou de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[48] Il importe peu pour déterminer si notre Cour a compétence que le CCGAL ait exercé des pouvoirs lui permettant de formuler des politiques ou d’autres pouvoirs, comme l’ont dit les auteurs Brown et Evans:

[TRADUCTION] En conséquence, c’est la *source* du pouvoir d’un tribunal et non la *nature* du pouvoir exercé ou de l’organisme l’exerçant qui permet principalement de déterminer s’il est visé par la définition. Le critère consiste tout simplement à déterminer si le pouvoir de l’organisme est prévu par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prérogative royale³².

[49] Les mots utilisés dans la définition d’«office fédéral» suggèrent certains éléments essentiels.

[50] Un organisme relèvera de la compétence *prima facie* de la Cour fédérale parce qu’il a exercé, qu’il exerce ou qu’il est censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale. Par ailleurs, il sera néanmoins soustrait à la compétence de la Cour fédérale parce qu’il est constitué sous le régime d’une loi provinciale.

[51] La première étape de l’analyse consiste à déterminer la source des pouvoirs exercés ou censés être exercés. En l’espèce, les pouvoirs invoqués concernent le pouvoir de fixer les prix dans la création de classes spéciales de lait utilisées pour desservir les marchés intérieurs et extérieurs. Ces pouvoirs constituent l’essence même de l’Entente des P-9.

[52] Comme nous l’avons expliqué ci-dessus, le CCGAL est un comité créé en vertu du paragraphe H.1 du PNCL, exerçant les pouvoirs qui lui sont conférés par l’article 1 du protocole d’entente (partie I) et l’article 6 de l’addenda (partie II) de l’Entente

(Schedule II) of the P-9 Agreement. Its role is essentially to supervise and oversee the implementation of the P-9 Agreement.

[53] It is clear that the CMSMC is not created by any federal statute. It is created by the agreement and any power relevant to special class pooling it has does not derive from an Act of Parliament but derives from the P-9 Agreement itself.

[54] In fact, counsel for the applicant conceded that the powers exercised by the CMSMC are not conferred by an Act of Parliament but he argued that they are conferred “under” an Act of Parliament. The existence of a government instrument emanating from the federal government (the order in council approving the federal-provincial agreement) where the CMSMC is contemplated as the supervisory actor should be enough to bring it under an Act of Parliament.

[55] I disagree. I do not accept the broad distinction drawn by the applicant between the words “by” and “under”. In my opinion, the words “conferred by or under an Act of Parliament” in subsection 2(1) of the *Federal Court Act* only mean that the source of the jurisdiction must be found in an Act of Parliament. The French version makes it clear by the use of the word “*prévus*” in the section, “*compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale*”.

[56] The applicant submits that in the decision *Cree Regional Authority*,³³ the Court concluded that any powers exercised under federal-provincial agreements are powers under an Act of Parliament. I do not accept that it is the case. In that decision, the issue was whether the federal administrator exercised jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament pursuant to sections 2 and 18 of the *Federal Court Act*.

[57] The Federal Court of Appeal found that the appointment of the federal administrator arose exclusively from a federal enactment. The mechanism for the appointment of a federal administrator was

des P-9. Son rôle consiste essentiellement à superviser et coordonner l’application de l’Entente des P-9.

[53] Il est clair que le CCGAL n’est pas créé par une loi fédérale. Il a été constitué en vertu de l’entente et tous les pouvoirs qu’il possède relativement à la mise en commun du lait de classe spéciale découlent de l’Entente des P-9 elle-même et non d’une loi fédérale.

[54] En fait, l’avocat de la demanderesse a reconnu que les pouvoirs exercés par le CCGAL ne sont pas prévus par une loi fédérale, mais il a soutenu qu’ils sont plutôt conférés «en vertu» («*under*» dans le texte anglais) d’une loi fédérale. L’existence d’un instrument émanant du gouvernement fédéral (le décret approuvant l’entente fédérale-provinciale) prévoyant que le CCGAL est l’organe de surveillance devrait être suffisant pour que celui-ci soit visé par une loi fédérale.

[55] Je ne suis pas d’accord. Je n’accepte pas la distinction générale faite par la demanderesse entre les termes «*by*» et «*under*» du texte anglais. À mon avis, les mots «*conferred by or under an Act of Parliament*» au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* signifient simplement que la compétence doit trouver sa source dans une loi fédérale. Le texte français de l’article l’indique clairement puisqu’on y utilise les mots «*prévus*», «*compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale*».

[56] La demanderesse soutient que dans l’arrêt *Administration régionale Crie*³³, la Cour a conclu que tous les pouvoirs exercés en vertu d’ententes fédérales-provinciales sont des pouvoirs prévus par une loi fédérale. Je ne suis pas d’accord pour dire que c’est le cas. Dans cette décision, il s’agissait de déterminer si l’administrateur fédéral avait exercé une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale en vertu des articles 2 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[57] La Cour d’appel fédérale a statué que la nomination de l’administrateur fédéral découlait de l’application d’un texte législatif fédéral. Le mécanisme de nomination d’un administrateur fédéral était prévu par

provided by the agreement which became law. Once appointed, the federal administrator was a “federal board” in that his powers were conferred on him by a federal Act rather than the Agreement itself.

[58] In the case at bar, the relationship between the Act, the NMMP and the P-9 Agreement under which the CMSMC is mandated is obviously very different from that in the *Cree Regional Authority*. It does not possess any of the linkages outlined above. The CMSMC is not a creature of statute and the federal-provincial agreement although approved by order in council, never became law.

[59] Further, I accept that it may be possible that where the powers are exercised pursuant to a regulation, the CMSMC could be considered a federal body, as was the case in the decision of the B.C. Supreme Court in *Aquilini*³⁴ where the Court analysed, amongst others, the delegation of powers under the Act and the *Dairy Products Marketing Regulations* to the CMSMC with respect to the administration of the federal milk quota. The Court found that in discharging its duties under the regulation the CMSMC was acting as a federal body solely with matters relating to federal quotas. However, in the present case, there is no similar regulation setting out the role of the CMSMC and how it is to perform it with respect to the permit program.

[60] In summary, while I agree that the matters covered by the P-9 Agreement are in essence federal matters the difficulty lies in the fact that the CMSMC does not exercise powers conferred by or under an Act of Parliament; these powers come directly from the P-9 Agreement which never became law.

[61] In addition, the powers exercised by the CMSMC pursuant to the P-9 Agreement were expressly delegated to the provincial boards which in turn, through the Agreement, mandated the CMSMC.

[62] As outlined above, section 9.1 of the Act authorizes a delegation to the province or provincial boards through an agreement.

l’entente qui était devenue loi. Une fois nommé, l’administrateur fédéral était un «office fédéral» en ce sens que ses pouvoirs étaient prévus par la loi fédérale plutôt que par l’entente elle-même.

[58] En l’espèce, les divers liens entre la Loi, le PNCL et l’Entente des P-9 qui confèrent son mandat au CCGAL sont manifestement très différents de ceux qui existaient dans l’arrêt *Administration régionale Crie*. On n’y trouve aucun des liens mentionnés plus haut. Le CCGAL n’est pas une création de la loi et l’entente fédérale-provinciale, même si elle a été approuvée par décret, n’est jamais devenue loi.

[59] Par ailleurs, je reconnais que l’on pourrait considérer que, lorsque les pouvoirs sont exercés en vertu d’un texte réglementaire, le CCGAL est un office fédéral, comme ce fut le cas dans la décision *Aquilini*³⁴ où la Cour suprême de la Colombie-Britannique a notamment analysé la délégation de pouvoirs faite au CCGAL en vertu de la Loi et du *Règlement sur la commercialisation des produits laitiers* en ce qui concerne l’administration du quota fédéral de lait. La Cour a conclu qu’en s’acquittant des fonctions prévues au règlement, le CCGAL n’était un office fédéral qu’en ce qui concerne les questions des quotas fédéraux. Toutefois, en l’espèce, il n’y a aucun texte réglementaire prévoyant le rôle du CCGAL et la manière dont il doit s’en acquitter eu égard au programme de permis.

[60] En résumé, même si je reconnais que les questions visées par l’Entente des P-9 sont essentiellement de nature fédérale, le problème réside dans le fait que le CCGAL n’exerce pas des pouvoirs prévus par une loi fédérale; ces pouvoirs découlent directement de l’Entente des P-9 qui n’est jamais devenue loi.

[61] De plus, les pouvoirs exercés par le CCGAL en vertu de l’Entente des P-9 ont été expressément délégués aux offices provinciaux qui, à leur tour, ont mandaté le CCGAL en vertu de l’Entente.

[62] Comme nous l’avons vu ci-dessus, l’article 9.1 de la Loi autorise la délégation de pouvoirs à une province ou à des offices provinciaux à la suite d’un accord.

[63] The P-9 Agreement records in its preamble that the provinces (through their respective provincial board) have agreed to create special classes of milk that will be sold at preferential pricing:

WHEREAS the authorities from the provinces that are signatories have decided to create special classes of milk priced at levels that will be competitive in both domestic and external markets;³⁵

[64] Schedule II to the P-9 Agreement is an addendum to the Memorandum of Understanding (Schedule I) that sets out the delegation and acceptance of authorities for the co-ordinated marketing of dairy products.

[65] Thus, Schedule II provides for the granting of the proper authority to the provincial boards to enable them to carry out the pricing of milk marketed in interprovincial trade and the pooling of returns, and establishes the CDC in connection with the P-9 Agreement as agent “in carrying out administrative functions in the operation of the program”.³⁶

[66] With respect to the legal authority necessary to empower the provincial boards to establish and implement the special class pooling program, paragraph 4 of Schedule II to the P-9 Agreement provides:

Subject to the approval of the Governor in Council, the Commission authorizes the [Provincial] Boards, insofar as is necessary to enable the Boards to fully carry-out the program as set out in the MOU and its Annexes, to exercise all powers of the Commission set out in paragraphs 9(1)(f) to (i) of the *Canadian Dairy Commission Act*. The Boards shall exercise the authorities granted to them in the same manner as the Boards exercise their similar provincial powers.³⁷

[67] As opposed to the *Aquilini*³⁸ decision, there is nothing in the Act or Regulations that allows any delegation of the federal powers to the CMSMC. Any mandate given to the CMSMC as far as pricing and pooling are concerned, was given by the provincial signatories through the agreement.

[68] The respondent and the interveners take the position that the CMSMC is a “forum” for the provincial boards and not an “acting” or a deciding entity. I

[63] L’Entente des P-9 prévoit dans son préambule que les provinces (par l’intermédiaire de leur office provincial respectif) ont convenu de créer des classes spéciales de lait qui seront vendues à un prix préférentiel:

ATTENDU QUE les autorités des provinces signataires ont décidé de créer des classes spéciales de lait dont le prix est fixé à un niveau concurrentiel sur les marchés intérieur et extérieur³⁵;

[64] La partie II de l’Entente des P-9 est un addenda au protocole d’entente (partie I) qui prévoit la délégation des pouvoirs nécessaires pour coordonner la mise en marché des produits laitiers.

[65] Ainsi, la partie II accorde aux offices provinciaux le pouvoir nécessaire leur permettant de fixer le prix du lait vendu à l’échelle interprovinciale et d’effectuer la mise en commun des revenus, et elle établit que la CCL servira d’agent «pour les fonctions administratives de l’exploitation du programme»³⁶.

[66] Pour ce qui est du pouvoir juridique nécessaire pour habilitier les offices provinciaux à établir et à exécuter le programme de mise en commun, le paragraphe 4 de la partie II de l’Entente des P-9 prévoit:

Sujet à l’approbation du gouverneur en conseil, la Commission autorise les offices, en autant qu’il est nécessaire afin de leur permettre d’exécuter pleinement le programme tel qu’établi dans le protocole d’entente et ses annexes, à exercer tous les pouvoirs de la Commission établis aux paragraphes 9(1)f) à i) de la *Loi de la Commission canadienne du lait*. Les offices exerceront les pouvoirs qui leur sont accordés de la même manière qu’ils exercent leurs pouvoirs provinciaux similaires³⁷.

[67] Contrairement à la décision *Aquilini*³⁸, ni la Loi ni le Règlement ne permettent la délégation de pouvoirs fédéraux au CCGAL. Le mandat du CCGAL en ce qui concerne la fixation du prix et la mise en commun lui a été confié par les signataires provinciaux en vertu de l’entente.

[68] La défenderesse et les intervenants sont d’avis que le CCGAL est une «tribune» pour les offices provinciaux et qu’il ne constitue pas une entité déci-

disagree with this proposition. The P-9 Agreement clearly identifies the CMSMC as the supervisory body. The question of the ability for the province to give such a mandate to the CMSMC is not before the Court. But what is certain is that the CMSMC is not controlled directly or indirectly by a federal body, the CDC acting solely as an agent in carrying out administrative functions in the operation of the program.

[69] For all these reasons, I find that this Court does not have jurisdiction to review a decision of the CMSMC because it is not a “federal board, commission or other tribunal” as provided by subsection 2(1) of the *Federal Court Act*.

[70] The application for judicial review is dismissed.

¹ Core affidavit, Joint Application Record, Vol. IX, Tab 11, p. 1715, para. 23.

² NMMP, statutes, Vol. 1, Tab 6.

³ P-9 Agreement, Statutes, Vol. 1, Tab 7.

⁴ R.S.C., 1985, C-15.

⁵ *Ibid.*, s. 8.

⁶ Myles affidavit, Vol. IX, Tab 14, p. 1941, par. 10.

⁷ NMMP, statutes, Vol. 1, Tab 6, p. 4, paras. H.1.

⁸ NMMP, statutes, Vol. 1, Tab 6, p. 4, para. H.1; P-9 Agreement, addendum (Schedule II), statutes, Vol. 1, Tab 7, s. 2.

⁹ Core affidavit, Vol. IX, Tab 11, p. 1716, para. 28; Myles affidavit, Vol. IX, Tab 14, p. 1938, para. 12; NMMP, statutes, Vol. 1, Tab 6, p. 1, paras. A and B.

¹⁰ Core affidavit, Vol. IX, Tab 11, p. 1716, para. 28; Myles affidavit, Vol. IX, Tab 14, p. 1942, para. 12; NMMP, statutes, Vol. 1, Tab 6, p. 2, para. E.1.

¹¹ Act, s. 2; NMMP, statutes, Vol. 1, Tab 6, p. 25ff.

¹² P-9 Agreement, memorandum (Schedule I), statutes, Vol. 1, Tab 7.

¹³ P-9 Agreement, addendum (Schedule II), statutes, Vol. 1, Tab 7, p. 31, s. 2.

¹⁴ P-9 Agreement, addendum (Schedule II), statutes, Vol. 1, Tab 7, p. 31-32, ss. 2, 4 and 6.

¹⁵ Sullivan affidavit, Joint Application Record, Vol. 1, Tab 2, p. 12, paras. 5-6.

¹⁶ Coyle affidavit, Joint Application Record, Vol. 5, Tab 7, p. 952, para. 52-53.

¹⁷ Coyle affidavit, Joint Application Record, Vol. 5, Tab 7, p. 952, para. 53.

¹⁸ Coyle affidavit, Joint Application Record, Vol. 5, Tab 7, pp. 952-953, para. 53.

sionnelle. Je ne suis pas d'accord avec cette affirmation. L'Entente des P-9 indique clairement que le CCGAL est l'organisme de surveillance. La question de savoir si la province était habilitée à confier un tel mandat au CCGAL n'a pas été soumise à la Cour. Mais ce qui est sûr, c'est que le CCGAL n'est pas contrôlé directement ou indirectement par un office fédéral, la CCL agissant uniquement à titre de mandataire dans l'exécution des fonctions administratives nécessaires à l'application du programme.

[69] Pour tous ces motifs, je conclus que notre Cour n'a pas compétence pour contrôler une décision du CCGAL parce qu'il ne s'agit pas d'un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[70] La demande de contrôle judiciaire est rejetée.

¹ Affidavit principal, dossier de la demande conjointe, vol. IX, onglet 11, p. 1715, par. 23.

² PNCL, statuts, vol. 1, onglet 6.

³ Entente des P-9, statuts, vol. 1, onglet 7.

⁴ L.R.C. (1985), C-15.

⁵ *Ibid.*, art. 8.

⁶ Affidavit de Myles, vol. IX, onglet 14, p. 1941, par. 10.

⁷ PNCL, statuts, vol. 1, onglet 6, p. 4, par. H.1.

⁸ PNCL, statuts, vol. 1, onglet 6, p. 4, par. H.1; Entente des P-9, addenda (partie II), statuts, vol. 1, onglet 7, art. 2.

⁹ Affidavit principal, vol. IX, onglet 11, p. 1716, par. 28; affidavit de Myles, vol. IX, onglet 14, p. 1938, par. 12; PNCL, statuts, vol. 1, onglet 6, p. 1, par. A et B.

¹⁰ Affidavit principal, vol. IX, onglet 11, p. 1716, par. 28; affidavit de Myles, vol. IX, onglet 14, p. 1942, par. 12; PNCL, statuts, vol. 1, onglet 6, p. 1, par. E.1.

¹¹ Loi, art. 2; PNCL, statuts, vol. 1, onglet 6, p. 25 et suiv.

¹² Entente des P-9, protocole (partie I), statuts, vol. 1, onglet 7.

¹³ Addenda de l'Entente des P-9 (partie II), statuts, vol. 1, onglet 7, p. 31, art. 2.

¹⁴ Addenda de l'Entente des P-9 (partie II), statuts, vol. 1, onglet 7, p. 31-32, art. 2, 4 et 6.

¹⁵ Affidavit de Sullivan, dossier de la demande conjointe, vol. 1, onglet 2, p. 12, par. 5 et 6.

¹⁶ Affidavit de Coyle, dossier de la demande conjointe, vol. 5, onglet 7, p. 952, par. 52 et 53.

¹⁷ Affidavit de Coyle, dossier de la demande conjointe, vol. 5, onglet 7, p. 952, par. 53.

¹⁸ Affidavit de Coyle, dossier de la demande conjointe, vol. 5, onglet 7, p. 952 et 952, par. 53.

¹⁹ Coyle affidavit, Joint Application Record, Vol. 5, Tab 7, p. 953, para. 54.

²⁰ Coyle affidavit, Joint Application Record, Vol. 5, Tab 7, p. 953, para. 55.

²¹ Coyle affidavit, Joint Application Record, Vol. 5, Tab 7, p. 953, para. 55 and Sullivan affidavit, Joint Application Record, Vol. 1, Tab 2B and 2C, pp. 34 and 84.

²² Coyle affidavit, Joint Application Record, Vol. 5, Tab 7, p. 955, para. 59 and Sullivan affidavit, Joint Application Record, Vol. 1, Tab 2, p. 18, para. 25 and Tab 2K, p. 176.

²³ Coyle affidavit, Joint Application Record, Vol. 5, Tab 7, p. 962, para. 84 and Tab 7G, p. 1221.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Coyle affidavit, Joint Application Record, Vol. 5, Tab 7, pp. 962-963, para. 85.

²⁶ Coyle affidavit, Joint Application Record, Vol. 5, Tab 7, p. 964, para. 90.

²⁷ Coyle affidavit, Joint Application Record, Vol. 5, Tab 7, p. 968, para. 102.

²⁸ [1997] B.C.J. No. 843 (S.C. (QL)), affd in part in (1998), 165 D.L.R. (4th) 626 (B.C.C.A.).

²⁹ SOR/94-466.

³⁰ *Ontario (Chicken Producers' Marketing Board) v. Canada (Chicken Marketing Agency)*, [1993] 1 F.C. 116 (T.D.).

³¹ *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533 (C.A.).

³² D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed., Vol. 1 (Toronto: Canvasback Pub., 1998), at p. 2-45.

³³ *Supra*, note 31.

³⁴ *Supra*, note 28.

³⁵ Joint Application Record, Vol. I, P-9 Agreement, Tab 2C, at p. 84.

³⁶ Joint Application Record, Vol. I, P-9 Agreement (Schedule II), Tab 2C, at p. 113.

³⁷ Joint Application Record, Vol. I, P-9 Agreement (Schedule II), Tab 2C, at pp. 113-114.

³⁸ *Supra*, note 28.

¹⁹ Affidavit de Coyle, dossier de la demande conjointe, vol. 5, onglet 7, p. 953, par. 54.

²⁰ Affidavit de Coyle, dossier de la demande conjointe, vol. 5, onglet 7, p. 953, par. 55.

²¹ Affidavit de Coyle, dossier de la demande conjointe, vol. 5, onglet 7, p. 953, par. 55, et affidavit de Sullivan, dossier de la demande conjointe, vol. 1, onglets 2B et 2C, p. 34 et 84.

²² Affidavit de Coyle, dossier de la demande conjointe, vol. 5, onglet 7, p. 955, par. 59, et affidavit de Sullivan, dossier de la demande conjointe, vol. 1, onglet 2, p. 18, par. 25, et onglet 2K, p. 176.

²³ Affidavit de Coyle, dossier de la demande conjointe, vol. 5, onglet 7, p. 962, par. 84, et onglet 7G, p. 1221.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Affidavit de Coyle, dossier de demande conjointe, vol. 5, onglet 7, p. 962 et 963, par. 85.

²⁶ Affidavit de Coyle, dossier de la demande conjointe, vol. 5, onglet 7, p. 964, par. 90.

²⁷ Affidavit de Coyle, dossier de la demande conjointe, vol. 5, onglet 7, p. 968, par. 102.

²⁸ [1997] B.C.J. No. 843 (C.S.) (QL), conf. en partie par (1998), 165 D.L.R. (4th) 626 (C.A.C.-B.).

²⁹ DORS/94-466.

³⁰ *Ontario (Commission de la commercialisation du poulet) c. Canada (Office de commercialisation des poulets)*, [1993] 1 C.F. 116 (1^{re} inst.).

³¹ *Administration régionale Crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533 (C.A.).

³² D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, éditions à feuilles mobiles, vol. 1 (Toronto: Canvasback Pub., 1998), à la p. 2-45.

³³ Précité, note 31.

³⁴ Précité, note 28.

³⁵ Dossier de la demande conjointe, vol. I, Entente des P-9, onglet 2C, à la p. 84.

³⁶ Dossier de la demande conjointe, vol. I, Entente des P-9 (partie II), onglet 2C, p. 113.

³⁷ Dossier de la demande conjointe, vol. I, Entente des P-9 (partie II), onglet 2C, p. 113 et 114.

³⁸ Précité, note 28.

T-1944-98
2001 FCT 13

T-1944-98
2001 CFPI 13

Richardson International, Ltd. (Plaintiff)

v.

ZAO RPK «Starodubskoe», J.S.K. Sakhalin Leasing Co. and the owners and all others interested in the ship «Mys Chikhacheva» and her cargo (Defendants)

INDEXED AS: RICHARDSON INTERNATIONAL, LTD. v. MYS CHIKHACHEVA (THE) (T.D.)

Trial Division, Dubé J.—Vancouver, January 4, 5, 9, 10, 11, 12, 16, 17, 18 and 19; Ottawa, February 2, 2001.

Maritime law — Liens and Mortgages — Defendant vessel arrested under warrant based on maritime lien for necessities — Default judgment obtained by plaintiff against defendant Starodubskoe in State of Washington — Could not be executed as defendant bankrupt — Ownership of vessel at issue — Defendant, Bering Trawlers Ltd., legal owner of vessel — One who provides necessities to vessel entitled to maritime lien therefor — Maritime liens subsist even where goods, services supplied outside U.S.A. — Existence of other contractual security, guarantee for repayment not defeating maritime lien unless liens expressly waived — Under American law owner, charterer of vessel may create maritime lien by requesting necessities for vessel — Plaintiff providing necessities, holder of valid lien on vessel.

Maritime Law — Practice — Default judgment obtained by plaintiff in U.S. District Court of Washington against defendant Starodubskoe — No recovery as defendant bankrupt — Whether res judicata precludes relitigation of issues already determined — Res judicata not applicable as actions in personam, in rem involving different parties — Unsatisfied Washington judgment against Starodubskoe whereas instant case based upon maritime lien on vessel Mys Chikhacheva — No waiver of maritime lien by plaintiff.

Richardson International, Ltd. (demanderesse)

c.

ZAO RPK «Starodubskoe», J.S.K. Sakhalin Leasing Co. et les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire «Mys Chikhacheva» et sa cargaison (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: RICHARDSON INTERNATIONAL, LTD. c. MYS CHIKHACHEVA (LE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Dubé—Vancouver, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 16, 17, 18 et 19 janvier; Ottawa, 2 février 2001.

Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Le navire défendeur a été saisi en vertu d'une garantie fondée sur un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires — Un jugement par défaut a été obtenu par la demanderesse contre la défenderesse Starodubskoe dans l'État de Washington — Le jugement n'a pas pu être exécuté parce que la défenderesse avait déclaré faillite — L'identité du propriétaire du navire était en litige — La défenderesse, Bering Trawlers Ltd., était la propriétaire légale du navire — La personne qui fournit des approvisionnements nécessaires à un navire a droit à un privilège maritime à cet égard — Les privilèges maritimes subsistent même lorsque les marchandises et les services sont fournis en dehors des É.-U. — L'existence d'une autre garantie contractuelle et d'une garantie de remboursement n'empêche pas un privilège maritime d'exister à moins qu'on n'y ait expressément renoncé — En droit américain, le propriétaire et l'affrèteur d'un navire peuvent créer un privilège maritime en commandant des approvisionnements nécessaires pour le navire — La demanderesse a fourni des approvisionnements nécessaires et elle était titulaire d'un privilège valide sur le navire.

Droit maritime — Pratique — Un jugement par défaut a été obtenu par la demanderesse devant la Cour américaine de district de l'État de Washington contre la défenderesse Starodubskoe — Il n'y a pas eu recouvrement étant donné que la défenderesse avait déclaré faillite — Il s'agit de savoir si la doctrine de la chose jugée empêche de débattre de nouveau des questions qui ont déjà été tranchées — La doctrine de la chose jugée ne s'appliquait pas étant donné qu'il s'agissait d'actions personnelles et d'actions réelles mettant en cause des parties différentes — Le jugement rendu dans l'État de Washington qui n'avait pas été exécuté s'appliquait à Starodubskoe alors que la présente affaire est

Conflict of Laws — Claim for maritime lien for necessities — Plaintiff pleading American law — Applicable system of law to be determined by Canadian conflict of laws rules — Parties intending law of State of Washington to apply — Marketing contract providing for arbitration at Seattle — Contractual documentation indicating American law would govern transactions — Washington law that with which constellation of contracts has closest, most real connection — Court must look at American maritime law regarding maritime liens arising from necessities supplied to vessel.

In this action, the plaintiff, Richardson International, Ltd., claimed a maritime lien for necessities following the arrest of the defendant vessel *Mys Chikhacheva* at Nanaimo, British Columbia. Duly incorporated under the laws of the State of Washington, the plaintiff is in the business of purchasing and marketing fishery products on a worldwide basis. In October 1995, Richardson loaned money to the defendant Starodubskoe, a Russian fishing business which had been a collective enterprise in the Soviet period, for the purpose of refitting a fishing vessel. Under the deal, Richardson secured the exclusive right to market the catch of certain vessels until the debt was paid off. The plaintiff supplied necessities for the ships which were fishing in the Sea of Okhotsk. Starodubskoe violated the assignment of product and marketing contract by selling the production to third parties; it purported to terminate its contracts with Richardson and acknowledged its debt of US\$1,828,728.40, but never paid it and finally went bankrupt in Russia. Richardson arrested the *Mys Chikhacheva* in October 1998 and obtained a default judgment against Starodubskoe at Seattle, Washington, but was unable to execute it due to the latter's bankruptcy. The defendant Bering Trawlers Ltd. claimed that it was at all material times the true owner of the *Mys Chikhacheva*. Three main issues were raised: (1) the ownership of the vessel; (2) the determination of the proper law; (3) the existence of a maritime lien, as well as some related issues, including the doctrine of *res judicata* and the quantum of the maritime lien.

Held, the action should be allowed.

fondée sur un privilège maritime se rattachant au Mys Chikhacheva — La demanderesse n'a pas renoncé au privilège maritime.

Conflit de lois — Revendication d'un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires — La demanderesse a invoqué le droit américain — La question de savoir quel système de droit s'appliquait devait être tranchée au moyen des règles canadiennes en matière de conflit de lois — Les parties voulaient que ce soit le droit de l'État de Washington qui s'applique — Le contrat de commercialisation prévoyait l'arbitrage à Seattle — Les contrats indiquaient que c'était le droit américain qui devait régir les opérations — Le droit de l'État de Washington était le système de droit dont la myriade de contrats se rapprochaient réellement le plus — La Cour doit examiner le droit maritime américain qui s'applique aux privilèges maritimes découlant de la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire.

Dans cette action, la demanderesse, Richardson International, Ltd., faisait valoir un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires à la suite de la saisie du navire défendeur *Mys Chikhacheva* à Nanaimo (Colombie-Britannique). La demanderesse est une société dûment constituée en vertu des lois de l'État de Washington, qui s'occupe de l'achat et de la commercialisation de produits de la pêche à l'échelle mondiale. Au mois d'octobre 1995, Richardson avait prêté de l'argent à la défenderesse Starodubskoe, une entreprise de pêche russe qui, à l'époque soviétique, était une entreprise collective, aux fins de la remise en état d'un bateau de pêche. En vertu de l'entente, Richardson avait le droit exclusif de commercialiser les produits de certains navires tant que la dette n'était pas remboursée. La demanderesse fournissait des approvisionnements nécessaires aux navires qui pêchaient dans la mer d'Okhotsk. Starodubskoe a violé l'acte de cession du produit et le contrat de commercialisation en vendant la production à des tiers; elle a tenté de résilier les contrats qu'elle avait passés avec Richardson et a signé une reconnaissance de dette, d'un montant de 1 828 728,40 \$US, mais elle n'a jamais remboursé ce montant et a finalement déclaré faillite en Russie. Richardson a saisi le *Mys Chikhacheva* au mois d'octobre 1998 et elle a obtenu un jugement par défaut contre Starodubskoe, à Seattle (Washington), mais elle n'a pas pu faire exécuter le jugement étant donné que Starodubskoe avait déclaré faillite. La défenderesse Bering Trawlers Ltd. a allégué que, pendant la période pertinente, elle était le véritable propriétaire du *Mys Chikhacheva*. Trois questions principales ont été soulevées: 1) l'identité du propriétaire du navire; 2) la détermination du droit qu'il convenait d'appliquer à l'affaire; 3) l'existence d'un privilège maritime, ainsi que certaines questions connexes, notamment la doctrine de la chose jugée et le montant du privilège maritime.

Jugement: l'action doit être accueillie.

(1) Conflicting expert evidence was called as to whether the vessel *Mys Chikhacheva* was owned by Starodubskoe or by Bering Trawlers Ltd. of Cyprus. Richardson submitted that Bering was a sham, that is a company intended to create an appearance of legal rights and obligations different from those existing in reality. There was evidence that Bering had no actual source of income, no business other than to be recorded as the nominal title holder of the *Mys Chikhacheva* and her sister ships in Cyprus. Although the transactions were unusual and might appear to be devious and deceptive, the evidence was insufficient to allow for lifting of the corporate veil. More evidence would be needed for the Court to declare that this type of collective structure, apparently legal in Russia, was used as a front to defraud creditors. The owner of the vessel has always been Bering. However, Starodubskoe was at least a bareboat charterer and, as such, under American law, had authority to procure necessities and to create a maritime lien upon the vessel.

(2) Richardson has pleaded that the American law governs this matter and it had to prove that such was the case. U.S. law provides for a maritime lien for necessities, but Canadian law does not. The Court determines the applicable system of law by applying Canadian conflict of laws rules. Richardson was a lender to Starodubskoe in U.S. dollars and the proper law of a loan will normally be that of the lender. The marketing contract between Starodubskoe as producer and Richardson as distributor provided for arbitration at Seattle, Washington. An arbitration clause is a weighty indication that the parties intended the law of that place to govern. Although oral evidence is not admissible to clarify the terms of a contract or to contradict a contract, it is relevant at times to establish the factual matrix, the context, the environment within which the document was created. Apart from the clear choice of law and the situs of the arbitration, many other indications in the contractual documentation pointed out to an intention that American law would govern the transactions. The parties have specifically chosen the law of the State of Washington, a system of law with which the constellation of contracts has the closest and more real connection. Therefore, the Court must look at American maritime law where maritime liens arise from necessities supplied to a vessel.

(3) According to American maritime case law, one who provides necessities to a vessel is entitled to a maritime lien therefor. Maritime liens subsist even where the goods and services are supplied outside the United States. The

1) Des témoignages d'experts contradictoires ont été présentés au sujet de la question de savoir si le navire *Mys Chikhacheva* appartenait à Starodubskoe ou à Bering Trawlers Ltd. de Chypre. Richardson a affirmé que Bering était une entité fictive, c'est-à-dire une société destinée à créer une apparence de droits et d'obligations légaux différents de ceux qui existent en réalité. Selon certains éléments de preuve, Bering n'avait aucune source réelle de revenu, elle n'exerçait aucune activité si ce n'est qu'elle était inscrite à titre de détenteur nominal du titre afférent au *Mys Chikhacheva* et aux navires frères, à Chypre. Même si les opérations étaient inhabituelles et semblaient peut-être irrégulières et trompeuses, la preuve ne suffisait pas pour permettre de soulever le voile corporatif. Il faudrait présenter un plus grand nombre d'éléments de preuve pour que la Cour déclare que ce type de structure collective, apparemment légale en Russie, a été utilisé comme façade en vue de frauder les créanciers. Le propriétaire du navire a toujours été Bering. Toutefois, Starodubskoe était du moins un affréteur coque nue; or, en cette qualité, elle était autorisée en droit américain à acheter des approvisionnements nécessaires et à créer un privilège maritime se rattachant au navire.

2) Richardson a plaidé que c'est le droit américain qui régit l'affaire; il lui incombait de démontrer que c'était le cas. En droit américain, il existe un privilège maritime à l'égard des approvisionnements nécessaires, mais il n'en va pas de même en droit canadien. La Cour détermine le système de droit pertinent en appliquant les règles canadiennes concernant les conflits de lois. Richardson a prêté de l'argent en dollars américains à Starodubskoe; or, le droit qu'il convient d'appliquer à un prêt est normalement celui du prêteur. Le contrat de commercialisation qui a été conclu entre Starodubskoe en sa qualité de producteur et Richardson en sa qualité de distributeur renfermait une clause prévoyant que l'arbitrage devait avoir lieu à Seattle (Washington). Une clause d'arbitrage est un indice important montrant que les parties voulaient que ce soit la loi de ce lieu qui s'applique. Un témoignage oral ne peut pas être utilisé pour préciser les termes d'un contrat ou pour contredire un contrat, mais il est parfois pertinent lorsqu'il s'agit d'établir le cadre factuel, le contexte, l'environnement dans lequel le document a été créé. À part le choix clair du droit applicable et du lieu d'arbitrage, de nombreux autres indices figurant dans les contrats donnaient à entendre que les parties voulaient assujettir les opérations au droit américain. Les parties ont expressément choisi le droit de l'État de Washington, qui est le système de droit dont la myriade de contrats se rapprochent réellement le plus. La Cour doit donc se fonder sur le droit maritime américain qui s'applique aux privilèges maritimes découlant de la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire.

3) Selon la jurisprudence américaine en matière de droit maritime, la personne qui fournit des approvisionnements nécessaires à un navire a droit à un privilège maritime à cet égard. Il existe un privilège maritime même si les marchan-

existence of other contractual security or guarantee (such as a mortgage or promissory note) for repayment does not defeat a maritime lien unless such liens are expressly waived in the relevant contract. Where there is more than one security, a U.S. admiralty court will presume that the creditor allocated payments first to the inferior security (in the instant case, the mortgage) so as to be able to claim the balance under the higher ranking security (the maritime lien). Under U.S. law the owner or the charterer of a vessel may create a maritime lien by requesting necessities for a vessel. Therefore, Starodubskoe was within the class of persons who may create a maritime lien by requesting necessities for the *Mys Chikhacheva*. Richardson provided the necessities and was the holder of a valid lien on the vessel.

Bering submitted that, since Richardson has obtained a judgment in the United States District Court of Washington against Starodubskoe, the concept of *res judicata* precludes relitigation of issues already determined between the parties. The actions *in personam* and *in rem* involved different parties and the doctrine of *res judicata* had no application. The unsatisfied judgment obtained in the state of Washington was against Starodubskoe, whereas the case at bar was based upon a maritime lien on the vessel *Mys Chikhacheva*. Bering's allegation, that there were definite *indicia* of waiver which showed a clear intent on the part of Richardson to waive the maritime lien, was unfounded. There had been no waiver on the part of Richardson. Finally, the Court determined the quantum of the maritime lien at \$336,969.84 with pre-judgment interest and costs.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Civil Code, RU Stat., Art. 57.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 75(1).
Merchant Marine Code, RU Stat., Arts. 19, 27, 30, 34.
Merchant Shipping Law, CY Stat., s. 23R.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The), [1992] 1 F.C. 245; (1991), 47 F.T.R. 149 (T.D.); aff'd (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Rangiora, Rangimui and Takitimu, The, [2000] 1 Lloyd's Rep. 36 (N.Z.H.C.); *Tomkinson v. First*

dises et les services sont fournis en dehors des États-Unis. L'existence d'une autre garantie contractuelle (comme une hypothèque ou un billet) en vue du remboursement n'empêche pas un privilège maritime d'exister à moins qu'il n'y soit expressément renoncé dans le contrat pertinent. Lorsqu'il y a plus d'une garantie, les cours d'amirauté américaines présument que le créancier a d'abord imputé les paiements aux garanties inférieures (dans ce cas-ci l'hypothèque) de façon à pouvoir réclamer le solde en se fondant sur la garantie supérieure (le privilège maritime). Selon le droit américain, le propriétaire ou l'affrètement d'un navire peut créer un privilège maritime en commandant des approvisionnements nécessaires pour un navire. Starodubskoe appartenait donc à la catégorie de personnes qui peuvent créer un privilège maritime en commandant des approvisionnements nécessaires pour le *Mys Chikhacheva*. Richardson a fourni les approvisionnements nécessaires et est détentrice d'un privilège valide se rattachant au navire.

Bering a soutenu qu'étant donné que Richardson a obtenu un jugement contre Starodubskoe devant la Cour américaine de district de l'État de Washington, la notion de chose jugée empêche de débattre de nouveau des questions qui ont déjà été tranchées entre les parties. Les actions personnelles et les actions réelles mettaient en cause des parties différentes et la doctrine de la chose jugée ne s'appliquait pas. Le jugement non exécuté qui avait été obtenu dans l'État de Washington avait été rendu contre Starodubskoe, alors que la présente affaire était fondée sur l'existence d'un privilège maritime se rattachant au *Mys Chikhacheva*. L'allégation de Bering, à savoir qu'il y avait des indices précis de renonciation qui montraient que Richardson voulait clairement renoncer au privilège maritime, n'était pas fondée. Il n'y a pas eu de renonciation de la part de Richardson. Enfin, la Cour a conclu que le montant du privilège maritime s'élevait à 336 969,84 \$, avec intérêts avant jugement et les dépens.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Civil Code, RU Stat., art. 57.
Merchant Marine Code, RU Stat., art. 19, 27, 30, 34.
Merchant Shipping Law, CY Stat., art. 23R.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 75(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le), [1992] 1 C.F. 245; (1991), 47 F.T.R. 149 (1^{re} inst.); conf. par (1992), 150 N.R. 149 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Rangiora, Rangimui and Takitimu, The, [2000] 1 Lloyd's Rep. 36 (H.C.N.-Z.); *Tomkinson v. First*

Pennsylvania Banking and Trust Co., [1961] A.C. 1007 (H.L.); *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1971] A.C. 572 (H.L.); *Prenn v. Simmonds*, [1971] 1 W.L.R. 1381 (H.L.); *Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd. v. Kingsland Maritime Corp. et al.*; *Logistec Corp., Third Party* (1981), 126 D.L.R. (3d) 332; 43 N.R. 1 (F.C.A.); *Republic of India and Others v. India Steamship Co.*, [1997] H.L.J. No. 40 (QL).

REFERRED TO:

Stubart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Dominion Bridge Co Ltd v The Queen*, [1975] CTC 263; (1975), 75 DTC 5150 (F.C.T.D.); *Pegasus Lines Ltd. S.A. v. Devil Shipping Ltd. et al.* (1996), 120 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); affd (1996), 207 N.R. 293 (F.C.A.); *Winbigler v. Winbigler* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 131 (B.C.S.C.); *Allen v. Hay* (1922), 64 S.C.R. 76; 69 D.L.R. 193; [1922] 3 W.W.R. 366; *Fernandez v. "Mercury Bell" (The)*, [1986] 3 F.C. 454; (1986), 27 D.L.R. (4th) 641; 66 N.R. 361 (C.A.); *Gallen et al. v. Allstate Grain Co. Ltd. et al.* (1984), 9 D.L.R. (4th) 496; 53 B.C.L.R. 38; 25 B.L.R. 314 (C.A.); *Espirito Santo Bank of Florida v. M/V Tropicana*, [1992] A.M.C. 1672 (S.D. Fla. 1990); *International Seafoods of Alaska, Inc. v. Park Ventures, Inc.*, 829 F.2d 751 (9th Cir. 1987); *Sasportes v. M/V Sol De Copacabana*, 581 F.2d 1204 (5th Cir. 1978); *Tramp Oil and Marine, Ltd. v. M/V Mermaid I*, 805 F.2d 42 (1st Cir. 1986); *Exxon Corp. v. Central Gulf Lines, Inc.*, 780 F.Supp. 191 (S.D.N.Y. 1991); *Ryan-Walsh, Inc. v. M/V Ocean Trader*, 930 F.Supp. 210 (D. Md. 1996); *TTT Stevedores of Texas, Inc. v. M/V Jagat Vijeta*, 696 F.2d 1135 (5th Cir. 1983); *Newport News Shipbuilding and Dry Dock Co. v. S.S. Independence*, 872 F.Supp. 262 (E.D. Va. 1994); *Oakes Logging, Inc. v. Green Crow, Inc.*, 832 P.2d 894 (1992); *Whitney-Fidalgo Seafoods, Inc. v. Miss Tammy*, 542 F.Supp. 1302 (D.C. Wash. 1982); *Home, The*, 65 F.Supp. 94 (D.C. Wash. 1946); *Ontario Sugar Co., Re*, (1910) 22 OLR 621 (H.C.J.); affd (1911), 24 O.L.R. 332 (C.A.); *Creighton v. Franko et al.* (1998), 151 F.T.R. 21 (F.C.T.D.); *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.); *Meyer v. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Schoenbaum, T. J. *Admiralty and Maritime Law*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1994.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

ACTION based on a maritime lien for necessities following the arrest of the defendant vessel *Mys*

Pennsylvania Banking and Trust Co., [1961] A.C. 1007 (C.L.); *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1971] A.C. 572 (C.L.); *Prenn v. Simmonds*, [1971] 1 W.L.R. 1381 (C.L.); *Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd. c. Kingsland Maritime Corp. et al.*; *Logistec Corp., tierce partie* (1981), 126 D.L.R. (3d) 332; 43 N.R. 1 (C.A.F.); *Republic of India and Others v. India Steamship Co.*, [1997] H.L.J. n° 40 (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

Stubart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Dominion Bridge Co Ltd c La Reine*, [1975] CTC 263; (1975), 75 DTC 5150 (C.F. 1^{re} inst.); *Pegasus Lines Ltd. S.A. c. Devil Shipping Ltd. et al.* (1996), 120 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1996) 207 N.R. 293 (C.A.F.); *Winbigler v. Winbigler* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 131 (C.S.C.-B.); *Allen v. Hay* (1922), 64 R.C.S. 76; 69 D.L.R. 193; [1922] 3 W.W.R. 366; *Fernandez c. "Mercury Bell" (Le)*, [1986] 3 C.F. 454; (1986), 27 D.L.R. (4th) 641; 66 N.R. 361 (C.A.); *Gallen et al. v. Allstate Grain Co. Ltd. et al.* (1984), 9 D.L.R. (4th) 496; 53 B.C.L.R. 38; 25 B.L.R. 314 (C.A.); *Espirito Santo Bank of Florida v. M/V Tropicana*, [1992] A.M.C. 1672 (S.D. Fla. 1990); *International Seafoods of Alaska, Inc. v. Park Ventures, Inc.*, 829 F.2d 751 (9th Cir. 1987); *Sasportes v. M/V Sol De Copacabana*, 581 F.2d 1204 (5th Cir. 1978); *Tramp Oil and Marine, Ltd. v. M/V Mermaid I*, 805 F.2d 42 (1st Cir. 1986); *Exxon Corp. v. Central Gulf Lines, Inc.*, 780 F.Supp. 191 (S.D.N.Y. 1991); *Ryan-Walsh, Inc. v. M/V Ocean Trader*, 930 F.Supp. 210 (D. Md. 1996); *TTT Stevedores of Texas, Inc. v. M/V Jagat Vijeta*, 696 F.2d 1135 (5th Cir. 1983); *Newport News Shipbuilding and Dry Dock Co. v. S.S. Independence*, 872 F.Supp. 262 (E.D. Va. 1994); *Oakes Logging, Inc. v. Green Crow, Inc.*, 832 P.2d 894 (1992); *Whitney-Fidalgo Seafoods, Inc. v. Miss Tammy*, 542 F.Supp. 1302 (D.C. Wash. 1982); *Home, The*, 65 F.Supp. 94 (D.C. Wash. 1946); *Ontario Sugar Co., Re*, (1910) 22 OLR 621 (H.C.J.); conf. par (1911), 24 O.L.R. 332 (C.A.); *Creighton c. Franko et al.* (1998), 151 F.T.R. 21 (C.F. 1^{re} inst.); *Canderel Ltée. c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.); *Meyer c. Canada* (1985), 62 N.R. 70 (C.A.F.).

DOCTRINE

Schoenbaum, T. J. *Admiralty and Maritime Law*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1994.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2^e éd. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

ACTION fondée sur un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires

Chikhacheva by the plaintiff at Nanaimo, British Columbia. Action allowed.

intentée à la suite de la saisie du navire défendeur *Mys Chikhacheva* par la demanderesse à Nanaimo (Colombie-Britannique). Action accueillie.

APPEARANCES:

David F. McEwen and *Gregory G. Blue* for plaintiff.

Peter G. Bernard and *Andrew Mayer* for defendant Bering Trawlers Ltd.

ONT COMPARU:

David F. McEwen et *Gregory G. Blue* pour la demanderesse.

Peter G. Bernard et *Andrew Mayer* pour le défendeur Bering Trawlers Ltd.

SOLICITORS OF RECORD:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for plaintiff.

Campney & Murphy, Vancouver, for defendant Bering Trawlers Ltd.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour la demanderesse.

Campney & Murphy, Vancouver, pour la défenderesse Bering Trawlers Ltd.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] DUBÉ J.: The defendant vessel *Mys Chikhacheva* was arrested by the plaintiff at Nanaimo, British Columbia, on October 13, 1998, by virtue of a warrant of the same date based on a maritime lien for necessities. The arrest gave rise to several complex issues including the ownership of the vessel, the determination of the proper law to be applied to the case and the existence of a maritime lien against the vessel.

[1] LE JUGE DUBÉ: Le navire défendeur *Mys Chikhacheva* a été saisi par la demanderesse à Nanaimo (Colombie-Britannique) le 13 octobre 1998, en vertu d'un mandat délivré ce jour-là, lequel était fondé sur un privilège maritime se rapportant à des approvisionnements nécessaires. La saisie soulevait plusieurs questions complexes, notamment l'identité du propriétaire du navire, la détermination du droit qu'il convenait d'appliquer à l'affaire et l'existence d'un privilège maritime se rattachant au navire.

1. Facts

[2] The plaintiff Richardson International Ltd. (Richardson) is a corporation duly incorporated under the laws of the State of Washington, U.S.A., and carries on the business of purchasing and marketing fishery products on a worldwide basis. Between January 19, 1995, and December 19, 1996, there were two separate corporations, Richardson International Ltd. and RIL Ship Management Ltd., both of which were merged to form the present Richardson in 1998.

1. Les faits

[2] La demanderesse Richardson International Ltd. (Richardson) est une société dûment constituée en vertu des lois de l'État de Washington (É.-U.); elle s'occupe de l'achat et de la commercialisation de produits de la pêche à l'échelle mondiale. Entre le 19 janvier 1995 et le 19 décembre 1996, il y avait deux sociétés distinctes, Richardson International Ltd. et RIL Ship Management Ltd., qui ont été fusionnées en 1998 pour former la société Richardson actuelle.

[3] The defendant ZAO RPK Starodubskoe (Starodubskoe) is a corporation formed under the laws of Russia with an address on the Sakhalin Island. It has not filed a defence in the instant action and

[3] La défenderesse ZAO RPK Starodubskoe (Starodubskoe) est une société constituée en vertu des lois russes ayant une adresse sur l'île de Sakhaline. Elle n'a pas déposé de défense dans la présente action

Richardson has obtained a default judgment against it in the state of Washington.

[4] The defendant J.S.K. Sakhalin Leasing Co., also referred to as J.S.K. Sakhalin Leasing Flot and referred to in these reasons as “Sakhalin Leasing” is a corporation formed under the laws of Russia. It has been struck out as a defendant by order of this Court dated November 27, 1998. The sole defendant is now Bering Trawlers Ltd. (Bering). It claims that it was at all material times the true owner of the *Mys Chikhacheva*. The first key issue is to determine the real ownership of the vessel.

[5] Prior to 1995, Richardson had substantial experience in managing Russian fishing vessels and selling products from these vessels. It made contacts with Russian fishing enterprises in the Sea of Okhotsk. Some of these fishing enterprises were “kolkhozes”, or collective enterprises originally established in the Soviet period. In late 1994, Mrs. Lynn Richardson, Chief Executive Officer of Richardson, was introduced to V. Moukhin, the general director of Starodubskoe which was previously known as the Fishing Kolkhoz Kotovsky (Kotovskiy) and operated some 15 fishing vessels. Among these were the *Yuzhnie Kurily*, a “mother ship” or factory processing vessel, and two Sterkoder trawlers, the *Mys Chikhacheva* and the *Mys Slepikovskogo*.

[6] In January 1995, Lynn Richardson went to the harbour master’s office in Nevelsk, Sakhalin Island, in the company of Mr. Moukhin and a Russian employee of Richardson, Natasha Sabutskaya. There she was shown certificates of ownership for the three vessels indicating that they were owned by Kotovsky. Mr. Moukhin gave Lynn Richardson a copy of an official document dated November 16, 1994, relating to the change of name from Kotovsky to Starodubskoe and an English translation. Mr. Moukhin died in the spring of 1995 and was succeeded by Mr. Ivlev as the general director of Starodubskoe.

et Richardson a obtenu un jugement par défaut contre elle dans l’État de Washington.

[4] La défenderesse J.S.K. Sakhalin Leasing Co., également connue sous le nom de J.S.K. Sakhalin Leasing Flot et appelée «Sakhalin Leasing» dans les présents motifs, est une société constituée en vertu des lois russes. Elle a été radiée à titre de défenderesse au moyen d’une ordonnance rendue par la Cour le 27 novembre 1998. L’unique défenderesse est maintenant Bering Trawlers Ltd. (Bering). Cette dernière société allègue que, pendant la période pertinente, elle était le véritable propriétaire du *Mys Chikhacheva*. Il s’agit essentiellement en premier lieu de déterminer qui est le véritable propriétaire du navire.

[5] Avant 1995, Richardson avait une expérience considérable en matière de gestion de bateaux de pêche russes et de vente de produits provenant de ces bateaux. Elle a établi des contacts avec des entreprises de pêche russes de la mer d’Okhotsk. Certaines de ces entreprises de pêche étaient des «kolkhozes», soit des entreprises collectives initialement établies à l’époque soviétique. À la fin de l’année 1994, M^{me} Lynn Richardson, présidente-directrice générale de Richardson, a été présentée à V. Moukhin, directeur général de Starodubskoe, autrefois connue sous le nom du kolkhoze de pêche Kotovsky (Kotovskiy) qui exploitait une quinzaine de bateaux de pêche, notamment le *Yuzhnie Kurily*, un «navire mère» ou un navire-usine de traitement, et deux chalutiers Sterkoder, le *Mys Chikhacheva* et le *Mys Slepikovskogo*.

[6] Au mois de janvier 1995, Lynn Richardson s’est rendue au bureau du capitaine de port à Nevelsk, sur l’île de Sakhaline, en compagnie de M. Moukhin et d’une employée russe de Richardson, Natasha Sabutskaya. On lui a montré les certificats de propriété des trois navires, indiquant que ceux-ci appartenaient à Kotovsky. M. Moukhin a remis à Lynn Richardson une copie d’un document officiel en date du 16 novembre 1994, faisant état du changement de nom de Kotovsky, désormais connue sous le nom de Starodubskoe, ainsi qu’une traduction anglaise. M. Moukhin est décédé au printemps 1995; M. Ivlev l’a remplacé à titre de directeur général de Starodubskoe.

[7] In October 1995, Richardson and Starodubskoe entered into an arrangement pursuant to which Richardson would lend US\$4,000,000 to Starodubskoe for the purpose of refitting the *Yuzhnie Kurily* so that this vessel could process fish products meeting U.S. and Western European standards, and also to provide essentials to the three vessels to allow them to operate. Richardson was to have the exclusive right to market the products of the three vessels until the debt for the conversion of the *Yuzhnie Kurily* was repaid, and thereafter until the arrangement was terminated by one or the other party.

[8] This arrangement was reflected in a group of contracts executed in English and Russian on October 24 and 25, 1995, consisting in a mortgage on the *Yuzhnie Kurily*, a promissory note, a marketing contract and an addendum to each of the three documents.

[9] The refit of the *Yuzhnie Kurily* was carried out at Pusan, Korea, from November 1995 to February 1996 at a cost of over US\$2.9 million, all paid through the Richardson loan.

[10] When the three vessels began fishing in the Sea of Okhotsk in early 1996, Starodubskoe requested Richardson to supply fuel and provisions to the vessels. The requests were to be approved by Mr. Dick Richardson, President of Richardson. All arrangements for the supply of provisions were made in Seattle, Washington. Some of the provisions were transferred from other fishing vessels and the remainder were shipped by a Seattle company to the Sea of Okhotsk. Richardson also paid for the salaries and travel expenses of technicians to service the fish processing machines on board the *Mys Chikhacheva*.

[11] At the same time as Richardson was supplying the three vessels in the early spring of 1996, Starodubskoe was selling the production from the vessels to third parties in violation of the assignment of product and marketing contract. In fact, the very

[7] Au mois d'octobre 1995, Richardson et Starodubskoe ont conclu une entente en vertu de laquelle Richardson devait prêter 4 000 000 \$US à Starodubskoe aux fins de la remise en état du *Yuzhnie Kurily* de façon que ce navire puisse traiter les produits de pêche conformément aux normes des États-Unis et de l'Europe de l'Ouest. Richardson devait en outre fournir les approvisionnements essentiels aux trois navires de façon à permettre leur exploitation. Richardson détenait le droit exclusif de commercialiser les produits des trois navires tant que la dette relative à la transformation du *Yuzhnie Kurily* n'était pas remboursée et, par la suite, tant que l'entente n'était pas résiliée par l'une ou l'autre partie.

[8] Cette entente a donné lieu à un groupe de contrats rédigés en anglais et en russe les 24 et 25 octobre 1995, comprenant une hypothèque grevant le *Yuzhnie Kurily*, un billet à ordre, un contrat de commercialisation et un addenda joint à chacun des trois documents.

[9] Les travaux de remise en état du *Yuzhnie Kurily* ont été exécutés à Pusan, en Corée, du mois de novembre 1995 au mois de février 1996, au coût de plus de 2,9 millions de dollars américains, ce montant ayant été payé au complet à l'aide du prêt consenti par Richardson.

[10] Lorsque les trois navires ont entrepris les activités de pêche dans la mer d'Okhotsk, au début de l'année 1996, Starodubskoe a demandé à Richardson de fournir du mazout et des provisions aux navires. Les demandes devaient être approuvées par M. Dick Richardson, président de Richardson. Toutes les dispositions relatives à la fourniture des provisions ont été prises à Seattle (Washington). Certaines provisions ont été transférées d'autres bateaux de pêche et le reste a été expédié par une société de Seattle jusqu'à la mer d'Okhotsk. Richardson a également payé les salaires et les frais de déplacement des techniciens chargés de l'entretien des appareils de traitement du poisson à bord du *Mys Chikhacheva*.

[11] Au moment où Richardson fournissait les provisions aux trois navires, au début du printemps 1996, Starodubskoe vendait la production des navires à des tiers en violation de l'acte de cession du produit et du contrat de commercialisation. De fait, le

first trans-shipment of fish from the *Mys Chikhacheva* in the 1996 fishing season was delivered to a third party.

[12] When Richardson discovered this, it protested strongly about the breaches of contract but further trans-shipments continued to third parties as well as to Richardson.

[13] Finally, Starodubskoe sent a fax in May 1996 purporting to terminate its contracts with Richardson. On September 6, 1996, Starodubskoe signed an acknowledgment of global indebtedness to Richardson in the amount of US\$1,828,728.40. It was never paid. In 1997, Starodubskoe entered a form of bankruptcy in Russia. On October 27, 1997, the arbitration manager (a form of trustee) of Starodubskoe confirmed that the latter's debt to Richardson then stood at US\$2,206,344. Nothing was paid to Richardson by or on behalf of Starodubskoe.

[14] On October 13, 1998, the *Mys Chikhacheva* was arrested in Nanaimo, B.C. This was the first opportunity Richardson had to arrest the vessel. On July 23, 1999, Richardson obtained a default judgment against Starodubskoe in the U.S. District Court at Seattle, Washington. Richardson was unable to recover from the judgment as Starodubskoe was by then in Russian bankruptcy.

[15] Richardson heard from Bering for the first time at the commencement of this action. It had no prior notice of its existence or its alleged ownership of the *Mys Chikhacheva*.

2. Ownership of the Vessel

[16] Evgueni Knijnikov was called by the plaintiff as an expert in Russian maritime law. He has practiced law for over 25 years. He is a member of the Russian Bar and also of the Washington State Bar Association,

premier transbordement de poisson du *Mys Chikhacheva*, au cours de la saison de pêche de 1996, a été livré à un tiers.

[12] Lorsque Richardson a découvert la chose, elle a protesté avec véhémence en affirmant que le contrat avait été violé, mais on a continué à effectuer d'autres transbordements en faveur de tiers ainsi que de Richardson.

[13] Enfin, au mois de mai 1996, Starodubskoe a envoyé une télécopie visant à résilier les contrats qu'elle avait passés avec Richardson. Le 6 septembre 1996, Starodubskoe a signé une reconnaissance de dette globale en faveur de Richardson, d'un montant de 1 828 728,40 \$US. Ce montant n'a jamais été remboursé. En 1997, Starodubskoe a déclaré faillite en Russie. Le 27 octobre 1997, l'arbitre chargé de la faillite (un genre de syndic) de Starodubskoe a confirmé que la dette de cette dernière envers Richardson s'élevait à 2 206 344 \$US. Aucune somme n'a été versée à Richardson par Starodubskoe ou pour son compte.

[14] Le 13 octobre 1998, le *Mys Chikhacheva* a été saisi à Nanaimo (C.-B.). C'était la première occasion que Richardson avait de faire saisir le navire. Le 23 juillet 1999, Richardson a obtenu un jugement par défaut contre Starodubskoe devant la Cour américaine de district, à Seattle (Washington). Richardson n'a pas pu recouvrer le montant accordé par jugement étant donné que Starodubskoe avait alors déclaré faillite en Russie.

[15] Richardson a entendu parler de Bering pour la première fois au début de la présente action. Jusqu'à ce moment-là, elle n'était pas au courant de l'existence de Bering ou du fait que celle-ci serait propriétaire du *Mys Chikhacheva*.

2. Le propriétaire du navire

[16] Evgueni Knijnikov a été cité par la demanderesse à titre d'expert en droit maritime russe. M. Knijnikov pratique le droit depuis plus de 25 ans. Il est inscrit au Barreau russe et il est également

U.S.A., as a foreign law consultant. He studied the two documents obtained by Richardson: the Ship's Certificate issued on September 1, 1994, for the *Mys Chikhacheva* to Kotovsky and the November 16, 1994 resolution re-registering the fishing kolkhoz Kotovsky into the Fishing Corporation Starodubskoe.

[17] In his opinion, the Ship's Certificate complies with the Russian law effective at that time, namely articles 19, 27, 30 and 34 of the *Merchant Marine Code* effective in Russia from 1968 through 1999. The Ship's Certificate is the conclusive proof of Kotovsky's right to the ownership of the vessel *Mys Chikhacheva*. It is also clear from that document that the vessel did not have any previous ownership. The vessel was later transferred to Starodubskoe. The document of re-registration complies with the Russian law (Article 57 of the *Civil Code* of the RF). He concluded as follows:

6. Based on the submitted documents and on the norms of the Russian Law effective at that time in Russia (1994), I have come to a firm conclusion that at the time of the registration of the vessel "Mys Chikhacheva" in port Nevelsk, Russia, no foreign company had the right of ownership to the vessel *Mys Chikhacheva*. The vessel was owned solely by fishing kolkhoz Kotovsky. Parallel registration of a vessel, right of ownership and flag, both in Russia and in any foreign country at the same time, is not allowed according to Article 27 of the *Merchants Marine Code* of the USSR.

[18] The defendant Bering called as its expert in Cypriot maritime law, Panayiotis Neocleous, an advocate registered with the Cyprus Bar. He examined nine documents from the Cyprus Registry and a Certificate of Navigation under the flag of Russia. He concluded that the *Mys Chikhacheva* is permanently registered under the Cypriot flag and registered parallel out in the Russian Federation, the legal owners are Bering Trawlers Limited of Limassol, Cyprus, and section 23R of the *Merchant Shipping Law* of Cyprus prohibits any dealings with the ownership of the vessel unless they have been registered in accordance with the provisions of Cypriot law.

membre du Washington State Bar Association (É.-U.), à titre de conseiller en droit étranger. Il a examiné les deux documents que Richardson avait obtenus: le certificat du navire délivré à Kotovsky le 1^{er} septembre 1994 pour le *Mys Chikhacheva* et la résolution du 16 novembre 1994 par laquelle le kolkhoze de pêche Kotovsky était de nouveau enregistré sous le nom de société de pêche Starodubskoe.

[17] De l'avis de M. Knijnikov, le certificat du navire est conforme au droit russe tel qu'il existait à ce moment-là, à savoir les articles 19, 27, 30 et 34 du *Merchant Marine Code* en vigueur en Russie de 1968 à 1999. Le certificat du navire établissait d'une façon concluante que Kotovsky était propriétaire du *Mys Chikhacheva*. Il ressort également clairement de ce document que le navire n'avait pas eu d'autre propriétaires. Le navire a par la suite été transféré à Starodubskoe. Le document de nouvelle immatriculation est conforme au droit russe (article 57 du *Civil Code* de la FR). M. Knijnikov a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] 6. Compte tenu des documents qui ont été soumis et des règles de droit russes qui s'appliquaient à ce moment-là en Russie (en 1994), je suis fermement convaincu qu'au moment où le «*Mys Chikhacheva*» a été immatriculé dans le port de Nevelsk, en Russie, aucune société étrangère n'avait un droit de propriété sur ce navire. Le navire appartenait uniquement au kolkhoze de pêche Kotovsky. L'immatriculation parallèle d'un navire, l'enregistrement d'un droit de propriété et d'un pavillon, en Russie et à l'étranger en même temps, n'est pas permis selon l'article 27 du Code de la marine marchande de l'URSS.

[18] Pour sa part, la défenderesse Bering a cité Panayiotis Neocleous, avocat inscrit au Barreau de Chypre, à titre d'expert en droit maritime chypriote. L'expert a examiné neuf documents du registre de Chypre et un certificat de navigation sous pavillon russe. Il a conclu que le *Mys Chikhacheva* est immatriculé en permanence sous pavillon chypriote et qu'il est également immatriculé dans la Fédération de Russie, que Bering Trawlers Limited, de Limassol, à Chypre, est le propriétaire légal du navire et que l'article 23R de la *Merchant Shipping Law* de Chypre interdit toute opération concernant le droit de propriété afférent au navire à moins qu'il n'y ait eu enregistrement conformément aux dispositions du droit chypriote.

[19] In his opinion, “as of today’s date the ownership of the vessel remains unaltered and the registered legal owner of the vessel is Bering Trawlers Limited”.

[20] Bering also called its own expert in Russian maritime law, Peter Falileev, a partner in the Jurinflot International Law Firm of Moscow, Russia. He examined the same group of documents as were before Panayiotis Neocleous and also other Russian documents. He concluded that the *Mys Chikhacheva* was built for the account of Bering Trawlers Limited, Cyprus, and the vessel is the sole property of that company. The *Mys Chikhacheva* was provisionally registered under Cyprus flag on June 21, 1996, and permitted to sail under the flag of Russia because it was bareboat chartered by Bering, the owner, to Kotovsky.

[21] In his opinion, it is clear from the documents that the intention of Bering, as a registered owner, was to bareboat charter the vessel to Kotovsky and register the vessel under the Russian flag. The Russian Fisheries Committee issued a consent for Kotovsky to bareboat charter the vessel on May 17, 1994. Before May 1999, when the Russian *Merchant Marine Code* was adopted, bareboat chartered vessels were to be registered in a ship register as vessels owned by Russian entities.

[22] Mr. Falileev examined the Ship’s Certificate dated September 1, 1994, and the Certificate of Navigation under the flag of Russia dated September 14, 1995. He acknowledged that these documents do not contain a reference to Bering, the owner of the vessel, but that the name of Kotovsky appeared as owner. In his opinion, that “does not mean that this person is the owner in fact”. At the time, the instruction 1992 “provided the possibility of registration of bareboat chartered vessels in the Russian Federation but did not provide the special bareboat charter Register which was adopted only in 1999. . . . Thus the Russian law in 1994 provided [the] possibility to register foreign vessels under the Russian flag on the basis of bareboat charter but unfortunately did not provide forms of Russian documents where owners

[19] De l’avis de l’expert, [TRADUCTION] «à ce jour, le propriétaire du navire n’a pas changé, le propriétaire légal inscrit étant Bering Trawlers Limited».

[20] Bering a également cité son propre expert en droit maritime russe, Peter Falileev, associé au cabinet Jurinflot, spécialisé en droit international, à Moscou, en Russie. M. Falileev a examiné le même ensemble de documents que Panayiotis Neocleous ainsi que d’autres documents russes. Il a conclu que le *Mys Chikhacheva* avait été construit pour le compte de Bering Trawlers Limited, à Chypre, et que cette société était l’unique propriétaire du navire. Le *Mys Chikhacheva* a été provisoirement immatriculé sous pavillon chypriote le 21 juin 1996 et on lui a permis de battre pavillon russe parce que le propriétaire, Bering, avait conclu un contrat d’affrètement à coque nue avec Kotovsky.

[21] De l’avis de l’expert, il ressort clairement des documents que Bering, en sa qualité de propriétaire inscrit, voulait affréter le navire coque nue en faveur de Kotovsky et qu’elle voulait immatriculer le navire sous pavillon russe. Le 17 mai 1994, le comité des pêches russe a délivré un consentement autorisant Kotovsky à affréter le navire coque nue. Avant le mois de mai 1999, lorsque le *Merchant Marine Code* russe a été édicté, les navires affrétés coque nue devaient être inscrits dans un registre à titre de navires appartenant à des entités russes.

[22] M. Falileev a examiné le certificat du navire en date du 1^{er} septembre 1994 et le certificat de navigation sous pavillon russe en date du 14 septembre 1995. Il a reconnu que, dans ces documents, il n’est pas fait mention du propriétaire du navire, Bering, mais que c’est Kotovsky qui y est inscrit à titre de propriétaire. À son avis, cela [TRADUCTION] «ne veut pas dire que cette personne est de fait propriétaire du navire». À ce moment-là, la directive 1992 [TRADUCTION] «prévoyait la possibilité d’immatriculer les navires affrétés coque nue dans la Fédération de Russie, mais ne prévoyait pas l’existence d’un registre spécial pour les affrètements à coque nue, celui-ci n’ayant été établi qu’en 1999 [. . .] Par conséquent, en 1994, le droit russe prévoyait la possibilité d’immatriculer des navires étrangers battant pavillon russe sur la base d’un

and the charterers shall be stated. . . . This is a true reason for the confusion". He concluded as follows:

27. My above conclusion regarding the owner of the vessel "Mys Chikhacheva" contradicts the statement of Mr. Evgueni Knizhnikov. Mr. Knizhnikov declared that he analyzed the Ship's Certificate dated 1st of September 1994 and the document regarding reorganization of Rybkolhoz Kotovskij to ZAO RPK Starodubskoe. On the basis of these documents he concluded that the Ship's certificate was the conclusive proof that Rybkolhoz Kotovskij was an owner of the vessel "Mys Chikhacheva". I believe that such conclusion of Mr. Knizhnikov is wrong because firstly he made it apparently without analyzing all documents connected with the vessel and mentioned above. Secondly, nothing in the Russian shipping law which was in force in 1994 says that the Ship's Certificate is the conclusive proof of ownership. Thirdly, it is clear for me that Mr. Knizhnikov totally ignored the Russian practice (when the charterer may be stated as the owner in the relevant Certificates issued by Russian Harbour Masters). Additionally, the conclusion made on the second page of the statement of Mr. Knizhnikov that the title to the vessel "Mys Chikhacheva" belonged to Rybkolhoz Kotovskij and not to other persons because the parallel registration was not allowed in the Russian Federation is also totally wrong. The parallel registration (the registration of bareboat chartered vessels) was allowed in the Instruction 1992 what was described in detail by me above. All documents analyzed by me prove the true owner of the vessel "Mys Chikhacheva" is Bering Trawlers Limited and the charterer is Rybkolhoz Kotovskij.

[23] Mr. Evgeniy Yarygin, Chairman of the Sakhalin Union of Fishing Collectives (the Union), testified at discovery and at the hearing on behalf of Bering. The Union has some 10,000 members and 21 organizations, including Bering and Starodubskoe. It owns 99.9% of the shares in Bering. The Union carries on general marketing activities, provides technology advice on the operations of vessels, legal services and government relations. He identified all the documents which formed the basis for the experts' opinions, including the loan agreement with the bank to build the vessels, the time charter from Bering to Kotovsky, the consent of the State Fishery Committee of the Russian Federation to Starodubskoe to bareboat charter the *Mys Chikhacheva*, the builder's certificate

affrètement à coque nue, mais malheureusement il n'y avait pas de formulaires russes sur lesquels on devait indiquer le nom des propriétaires et des affréteurs [. . .] Telle est la véritable raison de la confusion». L'expert a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] 27. La conclusion que j'ai ci-dessus tirée au sujet du propriétaire du «Mys Chikhacheva» contredit la déclaration de M. Evgueni Knizhnikov. M. Knizhnikov a déclaré avoir examiné le certificat du navire en date du 1^{er} septembre 1994 et le document concernant la réorganisation de Rybkolhoz Kotovskij aux fins de la création de ZAO RPK Starodubskoe. Compte tenu de ces documents, il a conclu que le certificat du navire établissait d'une façon concluante que Rybkolhoz Kotovskij était propriétaire du «Mys Chikhacheva». À mon avis, cette conclusion est erronée, premièrement parce que M. Knizhnikov l'a apparemment tirée sans examiner tous les documents susmentionnés concernant le navire. Deuxièmement, il n'y a rien dans le droit maritime russe tel qu'il était en vigueur en 1994 qui dise que le certificat du navire établit d'une façon concluante qui en est propriétaire. Troisièmement, il est clair, selon moi, que M. Knizhnikov a complètement omis de tenir compte de la pratique russe (où l'affréteur peut être désigné à titre de propriétaire dans les certificats pertinents délivrés par les capitaines de port russes). De plus, il est également tout à fait erroné de conclure, comme l'a fait M. Knizhnikov à la deuxième page de sa déclaration, que c'était Rybkolhoz Kotovskij plutôt que d'autres personnes qui détenait le titre du «Mys Chikhacheva» parce que l'immatriculation parallèle n'était pas permise dans la Fédération de Russie. L'immatriculation parallèle (l'immatriculation de navires assujettis à un affrètement à coque nue) était autorisée selon la directive 1992, que j'ai ci-dessus décrite en détail. Tous les documents que j'ai examinés établissent que Bering Trawlers Limited est le véritable propriétaire du «Mys Chikhacheva» et que Rybkolhoz Kotovskij en est l'affréteur.

[23] M. Evgeniy Yarygin, président du Syndicat des coopératives de pêche de Sakhaline (le syndicat), a témoigné pour le compte de Bering à l'interrogatoire préalable et à l'audience. Le syndicat compte environ 10 000 membres et englobe 21 organisations, dont Bering et Starodubskoe. Il possède 99,9 p. 100 des actions de Bering. Le syndicat exerce des activités générales de commercialisation, fournit des conseils techniques au sujet du fonctionnement des navires ainsi que des conseils juridiques et assure la liaison avec l'État. M. Yarygin a identifié tous les documents qui servaient de fondement aux avis des experts, notamment le contrat de prêt passé avec la banque aux fins de la construction des navires, l'affrètement à temps consenti par Bering en faveur de Kotovsky, le

of the *Mys Chikhacheva*, the consent of the bank to bareboat charter in parallel registration of the vessels, various certificates of registry in Cyprus, and other related documents.

[24] He only became aware of the existence of Richardson in 1998 following the arrest of the *Mys Chikhacheva* in Canada. Starodubskoe being in default, the bank and Bering created a separate organization to operate the vessels and sublet it to a company by the name of Zaliv on December 9, 1996. The bareboat charter to Starodubskoe was cancelled.

[25] In his experience, the term “owner” in Russian means the operator responsible for the vessel and not the real owner because at the time the only real owner in Russia was the Government.

[26] Richardson claims that Bering itself is a sham, being a mere emanation of the Union. It falls within the meaning of that term as enunciated by the Supreme Court of Canada in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*.¹ It is merely a company intended to create an appearance of legal rights and obligations different from those existing in reality. Mr. Yarygin, the Chairman of the Union, testified at the trial that Bering has no actual source of income, no business other than to be recorded as the nominal title holder of the *Mys Chikhacheva* and her sister ships in Cyprus, no employees, no bank account, nothing to do with the operation of a vessel. Finally, Bering and the Union are almost the same as the shares in Bering are 99.9% beneficially owned by the Union. Consequently, the Court may ignore the interposition of a sham corporation and look into the legal relations that are created in reality.²

consentement accordé à Starodubskoe par le comité d'État des pêches de la Fédération de Russie à l'égard de l'affrètement à coque nue du *Mys Chikhacheva*, le certificat de constructeur concernant le *Mys Chikhacheva*, le consentement accordé par la banque à l'égard de l'affrètement à coque nue conformément à l'immatriculation parallèle des navires, divers certificats d'enregistrement, à Chypre, ainsi que des documents connexes.

[24] Le témoin n'a été mis au courant de l'existence de Richardson qu'en 1998 à la suite de la saisie du *Mys Chikhacheva* au Canada. Starodubskoe ayant fait défaut, la banque et Bering ont créé une organisation distincte en vue d'exploiter les navires et de les sous-louer à une société appelée Zaliv le 9 décembre 1996. L'affrètement à coque nue consenti à Starodubskoe a été annulé.

[25] À la connaissance du témoin, le mot «propriétaire» en russe s'entend de l'exploitant responsable du navire plutôt que du véritable propriétaire parce qu'à ce moment-là, l'État était le seul véritable propriétaire en Russie.

[26] Richardson affirme que Bering elle-même est une entité fictive, une simple émanation du syndicat. Ce terme, tel qu'il a été défini par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*,¹ s'applique à Bering. Il s'agit simplement d'une société destinée à créer une apparence de droits et d'obligations légaux différents de ceux qui existent en réalité. M. Yarygin, président du syndicat, a témoigné à l'instruction que Bering n'avait aucune source réelle de revenu, qu'elle n'exerçait aucune activité si ce n'est qu'elle était inscrite à titre de détenteur nominal du titre afférent au *Mys Chikhacheva* et aux navires frères, à Chypre, qu'elle n'avait pas d'employés ni de compte bancaire, qu'elle n'avait rien à voir avec l'exploitation d'un navire. Enfin, Bering et le syndicat sont des entités presque identiques puisque le syndicat est titulaire à 99,9 p. 100 des actions de Bering, à titre de propriétaire bénéficiaire. La Cour peut donc omettre de tenir compte de l'interposition d'une société fictive et examiner les relations juridiques qui sont en réalité créées.²

[27] Richardson further submits that Bering is merely a corporate fiction that enables the Union to interchange the ownership of the vessels so as to avoid claims of creditors. The evidence of Mr. Yarygin that the operation of the *Mys Chikhacheva* from Starodubskoe to Zaliv, a wholly-owned subsidiary of Starodubskoe, and then to Sakhalin Leasing Flot, another member of the Union, confirms that Bering is a mere fictitious entity.

[28] In my view, although these unfamiliar corporate structures and unusual transactions may appear to be devious and deceptive, the evidence adduced at the trial is not sufficient to allow me to lift the corporate veil. The test which must be met to pierce the corporate veil is heavy.³

[29] In a somewhat similar factual situation, the New Zealand High Court in *Rangiora, Ranginui and Takitimu, The*⁴, found that the ultimate beneficial owners of each vessel were the individual co-owners holding specified interests in each "*partenreederei*" (a German form of ship co-ownership) and that they were not to be treated in the same way as shareholders in a limited liability company. The creditors argued that despite this finding, the involvement of one particular individual by the name of Löwer, at each stage of the corporate and transactional structure, led to the conclusion that the structure was a sham, that South Pacific Shipping was in fact acting as agent of the owners through the management company owned and controlled by Löwer. The Court [at pages 42-43] rejected this argument as follows:

On the evidence currently before the Court, I see considerable difficulty in the way of the plaintiffs succeeding on the sham argument. The structure is not an unfamiliar one in the maritime and chartering industry. The concept of one-ship companies is well known. Frequently vessels are chartered by head and sub-charters to a convenient flag for crewing, financing and taxation purposes. By so doing the vessel may become more attractive both to investors and on the international chartering market. That is the explanation offered in the context of the present structure and I see no reason, on

[27] Richardson soutient en outre que Bering est simplement une société fictive qui permet au syndicat de remplacer les propriétaires des navires de façon à éviter les réclamations des créanciers. La preuve présentée par M. Yarygin selon laquelle l'exploitation du *Mys Chikhacheva*, qui était passée de Starodubskoe à Zaliv, une filiale en propriété exclusive de Starodubskoe, puis à Sakhalin Leasing Flot, un autre membre du syndicat, confirme que Bering est tout simplement une entité fictive.

[28] À mon avis, même si ces structures d'entreprise inconnues et ces opérations inhabituelles semblent peut-être irrégulières et trompeuses, la preuve présentée à l'instruction ne suffit pas pour me permettre de soulever le voile corporatif. Or, le critère auquel il faut satisfaire pour que le voile corporatif soit soulevé est rigoureux³.

[29] Dans un cas où les faits étaient quelque peu similaires, la Haute Cour de la Nouvelle-Zélande, dans les affaires *Rangiora, Ranginui and Takitimu, The*⁴, a conclu que les propriétaires bénéficiaires ultimes de chaque navire étaient les copropriétaires individuels qui possédaient des droits précis sur chaque «*partenreederei*» (un type allemand de copropriété d'un navire) et qu'ils ne devaient pas être considérés de la même façon que les actionnaires d'une société à responsabilité limitée. Les créanciers ont soutenu que, malgré cette conclusion, la participation d'un individu particulier s'appelant Löwer, à chaque palier de la structure d'entreprise et à chaque étape des opérations, permettait de conclure que la structure était fictive, que South Pacific Shipping agissait en fait à titre d'agent des propriétaires par l'entremise de la société de gestion appartenant à Löwer et contrôlée par Löwer. La Cour [aux pages 42 et 43] a rejeté cet argument en disant ce qui suit:

[TRADUCTION] Compte tenu de la preuve dont dispose la Cour à l'heure actuelle, il m'est fort difficile de voir comment l'argument des demandeurs fondé sur la nature fictive de l'entreprise peut être retenu. Cette structure n'est pas inconnue dans les milieux maritimes et dans le secteur des affrètements. Le concept de société ne comptant qu'un seul navire est bien connu. Il arrive souvent que des navires soient affrétés et sous-affrétés en faveur d'un pavillon de complaisance aux fins de l'équipement, du financement et de l'impôt. Le navire peut ainsi présenter plus d'intérêt pour

the currently available evidence, why that position should not be accepted at face. The involvement of Mr. Löwer in the company which acts as korrespondentreeeder and in each of the Antigua and Barbuda head charter companies is not necessarily fatal to a genuine structure. Mr. Löwer and interests associated with him have individual interests in each of the three partenreederei. Mr. Löwer may well be the "brains" behind the formation of these partenreederei created to own and operate these ships. But that fact, on its own, does not mean that the structures are shams. Neither does it necessarily create a basis for lifting the corporate veil.

[30] Similarly, in the instant case, I see considerable difficulty in the way of Richardson succeeding on the sham argument. More evidence, expert as well as factual, would be necessary for a Canadian court to declare that this type of collective structure, apparently acting legally in Russia, was used as a front to defraud creditors. Such a prominent collective Union, involving so many fishing organizations and vessels, surely must have a past and a public record on the Sakhalin Island. Richardson cannot have been the only party involved with the Union, Bering and/or Starodubskoe. It has not shown to my satisfaction that the unfamiliar Russian structure was merely a sham.

[31] I must therefore conclude that Starodubskoe is not, and has never been, the owner of the *Mys Chikhacheva*. The owner has been, since the vessel was constructed, and continues to be Bering.

[32] However, Starodubskoe was at least a bareboat charterer and, under American law, a charterer is presumed to have the authority to procure necessities and to create a maritime lien upon the vessel.

3. The Proper Law

[33] Richardson has pleaded that the American law governs this matter and produced the only American

les investisseurs et sur le marché international des affrètements. Telle est l'explication fournie dans le contexte de la structure actuelle et je ne vois pas pourquoi, selon la preuve disponible à l'heure actuelle, cette position ne devrait pas être retenue telle quelle. La participation de M. Löwer aux activités de la société qui agit à titre de korrespondentreeeder et aux activités de chacune des sociétés d'affrètement principal à Antigua-et-Barbuda n'empêche pas nécessairement une structure véritable d'exister. M. Löwer et ses associés ont des droits individuels sur chacune des trois partenreederei. M. Löwer peut bien être le «cerveau» qui est à l'origine de la constitution de ces partenreederei, qui ont été créées en vue d'être propriétaires des navires et de les exploiter. Toutefois, cela en soi ne veut pas pour autant dire que les structures en question sont fictives. Cela ne peut pas non plus nécessairement servir de fondement pour soulever le voile corporatif.

[30] De même, en l'espèce, il m'est fort difficile de voir comment l'argument de Richardson fondé sur la nature fictive de l'entreprise peut être retenu. Il faudrait présenter un plus grand nombre d'éléments de preuve, à partir d'expertise et de faits, pour qu'un tribunal canadien déclare que ce type de structure collective, apparemment légal en Russie, a été utilisé comme façade en vue de frauder les créanciers. Un syndicat collectif aussi éminent, englobant un grand nombre d'organisations et de bateaux de pêche, a certainement des antécédents notoires sur l'île de Sakhaline. Richardson ne peut pas avoir été l'unique personne ayant eu affaire au syndicat, à Bering ou à Starodubskoe. Il n'a pas été démontré à ma satisfaction que cette structure russe peu familière n'était qu'un simulacre.

[31] Je dois donc conclure que Starodubskoe n'est pas, et n'a jamais été, propriétaire du *Mys Chikhacheva*. Depuis que le navire a été construit, le propriétaire était et est encore Bering.

[32] Toutefois, Starodubskoe était du moins un affréteur coque nue; or, en droit américain, un affréteur est réputé être autorisé à acheter des approvisionnements nécessaires et à créer un privilège maritime se rattachant au navire.

3. Le droit applicable

[33] Richardson a plaidé que c'est le droit américain qui régit l'affaire; elle a cité le seul expert américain

legal expert to testify on American law with respect to necessities and maritime liens.⁵ Bering has not pleaded the applicability of Russian law. In the absence of such pleading and proof thereof, the Court will presume that Russian law is the same as the law of the forum, in this instance, Canadian law.⁶ However, the burden is on Richardson to show that the U.S. law applies. The latter provides for a maritime lien for necessities. Canadian law does not.⁷

[34] It is common ground that this Court determines the applicable system of law by applying Canadian conflict of laws rules. These rules have been established by the Federal Court of Appeal as follows:⁸

1. Where the parties expressly or by implication choose the system of law that is to govern the contract, that will normally be held to be the proper law of the contract.
2. Where the parties have not chosen the proper law, the court determines, in light of all the circumstances, the system of law with which the contract has the closest and most real connection.

[35] It is Richardson's submission that the supply of necessities to the *Mys Chikhacheva* was carried out within a pre-existing commercial relationship arising from a constellation of integrated contracts. Specific paragraphs from these contracts show a clear intention by the parties that the law in effect in the State of Washington was to govern the entire relationship. That law is U.S. law. Moreover, the system of laws with which the supply transactions had their closest and most real connection was the State of Washington. Richardson points specifically to clause 27 of the mortgage from Starodubskoe as mortgagor and Richardson as mortgagee on the vessel *Yuzhnie Kurily* dated October 24, 1995, which reads as follows:

27. Governing Law. To the extent not governed by the laws of Russia, the Mortgage shall in all respects be governed by and construed in accordance with the laws of the State of

pour témoigner au sujet du droit américain tel qu'il s'applique aux approvisionnements nécessaires et aux privilèges maritimes⁵. Bering n'a pas plaidé que c'était la loi russe qui s'appliquait. En l'absence de pareille plaidoirie et d'une preuve y afférente, la Cour présume que la loi russe est la même que celle du tribunal saisi, soit dans ce cas-ci la loi canadienne⁶. Toutefois, il incombe à Richardson de démontrer que c'est la loi américaine qui s'applique. Or, en droit américain, il existe un privilège maritime à l'égard des approvisionnements nécessaires, mais il n'en va pas de même en droit canadien⁷.

[34] Il est admis par les parties que la Cour détermine le système de droit pertinent en appliquant les règles canadiennes concernant les conflits de lois. La Cour d'appel fédérale a énoncé ces règles comme suit⁸:

1. Si les parties choisissent expressément ou implicitement le système de droit qui doit régir le contrat, le droit existant selon ce système sera normalement considéré comme étant celui qui s'applique au contrat.
2. Si les parties n'ont pas choisi le droit applicable, la cour détermine, eu égard aux circonstances dans leur ensemble, le système de droit dont le contrat se rapproche réellement le plus.

[35] Selon Richardson, la fourniture au *Mys Chikhacheva* d'approvisionnements nécessaires a été effectuée dans le cadre d'une relation commerciale préexistante découlant d'une myriade de contrats intégrés. Des paragraphes précis de ces contrats montrent clairement que les parties voulaient que ce soit la loi qui s'appliquait dans l'État de Washington qui régisse toute la relation, c'est-à-dire la loi américaine. En outre, le système de droit dont les opérations d'approvisionnement se rapprochaient réellement le plus était celui de l'État de Washington. Richardson signale expressément la clause 27 de l'hypothèque que Starodubskoe a contractée à l'égard du *Yuzhnie Kurily* le 24 octobre 1995 en sa qualité de débiteur hypothécaire auprès de Richardson en sa qualité de créancier hypothécaire. La clause se lit comme suit:

[TRADUCTION] 27. Droit applicable. Dans la mesure où elle n'est pas régie par les lois russes, l'hypothèque est à tous les égards régie par les lois de l'État de Washington et est

Washington. The Owner irrevocably submits to the nonexclusive jurisdiction of the state and federal courts situated in King County, Washington in any proceeding relating to this Mortgage and agree that any process or summons in any such action may be served by mailing to Owner a copy thereof. As used in this Section 27, "the laws of the State of Washington" include all laws of the State of Washington except the conflicts of laws principles, it being the intent that the substantive laws of Washington shall always apply. [My emphasis.]

[36] Richardson describes clause 27 as a prime component of the Richardson/Starodubskoe's relationship. Clause 27 does, however, recognize that some aspects of the mortgage itself, such as registration of the document in the vessel's own port, would be governed by Russian law: where assets located in a particular country are pledged to secure an obligation, the law of that country necessarily governs some aspects of the way the security must be perfected. Nevertheless, the proper law of the underlying financing obligation is paramount and may be the law with which the overall transaction has its closest and most real connection.

[37] Clause 27 provides specifically that Starodubskoe submits to the jurisdiction of the state and federal courts in King County, Washington, in any proceeding related to the mortgage. This acceptance on the part of Starodubskoe reinforces the inference that the parties intended the law of Washington to apply.

[38] Richardson was a lender to Starodubskoe in U.S. dollars and the proper law of a loan will normally be that of the lender as expressed by the House of Lords in *Tomkinson*.⁹ In the *Tomkinson* case, an English company conducted a railway undertaking in Cuba. It bought rolling stock worth \$14,000,000 and decided to raise part of that sum in the United States of America. In that case, there was not an expressed choice of law. Lord Denning said at page 1068:

interprétée conformément à ces lois. Le propriétaire s'en remet d'une façon irrévocable à la compétence non exclusive des tribunaux de l'État et les tribunaux fédéraux de King County (Washington) à l'égard de toute instance relative à cette hypothèque et convient que toute procédure ou assignation dans pareille action peut être signifiée en lui en envoyant une copie par la poste. Telle qu'elle est employée au présent article 27, l'expression «les lois de l'État de Washington» s'entend de toutes les lois de l'État de Washington à l'exception des principes régissant les conflits de lois, l'intention étant que les règles juridiques de fond de l'État de Washington s'appliquent dans tous les cas. [Je souligne.]

[36] Selon Richardson, la clause 27 est une composante primordiale de la relation qu'elle entretient avec Starodubskoe. Toutefois, la clause 27 reconnaît bien que certains aspects de l'hypothèque elle-même, comme l'enregistrement du document au port d'attache du navire, seraient régis par la loi russe: lorsque des actifs situés dans un pays particulier sont donnés en garantie d'une obligation, la loi de ce pays régit nécessairement à certains égards les modalités de constitution de la garantie. Néanmoins, le droit qu'il convient d'appliquer à l'obligation de financement sous-jacente l'emporte et peut être le droit dont l'opération dans son ensemble se rapproche réellement le plus.

[37] La clause 27 prévoit expressément que Starodubskoe s'en remet à la compétence des tribunaux de l'État et des tribunaux fédéraux de King County (Washington) à l'égard de toute procédure relative à l'hypothèque. Cette reconnaissance de la part de Starodubskoe renforce l'inférence selon laquelle les parties voulaient que ce soit le droit en vigueur dans l'État de Washington qui s'applique.

[38] Richardson a prêté de l'argent en dollars américains à Starodubskoe; or, le droit qu'il convient d'appliquer à un prêt est normalement celui du prêteur comme l'a dit la Chambre des lords dans l'arrêt *Tomkinson*.⁹ Dans l'affaire *Tomkinson*, une société anglaise exploitait une entreprise ferroviaire à Cuba. Elle avait acheté du matériel roulant d'une valeur de 14 000 000 \$ et avait décidé d'obtenir une partie de cette somme aux États-Unis. Dans cette affaire-là, on n'avait pas expressément convenu du droit applicable. Voici ce qu'a dit lord Denning, à la page 1068:

So considered, it seems to me that, in the absence of any express clause determining the proper law, the transaction should be governed by the law of the country of the lender. A borrower who comes from a foreign country seeking a loan must expect to conform to the laws of the country to which he comes: for otherwise he is unlikely to get the loan. The fact that the security is situate abroad is only material as necessitating the observance of the foreign law in the pledging and enforcement of the security.

[39] The marketing contract between Starodubskoe as producer and Richardson as distributor dated October 25, 1995, a key document as related to necessities, provides an arbitration clause which specifically directs that any dispute arising from, or in relation to, the contract shall be settled by arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules (1976) and take place at Seattle, Washington, U.S.A. The clause reads as follows:

IX. ARBITRATION

Any dispute which might arise from or in relation to this contract, if not settled by negotiations, shall be settled by arbitration in accordance with UNCITRAL arbitration rules presently in force.

Place of arbitration shall be Seattle, Washington USA, the appointing authority shall be the President of Chamber of Commerce in Seattle. The number of arbitrators shall be three (3) and the language used for all documents and proceedings shall be English. Parties desire to execute the award of arbitration voluntarily. Court of arbitration shall base its award on the respective contract. [My emphasis.]

[40] It is to be noted that UNCITRAL Rules are United Nations rules of procedure and the substantive law to be applied would be local Washington law.

[41] According to Lord Wilberforce in *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*¹⁰ an arbitration clause is a weighty indication, as he wrote, at page 596:

How strong, then, is the inference to be drawn from a (London) arbitration clause? That the selection of a certain place for arbitration and, by inference, of nationals or residents of that place as arbitrators, is an indication that the parties intended the law of that place to govern is a sound general rule. But it should not be treated as giving rise to a

[TRADUCTION] Ainsi, il me semble qu'en l'absence d'une clause expresse indiquant quel est le droit applicable, l'opération devrait être régie par le droit du pays du prêteur. Un emprunteur étranger qui vient demander un prêt doit s'attendre à se conformer aux lois du pays où il se présente, à défaut de quoi, il n'obtiendra probablement pas le prêt. Il importe peu que la garantie soit située à l'étranger si ce n'est qu'il faut observer le droit étranger aux fins de la constitution et de l'exécution de la garantie.

[39] Le contrat de commercialisation qui a été conclu le 25 octobre 1995 entre Starodubskoe en sa qualité de producteur et Richardson en sa qualité de distributeur, soit un document crucial en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires, renferme une clause d'arbitrage qui prévoit expressément que tout litige fondé sur le contrat ou se rapportant au contrat doit être réglé par arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI et à Seattle, dans l'État de Washington (É.-U.). La clause se lit comme suit:

[TRADUCTION] IX. ARBITRAGE

Tout litige fondé sur le présent contrat ou se rapportant au présent contrat, s'il n'est pas réglé au moyen de négociations, doit l'être par arbitrage conformément aux règles d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur.

L'arbitrage aura lieu à Seattle, dans l'État de Washington (É.-U.); le président de la chambre de commerce de Seattle sera chargé de désigner les arbitres. Trois (3) arbitres seront désignés et l'anglais sera utilisé dans tous les documents et dans toutes les procédures. Les parties souhaitent exécuter la décision arbitrale à l'amiable. Le tribunal d'arbitrage fondera sa décision sur le contrat en cause. [Je souligne.]

[40] Il importe de noter que les règles de la CNUDCI sont des règles de procédure des Nations Unies et que les règles juridiques de fond sont celles qui sont en vigueur dans l'État de Washington.

[41] Comme l'a dit lord Wilberforce dans l'arrêt *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*¹⁰ (page 596), une clause d'arbitrage est un indice important:

[TRADUCTION] Jusqu'à quel point l'inférence qu'il faut tirer d'une clause d'arbitrage (Londres) est-elle forte? Le fait que le choix d'un lieu d'arbitrage et, par déduction, de ressortissants ou de résidents de ce lieu à titre d'arbitres indique que les parties voulaient que ce soit la loi de ce lieu qui s'applique est une règle générale sensée. Cependant, il

conclusive or irresistible inference, as recent pronouncements appear to suggest So, unless otherwise constrained, I would regard the clause as a weighty indication, but one which may yield to others.

[42] In that case there was another constraint in the sense that the law of the flag intervened and the Court held that the proper law of the contract was French law. There is no such constraint in the instant case.

[43] Although parole evidence, generally, is not admissible to clarify the terms of a contract, nevertheless Lynn Richardson was allowed to give evidence as to the circumstances surrounding the creation of the three contracts. She explained that she was aware that the Russian legal system was then in a state of turmoil and subject to rapid changes. It is why she wanted the whole operation to be carried out under U.S. law. She said that Richardson would never have lent money to Starodubskoe without the security of American law. While oral evidence cannot be used to contradict a contract, it is very relevant at times to establish the factual matrix, the context, the environment within which the document was created, as Lord Wilberforce said in *Prenn v. Simmonds*:¹¹

In order for the agreement of July 6, 1960, to be understood, it must be placed in its context. The time has long passed when agreements, even those under seal, were isolated from the matrix of facts in which they were set and interpreted purely on internal linguistic considerations. There is no need to appeal here to any modern, anti-liberal, tendencies, for Lord Blackburn's well-known judgment in *River Wear Commissioners v. Adamson* (1877) 2 App.Cas. 743, 763 provides ample warrant for a liberal approach. We must, as he said, inquire beyond the language and see what the circumstances were with reference to which the words were used, and the object, appearing from those circumstances, which the person using them had in view.

[44] Then Lord Wilberforce goes on to say further down (at page 1384):

I may refer to one other case, to dispel the idea that English law is left behind in some island of literal interpretation. In *Utica City National Bank v. Gunn* (1918) 118 N.E.

ne faudrait pas pour autant croire que cela donne lieu à une inférence concluante ou irrésistible, comme semblent le laisser entendre de récents prononcés. [. . .] Par conséquent, en l'absence de contraintes, je considérerais la clause comme un indice important, mais un indice qui peut venir après d'autres indices.

[42] Dans cette affaire-là, il y avait une autre contrainte, en ce sens que la loi du pavillon était en cause et que la Cour a statué que c'était la loi française qui s'appliquait au contrat. En l'espèce, il n'existe aucune contrainte de ce genre.

[43] En général, une preuve extrinsèque n'est pas admissible pour préciser les termes d'un contrat, mais Lynn Richardson a néanmoins été autorisée à témoigner au sujet des circonstances dans lesquelles les trois contrats ont pris naissance. M^{me} Richardson a expliqué qu'elle savait que le système de droit russe était alors en plein chambardement et en évolution constante. C'est pourquoi elle voulait que toute l'opération soit assujettie au droit américain. Elle a affirmé que Richardson n'aurait jamais prêté de l'argent à Starodubskoe sans la garantie qu'offrait le droit américain. Un témoignage oral ne peut pas être utilisé pour contredire un contrat, mais il est parfois fort pertinent lorsqu'il s'agit d'établir le cadre factuel, le contexte, l'environnement dans lequel le document a été créé, comme l'a dit lord Wilberforce dans l'arrêt *Prenn v. Simmonds*¹¹:

[TRADUCTION] Pour bien comprendre l'entente du 6 juillet 1960, il faut la replacer dans son contexte. Il y a maintenant bien longtemps que les ententes, même les ententes scellées, ne sont plus isolées du cadre factuel dans lequel elles s'inscrivent et interprétées purement selon des considérations linguistiques internes. Il n'est pas nécessaire de faire ici appel à des tendances modernes antilibérales car le jugement bien connu que lord Blackburn a rendu dans l'affaire *River Wear Commissioners v. Adamson* (1877) 2 App. Cas. 743, page 763, justifie amplement une approche libérale. Comme lord Blackburn l'a dit, nous ne devons pas nous en tenir uniquement au libellé; nous devons examiner les circonstances dans lesquelles les mots en cause ont été employés ainsi que l'objet prévu par leur auteur, tel qu'il ressort de ces circonstances.

[44] Lord Wilberforce ajoute ensuite ce qui suit (à la page 1384):

[TRADUCTION] Je mentionnerai une autre affaire en vue de rejeter l'idée selon laquelle le droit anglais baigne dans un îlot d'interprétation littérale. Dans l'arrêt *Utica City National*

607 the New York Court of Appeals followed precisely the English line. Cardozo J. in his judgment refers, at p. 608, to “the genesis and aim of the transaction” citing *Stephen's Digest of the Law of Evidence* and *Wigmore on Evidence*. Surrounding circumstances may, he says, “stamp upon a contract a popular or looser meaning” than the strict legal meaning, certainly when to follow the latter would make the transaction futile. “It is easier to give a new shade of meaning to a word than to give no meaning to a whole transaction.” The whole judgment, as one may expect, combines classicism with intelligent realism.

[45] Apart from the clear choice of law and the situs of the arbitration, many other indications in the contractual documentation point to an intention that American law would govern the transactions:

(a) all payments under the mortgage and promissory note were to be in U.S. currency;

(b) the source of the financing provided to Starodubskoe was in the U.S.;

(c) all payments were to be made to Richardson at its address in Bellevue, Washington;

(d) the forms of the agreements were originally prepared in the U.S. by a U.S. lawyer;

(e) the interest rate under the mortgage and promissory note was fixed by reference to the prime rate of the U.S. Bank of Washington;

(f) the promissory note contains an express reference to Washington law. In addition, the definition of “business day” in the note excludes public holidays in the State of Washington.

[46] Moreover, the evidence at the trial was to the effect that requests for the delivery of necessities to the vessels were to be addressed to Richardson's Washington head office. If a request was accepted by Dick Richardson, the arrangements for the supply were made from that office. Usually, the supplies were procured in Seattle.

[47] The Federal Court of Appeal has held in *Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd. v. Kingsland*

Bank v. Gunn (1918) 118 N.E. 607, la Cour d'appel de l'État de New York a précisément suivi l'approche anglaise. Dans son jugement, le juge Cardozo mentionne, à la page 608, «l'origine et le but de l'opération» en citant *Stephen's Digest of the Law of Evidence* et *Wigmore on Evidence*. Le juge dit que les circonstances dans lesquelles s'inscrit le contrat «donnent à un contrat un sens populaire plus large» que le sens juridique strict, du moins si, selon ce dernier sens, l'opération devenait futile. «Il est plus facile de donner une nouvelle nuance à un mot que de n'attribuer aucun sens à l'ensemble d'une opération.» Comme on peut s'y attendre, le jugement dans son ensemble combine la tendance classique et une tendance réaliste intelligente.

[45] À part le choix clair du droit applicable et du lieu de l'arbitrage, de nombreux autres indices figurant dans les contrats donnent à entendre que les parties voulaient assujettir les opérations au droit américain:

a) toutes les sommes à payer en vertu de l'hypothèque et du billet devaient l'être en argent américain;

b) la source du financement dont bénéficiait Starodubskoe se trouvait aux É.-U.;

c) toutes les sommes devaient être versées à Richardson, à son adresse, à Bellevue (Washington);

d) les modèles des ententes avaient initialement été préparés aux É.-U. par un avocat américain;

e) le taux d'intérêt applicable à l'hypothèque et au billet était fixé en fonction du taux préférentiel de la U.S. Bank of Washington;

f) dans le billet, il est expressément mentionné que c'est la loi de l'État de Washington qui s'applique. De plus, la définition de [TRADUCTION] «jour ouvrable» figurant dans le billet exclut les jours fériés célébrés dans l'État de Washington.

[46] En outre, selon la preuve qui a été présentée à l'instruction, les demandes de livraison aux navires d'approvisionnements nécessaires étaient adressées au siège social de Richardson, dans l'État de Washington. Si une demande était approuvée par Dick Richardson, les dispositions relatives à la fourniture étaient prises depuis ce bureau. Habituellement, les fournitures étaient achetées à Seattle.

[47] Dans l'arrêt *Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd. c. Kingsland Maritime Corp. et al.*;

*Maritime Corp. et al; Logistec Corp., Third Party*¹² that where the law of a political subunit in a federal state is the proper law of a maritime contract and the maritime law of that state is federal, the federal maritime law is applied to the contract.

[48] In my view, the combination of these factors is overwhelming and clearly shows, not only that the parties have specifically chosen the law of the State of Washington, but also that, in light of all the circumstances, the system of law with which the constellation of contracts has the closest and more real connection is that law.

[49] Consequently, this Court must look at the U.S. maritime law regarding maritime liens arising from necessities supplied to a vessel.

4. U.S. Maritime Lien

[50] Mr. Russell R. Williams, the only legal expert on U.S. maritime law to testify at the trial, was called by Richardson. Since 1991, Mr. Williams has been engaged almost exclusively in the practice of maritime law and the prosecution or defence of maritime lien claims before U.S. courts. His evidence, expressed in concise and lucid terms, may be abridged as follows.

[51] One who provides necessities to a vessel is entitled to a maritime lien therefor.¹³ The term necessities includes services, labor, materials, and supplies provided to a vessel.¹⁴ Necessaries also include money, skill, personal services, fuel, provisions, transportation costs and generally those things that allow a vessel to perform the functions for which she is engaged.¹⁵

[52] The provision of necessities to a vessel may be direct or indirect. For instance, the advancing party is

*Logistec Corp., tierce partie*¹², la Cour d'appel fédérale a statué que, lorsque le droit d'une sous-unité politique d'un État fédéral est le droit qu'il convient d'appliquer à un contrat maritime et que le droit maritime qui s'applique dans cet État est le droit fédéral, c'est le droit maritime fédéral qui s'applique au contrat.

[48] À mon avis, ces facteurs pris ensemble sont convaincants et montrent clairement non seulement que les parties ont expressément choisi le droit de l'État de Washington, mais aussi qu'en égard aux circonstances dans leur ensemble, le système de droit dont la myriade de contrats se rapprochent réellement le plus est le droit de cet État.

[49] La Cour doit donc se fonder sur le droit maritime américain qui s'applique aux privilèges maritimes découlant de la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire.

4. Le privilège maritime américain

[50] M. Russell R. Williams, le seul expert en droit maritime américain qui a témoigné à l'instruction, a été cité par Richardson. Depuis 1991, M. Williams s'occupe presque exclusivement, dans l'exercice de sa profession, de droit maritime ainsi que de la poursuite ou de la défense de réclamations fondées sur des privilèges maritimes devant les tribunaux américains. Son témoignage, qu'il a présenté en des termes concis et clairs, peut être résumé comme suit.

[51] La personne qui fournit des approvisionnements nécessaires à un navire a droit à un privilège maritime à cet égard¹³. L'expression «approvisionnements nécessaires» s'entend notamment des services, de la main-d'œuvre, des matériaux et des approvisionnements fournis à un navire¹⁴. Les approvisionnements nécessaires comprennent également l'argent, les compétences, les services personnels, le mazout, les provisions, les frais de transport et, d'une façon générale, les choses qui permettent à un navire de remplir les fonctions pour lesquelles il est utilisé¹⁵.

[52] La fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire peut se faire directement ou indirectement.

entitled to a maritime lien for the value of goods and services provided.¹⁶ Payments made to a third party on behalf of a vessel may constitute advances which give rise to a maritime lien.¹⁷

[53] Maritime liens subsist even where the goods and services are supplied outside the United States.¹⁸ There is a presumption that the supplier relied on the credit of the vessel.¹⁹ The party opposing the claim to a maritime lien has the burden of overcoming this presumption by showing that the supplier relied solely on the personal credit of the owner.²⁰

[54] The existence of other contractual security or guarantee (such as a mortgage or promissory note) for repayment does not defeat a maritime lien unless such liens are expressly waived in the relevant contract.²¹ If there are several debts due to a creditor from the same debtor and the debtor does not specify how a payment is to be allocated among specific debts when the payment is made, the right to allocate the payment among the various items of indebtedness belongs to the creditor.²²

[55] In the absence of proof of a contrary intention, it will be presumed in maritime cases that a creditor who holds secured as well as unsecured debt will allocate a payment to the unsecured debt before secured debt, and so leave the greatest security in place with respect to the remaining outstanding balance.²³ Where there is more than one security, a U.S. admiralty court will presume, in the absence of proof of contrary intent, that the creditor allocated payments first to the inferior security (in the instant case, the mortgage) so as to be able to claim the balance under the higher ranking security (the maritime lien).²⁴

[56] In cross-examination, Mr. Williams stated that the lapse of time is not an absolute bar to a claim for a maritime lien. In the instant case, there was no earlier possibility for Richardson to arrest the vessel.

Ainsi, la partie qui consent les avances a droit à un privilège maritime correspondant à la valeur des marchandises et des services fournis¹⁶. Les paiements effectués à un tiers pour le compte d'un navire peuvent constituer des avances donnant naissance à un privilège maritime¹⁷.

[53] Il existe un privilège maritime même si les marchandises et les services sont fournis en dehors des États-Unis¹⁸. Il est alors présumé que le fournisseur s'est fondé sur le crédit du navire¹⁹. Il incombe à la partie qui s'oppose à la revendication d'un privilège maritime de réfuter cette présomption en montrant que le fournisseur s'est uniquement fondé sur le crédit personnel du propriétaire²⁰.

[54] L'existence d'une autre garantie contractuelle (comme une hypothèque ou un billet) en vue du remboursement n'empêche pas un privilège maritime d'exister à moins qu'il n'y soit expressément renoncé dans le contrat pertinent²¹. Si un débiteur a contracté plusieurs dettes envers un créancier et s'il ne précise pas la façon dont la somme qu'il rembourse doit être répartie entre les diverses dettes, le créancier peut alors répartir comme il l'entend la somme versée entre les diverses dettes²².

[55] En l'absence de preuve d'une intention contraire, il est présumé dans les affaires de droit maritime que la personne qui a une créance garantie et une créance non garantie imputera un paiement à la créance non garantie avant de l'imputer à la créance garantie de façon que le solde impayé soit mieux garanti²³. Lorsqu'il y a plus d'une garantie, les cours d'amirauté américaines présument, en l'absence de preuve d'une intention contraire, que le créancier a d'abord imputé les paiements aux garanties inférieures (soit dans ce cas-ci l'hypothèque) de façon à pouvoir réclamer le solde en se fondant sur la garantie supérieure (le privilège maritime)²⁴.

[56] Au cours de son contre-interrogatoire, M. Williams a déclaré que le temps écoulé ne constitue pas un empêchement absolu lorsque l'on fait valoir un privilège maritime. Ainsi, en l'espèce, Richardson n'avait jamais auparavant eu la possibilité de faire saisir le navire.

[57] The expert also answered that Baader technicians' salaries and travel expenses would be considered necessities under U.S. maritime law because their services were necessary to allow the vessel to fulfil her purpose. He said that the payment of port expenses which were themselves necessities, such as repair costs, would also entitle a person who advanced money to pay them to claim a maritime lien. Under U.S. law both the owner or the charterer of a vessel may create a maritime lien by requesting necessities for a vessel.

[58] Consequently, Starodubskoe was within the class of persons who may create a maritime lien by requesting necessities for the *Mys Chikhacheva*. Richardson provided the necessities and remains the holder of a valid lien on the vessel.

5. Res Judicata

[59] Bering submits that since Richardson has now obtained a judgment in the United States District Court of Washington against Starodubskoe, which judgment includes all of the amounts due by Starodubskoe, the concept of *res judicata* precludes relitigation of issues already determined between the parties.²⁵

[60] Bering refers to the House of Lords' decision in *Republic of India and Others v. India Steamship Co.*,²⁶ but contrary to what Bering argued, the Court [at paragraph 23] did not hold that "[i]n the case of an unsatisfied foreign or domestic judgment *in personam*, further action *in personam* between the same parties is barred". That was merely an argument advanced by counsel. In fact, the Court specifically said at paragraph 22: "It is well established since the time of Dr. Lushington that a plaintiff who has an unsatisfied judgment *in personam* can proceed by an action *in rem*".

[57] L'expert a également déclaré que les salaires et les frais de déplacement des techniciens de Baader seraient considérés, selon le droit maritime américain, comme des approvisionnements nécessaires parce que les services rendus par ceux-ci étaient nécessaires pour permettre au navire de remplir sa fonction. L'expert a dit que le paiement des frais de mouillage qui constituaient eux-mêmes des approvisionnements nécessaires, comme les frais de réparation, permettrait également à la personne qui a avancé l'argent de faire valoir un privilège maritime. Selon le droit américain, le propriétaire et l'affrètement d'un navire peuvent créer un privilège maritime en commandant des approvisionnements nécessaires pour un navire.

[58] Starodubskoe appartenait donc à la catégorie de personnes qui peuvent créer un privilège maritime en commandant des approvisionnements nécessaires pour le *Mys Chikhacheva*. Richardson a fourni les approvisionnements nécessaires et demeure le détenteur d'un privilège valide se rattachant au navire.

5. La chose jugée

[59] Bering soutient qu'étant donné que Richardson a maintenant obtenu un jugement contre Starodubskoe devant la Cour américaine de district de l'État de Washington, ce jugement comprenant tous les montants dus par Starodubskoe, la notion de chose jugée empêche de débattre de nouveau des questions déjà été tranchées entre les parties²⁵.

[60] Bering mentionne la décision que la Chambre des lords a rendue dans l'affaire *Republic of India and Others v. India Steamship Co.*²⁶, mais contrairement à ce que Bering a soutenu, cette Cour [au paragraphe 23] n'a pas statué que, [TRADUCTION] «dans le cas d'un jugement étranger ou interne non exécuté en matière personnelle, une autre action personnelle entre les mêmes parties ne peut pas être intentée». Cette alléation n'était qu'un argument avancé par l'avocat. En fait, la Cour a expressément dit ce qui suit, au paragraphe 22: [TRADUCTION] «Il est bien établi depuis l'époque du docteur Lushington qu'un demandeur qui a obtenu un jugement en matière personnelle non exécuté peut tenter une action réelle.»

[61] In the instant case, the actions *in personam* and *in rem* involve different parties and the doctrine of *res judicata* has no application. The unsatisfied judgment obtained in the State of Washington was against Starodubskoe, whereas the case at bar is based upon a maritime lien on the vessel *Mys Chikhacheva* and, as submitted by Bering, against itself, the real owner of the vessel.

[62] *Res judicata* does not apply.

6. Waiver

[63] Bering concedes that, generally, it would be difficult to argue the concept of waiver in U.S. law because of the relatively strong position taken by U.S. courts against the concept. Nevertheless, Bering alleges that in the case at bar there are two definite *indicia* of waiver which show a clear intent on the part of Richardson to waive the maritime lien.

[64] First, the conclusion by Richardson, as revealed from the whole of the transactions, including the evidence of Mr. and Mrs. Richardson, that they did not need to take a mortgage against the *Mys Chikhacheva* or the *Mys Slepikovskogo*. It was clear to them that they had obtained ample security from a mortgage against the vessel *Yuzhnie Kurily*. Second, the August 22, 1996 account submitted by Richardson shows that, with the total revenue from the *Mys Chikhacheva* as against all the charges upon the vessel, there was nothing owing with respect to the two trawlers. That form of accounting constituted a clear message to Starodubskoe that Richardson's claim was really in respect of the unpaid balance of the debt incurred as a result of the refit of the mother ship *Yuzhnie Kurily*.

[65] However, as stated by the expert Williams, not taking a mortgage against the *Mys Chikhacheva* does not defeat a maritime lien, unless liens were expressly waived in the relevant contract. Paragraph 14 of the mortgage against the *Yuzhnie Kurily* specifically states that the maritime lien rights of Richardson are preserved, even against that mortgaged vessel.

[61] En l'espèce, les actions personnelles et les actions réelles mettent en cause des parties différentes et la doctrine de la chose jugée ne s'applique pas. Le jugement non exécuté qui a été obtenu dans l'État de Washington a été rendu contre Starodubskoe, alors que la présente affaire est fondée sur l'existence d'un privilège maritime se rattachant au *Mys Chikhacheva* et, comme le soutient Bering, contre Bering, le véritable propriétaire du navire.

[62] La chose jugée ne s'applique pas.

6. La renonciation

[63] Bering concède qu'en général, il serait difficile d'invoquer la notion de renonciation en droit américain à cause de la position relativement forte que les tribunaux américains ont prise à son encontre. Néanmoins, elle allègue qu'en l'espèce, il y a deux indices précis de renonciation qui selon lesquels Richardson voulait clairement renoncer au privilège maritime.

[64] Premièrement, il y a la conclusion tirée par Richardson, telle qu'elle ressort de l'ensemble des opérations, y compris la preuve présentée par M. et par M^{me} Richardson, selon laquelle il n'était pas nécessaire de grever le *Mys Chikhacheva* ou le *Mys Slepikovskogo* d'une hypothèque. Il était clair selon eux qu'ils bénéficiaient d'une bonne garantie grâce à l'hypothèque grevant le *Yuzhnie Kurily*. Deuxièmement, le compte du 22 août 1996 que Richardson a soumis montre que, compte tenu du revenu total tiré du *Mys Chikhacheva* par rapport à toutes les charges sur le navire, aucun montant n'était dû à l'égard des deux chalutiers. Cette méthode comptable visait clairement à montrer à Starodubskoe que la réclamation de Richardson se rapportait en fait au solde impayé de la dette qu'elle avait contractée par suite de la remise en état du navire mère *Yuzhnie Kurily*.

[65] Toutefois, comme l'a dit l'expert Williams, le fait de ne pas détenir d'hypothèque sur le *Mys Chikhacheva* n'empêche pas un privilège maritime d'exister à moins que, dans le contrat pertinent, on n'ait expressément renoncé aux privilèges. Or, le paragraphe 14 de l'acte hypothécaire concernant le *Yuzhnie Kurily* prévoit expressément que les droits de

[66] The statement of August 22, 1996, does not constitute a waiver. It does not show on the part of the plaintiff a clear and purposeful intention to forego the lien, a requirement specified by Mr. Williams in paragraph 10 of his expert affidavit. Moreover, that statement was not prepared by Richardson's accounting department but was merely a document drawn by Dan Mehaffie, from the sales department, to try to convince Starodubskoe to pay its bills.

[67] There was no waiver on the part of Richardson.

7. Starodubskoe Legally Entitled to Assign Fish Products

[68] Bering claims that clause 2.1 of the subordination agreement between Kotovsky (Starodubskoe), Bering and the Bank dated June 21, 1994, assigning to the Bank all their rights in the sale proceeds, negates the effect of the subsequent assignment of fish products made by Starodubskoe to Richardson: Starodubskoe never had the requisite ability to enter into such an agreement.

[69] However, Richardson was never given a notice of that agreement or of any of the other documents created in Russia between these parties. The parties to that agreement allowed Starodubskoe to hold out that it was the owner of the vessel. Clearly, Richardson is not bound by such a document. It does not affect a maritime lien for necessities attaching to the *Mys Chikhacheva* under U.S. law.

8. Quantum of the Maritime Lien

[70] In the statement of agreed facts, it is admitted that the plaintiff rendered accounts to Starodubskoe in respect of the vessel *Mys Chikhacheva* for the following:

Richardson sont préservés en ce qui concerne l'existence d'un privilège maritime, même à l'égard du navire grevé d'une hypothèque.

[66] La déclaration du 22 août 1996 ne constitue pas une renonciation. Elle ne montre pas que la demanderesse voulait clairement et délibérément renoncer au privilège, une condition que M. Williams a mentionnée au paragraphe 10 de son affidavit d'expert. En outre, cette déclaration n'a pas été préparée par le service de la comptabilité de Richardson; il s'agissait simplement d'un document que Dan Mehaffie, du service des ventes, avait rédigé en vue de convaincre Starodubskoe d'acquitter ses comptes.

[67] Il n'y a pas eu de renonciation de la part de Richardson.

7. Starodubskoe avait légalement le droit de céder des produits de la pêche

[68] Bering affirme que la clause 2.1 de l'entente de subordination conclue le 21 juin 1994 entre Kotovsky (Starodubskoe), Bering et la Banque, par laquelle étaient cédés à la Banque tous les droits sur le produit de la vente, annule l'effet de la cession subséquente des produits de la pêche que Starodubskoe a consentie en faveur de Richardson: Starodubskoe n'a jamais eu la capacité de conclure pareille entente.

[69] Toutefois, Richardson n'a jamais été avisée de l'existence de cette entente ni d'aucun des autres documents créés en Russie entre ces parties. Les parties à cette entente permettaient à Starodubskoe de se présenter comme le propriétaire du navire. À coup sûr, pareil document ne lie pas Richardson. En droit américain, il n'influe pas sur l'existence d'un privilège maritime se rattachant au *Mys Chikhacheva* à l'égard des approvisionnements nécessaires.

8. Le montant du privilège maritime

[70] Dans l'exposé conjoint des faits, il est admis que la demanderesse a présenté à Starodubskoe à l'égard du *Mys Chikhacheva* des comptes s'élevant aux montants indiqués ci-dessous:

(a) invoices for fuel supplied to the vessel in a total amount of	\$247,017.15	a) comptes se rapportant au mazout fourni au navire d'un montant total de	247 017,15 \$
(b) reimbursement to the plaintiff for the cost of Baader technicians including travel expenses	\$ 28,916.74	b) remboursement à la demanderesse des frais concernant les techniciens de Baader, y compris les frais de déplacement	28 916,74 \$
(c) invoices for provisions supplied to the vessel	\$ 17,510.02	c) comptes se rapportant aux provisions fournies au navire	17 510,02 \$
(d) in respect of commissions on account of product trans-shipped from the <i>Mys Chikhacheva</i>	<u>\$ 29,678.41</u>	d) commissions relatives au produit transbordé du <i>Mys Chikhacheva</i>	<u>29 678,41 \$</u>
Total	\$323,122.32	Total	323 122,32 \$

[71] Following the evidence of Mr. Williams at trial, both parties agreed that item (d) in respect of commissions was to be struck out. But, at the trial, Richardson submitted another item, namely port expenses paid by Richardson to Korwell Corporation in the amount of \$43,525.93. That additional amount was objected to by Bering on the ground that it was not included in the statement of claim and no motion was made at any time by Richardson to amend the statement of claim.

[72] Richardson concedes that until trial it did not appreciate that the Korwell invoice could be included with the necessaries. Nevertheless, the invoice was introduced in Court and proven at trial as exhibit P-8. Counsel for Bering was cross-examined on the document, without protest, and following the evidence of the U.S. maritime law expert, it was identified as a port disbursement account dated October 17, 1995, paid by Richardson's bank on December 13, 1995.

[73] Subsection 75(1) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] allows a party to amend a pleading with leave of the Court at any time, provided the purpose is to make the document accord with the issues at the hearing, the other party has the opportunity to meet the new allegation, and the amendment will not result in a prejudice to the other party. The Korwell invoice has been established to be for one of the necessaries provided to the vessel, Bering's counsel had the opportunity to deal with it, and Bering

[71] Conformément au témoignage que M. Williams à l'instruction, les deux parties ont convenu que l'élément d) se rapportant aux commissions devait être radié. Cependant, à l'instruction, Richardson a soumis un autre élément, à savoir les frais de mouillage payés par Richardson à Korwell Corporation, d'un montant de 43 525,93 \$. Bering s'est opposée à ce montant additionnel pour le motif qu'il n'était pas inclus dans la déclaration et que Richardson n'a jamais présenté de requête en vue de faire modifier la déclaration.

[72] Richardson concède que, jusqu'à l'instruction, elle ne s'était pas rendu compte que le compte de Korwell pouvait être inclus dans les approvisionnements nécessaires. Néanmoins, le compte a été produit devant la Cour et a été établi à l'instruction sous la cote P-8. L'avocat de Bering a été contre-interrogé au sujet du document, sans protêt, et à la suite de la preuve présentée par l'expert en droit maritime américain, ce document a été désigné comme étant un compte relatif aux frais de mouillage en date du 17 octobre 1995, que la banque de Richardson avait acquitté le 13 décembre 1995.

[73] Le paragraphe 75(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] permet à une partie de modifier à tout moment un acte de procédure avec l'autorisation de la Cour à condition que l'objet de la modification soit de faire concorder le document avec les questions en litige à l'audience, que l'autre partie se voie accorder l'occasion de donner suite aux prétentions nouvelles et que la modification ne cause pas de préjudice à l'autre partie. Il a été établi que le compte de Korwell se rapportait à l'un des approvi-

has not established that it would suffer any prejudice.²⁷ In *Meyer v. Canada*,²⁸ a purely numerical amendment such as the one now sought was made at trial. The decision of the Trial Judge to allow the amendment was affirmed by the Court of Appeal.

[74] These port disbursements incurred in Korea where the *Yuzhnie Kurily* was refitted at Pusan. The refit was arranged and supervised by Richardson's employees from the Seattle office. The other two vessels the *Mys Chikhacheva* and the *Mys Slepikovskogo* were also in Korea during that period. Richardson gave evidence that Starodubskoe requested it to pay off the account of ship agent Korwell Corporation for port disbursements. Richardson paid the amount of US\$172,175.37. Of this amount, 25.28% or US\$43,525.93 had been incurred by the *Mys Chikhacheva*. Had Richardson refused to pay the account the ship would not have been allowed to sail.

[75] Richardson supplied fuel to the *Mys Chikhacheva* for a total value of US\$247,017.15 (exhibit P-2, tabs 31-34) and supplied provisions for a total cost of US\$17,510.02 including freight and insurance charges (exhibit P-2, tabs 39-41). Richardson also paid the salaries and travel expenses of technicians to service the fish processing machines on the *Mys Chikhacheva*. Under clause IV of the Marketing Agreement Richardson had to provide Baader technicians with a salary of \$6,000 per month between December 29, 1995, and May 7, 1996, at the cost of US\$28,916.74 (exhibit P-2, tabs 35-38).

[76] As mentioned earlier, Starodubskoe did not file a statement of defence denying those claims and judgment against it was obtained by Richardson on July 23, 1999, in the U.S. District Court at Seattle.

[77] Bering claims that the amount of \$71,700 paid by Richardson to Skico Limited of Hong Kong for

sionnements nécessaires fournis au navire, l'avocat de Bering a eu la possibilité de répondre, et Bering n'a pas établi qu'elle subirait un préjudice²⁷. Dans l'arrêt *Meyer c. Canada*²⁸, une modification purement numérique comme celle qui est maintenant demandée a été effectuée à l'instruction. La décision du juge de première instance, qui avait autorisé la modification, a été confirmée par la Cour d'appel.

[74] Ces frais de mouillage ont été engagés en Corée où le *Yuzhnie Kurily* a été remis en état à Pusan. Les travaux de remise en état ont été organisés et supervisés par les employés de Richardson depuis le bureau de Seattle. Les deux autres navires, le *Mys Chikhacheva* et le *Mys Slepikovskogo*, étaient également en Corée au cours de cette période. Richardson a témoigné que Starodubskoe lui avait demandé d'acquitter le compte soumis par l'agent maritime, Korwell Corporation, à l'égard des frais de mouillage. Richardson a payé un montant de 172 175,37 \$US. Sur ce montant, une somme de 43 525,93 \$US, soit 25,28 p. 100, se rapportait au *Mys Chikhacheva*. Si Richardson avait refusé d'acquitter le compte, on n'aurait jamais laissé le navire entreprendre son voyage.

[75] Richardson a fourni au *Mys Chikhacheva* du mazout d'une valeur totale de 247 017,15 \$US (pièce P-2, onglets 31 à 34) et a fourni des provisions d'une valeur totale de 17 510,02 \$US, y compris les frais de transport et d'assurance (pièce P-2, onglets 39 à 41). Richardson a également payé le salaire et les frais de déplacement des techniciens pour qu'ils assurent l'entretien des appareils de traitement du poisson à bord du *Mys Chikhacheva*. En vertu de la clause IV de l'entente de commercialisation, Richardson devait fournir les services des techniciens de Baader, dont le salaire mensuel était de 6 000 \$, entre le 29 décembre 1995 et le 7 mai 1996, au coût de 28 916,74\$ US (pièce P-2, onglets 35 à 38).

[76] Comme il en a été fait mention ci-dessus, Starodubskoe n'a pas déposé de défense niant ces allégations et Richardson a obtenu un jugement contre elle le 23 juillet 1999, devant la Cour américaine de district de Seattle.

[77] Bering allègue que le montant de 71 700 \$ que Richardson a versé à Skico Limited de Hong Kong

fuel (exhibit P-2, tab 34) ought not to be included in the maritime lien as the amount required to be paid by Richardson was reduced to 13% by the U.S. Bankruptcy Court following Richardson's bankruptcy proceedings. I cannot see how, in equity, Bering would be allowed to benefit from a windfall resulting from a bankruptcy largely caused by Starodubskoe's breach of contract. Unpaid fuel costs, as necessaries, follow the *Mys Chikhacheva* under a maritime lien.

[78] Consequently, the sum now claimed by Richardson under maritime lien totals \$336,969.84.

[79] As to the sums of money earned by Richardson from the sale of fish harvested by the three vessels, Richardson was entitled to allocate these amounts, first to the inferior security (the mortgage), and to claim the balance under the higher security (the maritime lien) pursuant to the uncontradicted opinion of Mr. Williams.

8. Disposition

[80] It follows that judgment is granted in favour of Richardson in the amount of \$336,969.84 with pre-judgment interest (at the rate agreed to by the parties) and costs.

¹ [1984] 1 S.C.R. 536, at pp. 572-573.

² *Dominion Bridge Co Ltd v The Queen*, [1975] CTC 263 (F.C.T.D.).

³ *Pegasus Lines Ltd. S.A. v. Devil Shipping Ltd. et al.* (1996), 120 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); aff'd (1996), 207 N.R. 293 (F.C.A.).

⁴ [2000] 1 Lloyd's Rep. 36 (N.Z.H.C.).

⁵ *Winbigler v. Winbigler* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 131 (B.C.S.C.), at p. 136 and *Allen v. Hay* (1922), 64 S.C.R. 76, at pp. 80-81.

⁶ *Fernandez v. "Mercury Bell" (The)*, [1986] 3 F.C. 454 (C.A.).

⁷ See *Maritime Liens and Claims*, 2nd. ed., William Tetley, at c. 16, pp. 551-618.

⁸ *Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The)*, [1992] 1 F.C. 245 (T.D.), at pp. 252-253; aff'd (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.).

pour le mazout (pièce P-2, onglet 34) n'aurait pas dû être inclus dans le privilège maritime étant donné qu'à la suite de la faillite de Richardson, le Tribunal américain de la faillite a réduit à 13 p. 100 le montant qui devait être payé par celle-ci. Je ne puis voir comment, en bonne justice, on permettrait à Bering de bénéficier d'un avantage inattendu résultant d'une faillite qui était largement attribuable au fait que Starodubskoe avait violé le contrat. Les frais impayés se rapportant au mazout, à titre d'approvisionnement nécessaire, se rattachent au *Mys Chikhacheva* en vertu d'un privilège maritime.

[78] Par conséquent, la somme que Richardson réclame maintenant en vertu du privilège maritime s'élève en tout à 336 969,84 \$.

[79] Quant aux sommes qu'elle a tirées de la vente du poisson capturé par les trois navires, Richardson avait le droit, selon l'avis non contredit de M. Williams, d'imputer d'abord ces montants à la garantie inférieure (l'hypothèque) et de réclamer ensuite le solde en vertu de la garantie supérieure (le privilège maritime).

8. Dispositif

[80] Jugement est donc rendu en faveur de Richardson pour un montant de 336 969,84 \$, avec intérêt avant jugement (au taux convenu par les parties) et les dépens.

¹ [1984] 1 R.C.S. 536, aux p. 572 et 573.

² *Dominion Bridge Co Ltd c La Reine*, [1975] CTC 263 (C.F. 1^{re} inst.).

³ *Pegasus Lines Ltd. S.A. c. Devil Shipping Ltd. et al.* (1996), 120 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1996), 207 N.R. 293 (C.A.F.).

⁴ [2000] 1 Lloyd's Rep. 36 (H.C.N.-Z.).

⁵ *Winbigler v. Winbigler* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 131 (C.S.C.-B.), à la p. 136 et *Allen v. Hay* (1922), 64 R.C.S. 76, aux p. 80 et 81.

⁶ *Fernandez c. «Mercury Bell» (Le)*, [1986] 3 C.F. 454 (C.A.).

⁷ Voir *Maritime Liens and Claims*, 2^e éd., William Tetley, au ch. 16, p. 551 à 618.

⁸ *Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le)*, [1992] 1 C.F. 245 (1^{re} inst.), aux p. 252 et 253; conf. par (1992), 150 N.R. 149 (C.A.F.).

⁹ *Tomkinson v. First Pennsylvania Banking and Trust Co.*, [1961] A.C. 1007 (H.L.), at pp. 1067-1068, 1083-1084.

¹⁰ [1971] A.C. 572 (H.L.).

¹¹ [1971] 1 W.L.R. 1381 (H.L.), at pp. 1383-1384, see also *Gallen et al. v. Allstate Grain Co. Ltd. et al.* (1984), 9 D.L.R. (4th) 496 (B.C.C.A.).

¹² (1981), 126 D.L.R. (3d) 332 (F.C.A.), at p. 341.

¹³ 46 U.S.C. § 31341-31342.

¹⁴ *Espirito Santo Bank of Florida v. M/V Tropicana*, [1992] A.M.C. 1672 (S.D. Fla. 1990), at p. 1679.

¹⁵ *International Seafoods of Alaska, Inc. v. Park Ventures, Inc.*, 829 F.2d 751 (9th Cir. 1987), at p. 756.

¹⁶ *Sasportes v. M/V Sol De Copacabana*, 581 F.2d 1204 (5th Cir. 1978), at pp. 1206-1207.

¹⁷ *Tramp Oil and Marine, Ltd. v. M/V Mermaid I*, 805 F.2d 42 (1st Cir. 1986), at p. 45.

¹⁸ *Exxon Corp. v. Central Gulf Lines, Inc.*, 780 F.Supp. 191 (S.D.N.Y. 1991), at p. 194.

¹⁹ 46 U.S.C. § 31342(a)(3).

²⁰ *Ryan-Walsh, Inc. v. M/V Ocean Trader*, 930 F.Supp. 210 (D. Md. 1996), at pp. 220-221; *TTT Stevedores of Texas, Inc. v. M/V Jagat Vijeta*, 696 F.2d 1135 (5th Cir. 1983), at pp. 1139-1140 and T. J. Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law* (2nd ed. 1994), at p. 497.

²¹ *Newport News Shipbuilding and Dry Dock Co. v. S.S. Independence*, 872 F.Supp. 262 (E.D. Va. 1994), at pp. 266-267.

²² *Oakes Logging, Inc. v. Green Crow, Inc.*, 832 P.2d 894 (1992) and *Whitney-Fidalgo Seafoods, Inc. v. Miss Tammy*, 542 F.Supp. 1302 (D.C. Wash. 1982).

²³ *Miss Tammy*, *supra*, note 22.

²⁴ *Home, The*, 65 F.Supp. 94 (D.C. Wash. 1946).

²⁵ See *Ontario Sugar Co., Re*, (1910) 22 O.L.R. 621 (H.C.J.) at p. 623, *affd* (1911), 24 O.L.R. 332 (C.A.) and *Creighton v. Franko et al.* (1998), 151 F.T.R. 21 (F.C.T.D.).

²⁶ [1997] H.L.J. No. 40 (QL).

²⁷ *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3 (C.A.).

²⁸ (1985), 62 N.R. 70 (F.C.A.).

⁹ *Tomkinson v. First Pennsylvania Banking and Trust Co.*, [1961] A.C. 1007 (C.L.), aux p. 1067 et 1068, 1083 et 1084.

¹⁰ [1971] A.C. 572 (C.L.).

¹¹ [1971] 1 W.L.R. 1381 (C.L.), aux p. 1383 et 1384, voir également *Gallen et al. v. Allstate Grain Co. Ltd. et al.* (1984), 9 D.L.R. (4th) 496 (C.A.C.-B.).

¹² (1981), 126 D.L.R. (3d) 332 (C.A.F.), à la p. 341.

¹³ 46 U.S.C. § 31341-31342.

¹⁴ *Espirito Santo Bank of Florida v. M/V Tropicana*, [1992] A.M.C. 1672 (S.D. Fla. 1990), à la p. 1679.

¹⁵ *International Seafoods of Alaska, Inc. v. Park Ventures, Inc.*, 829 F.2d 751 (9th Cir. 1987), à la p. 756.

¹⁶ *Sasportes v. M/V Sol de Copacabana*, 581 F.2d 1204 (5th Cir. 1978), aux p. 1206 et 1207.

¹⁷ *Tramp Oil & Marine, Ltd. v. M/V Mermaid I*, 805 F.2d 42 (1st Cir. 1986), à la p. 45.

¹⁸ *Exxon Corp. v. Central Gulf Lines, Inc.*, 780 F.Supp. 191 (S.D.N.Y. 1991), à la p. 194.

¹⁹ 46 U.S.C. § 31342(a)(3).

²⁰ *Ryan-Walsh, Inc. v. M/V Ocean Trader*, 930 F.Supp. 210 (D. Md. 1996), aux p. 220 et 221; *TTT Stevedores of Texas, Inc. v. M/V Jagat Vijeta*, 696 F.2d 1135 (5th Cir. 1983), aux p. 1139 et 1140 et T. J. Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law* (2^e éd. 1994), à la p. 497.

²¹ *Newport News Shipbuilding and Dry Dock Co. v. S.S. Independence*, 872 F.Supp. 262 (E.D. Va. 1994), aux p. 266 et 267.

²² *Oakes Logging, Inc. v. Green Crow, Inc.*, 832 P.2d 894 (1992) et *Whitney-Fidalgo Seafoods, Inc. v. Miss Tammy*, 542 F.Supp. 1302 (D.C. Wash. 1982).

²³ *Miss Tammy*, précité, note 22.

²⁴ *Home, The*, 65 F.Supp. 94 (D.C. Wash. 1946).

²⁵ Voir *Ontario Sugar Co., Re*, (1910) 22 O.L.R. 621 (H.C.J.), à la p. 623, *conf. par* (1911), 24 O.L.R. 332 (C.A.) et *Creighton c. Franko et al.* (1998), 151 F.T.R. 21 (C.F. 1^{er} inst.).

²⁶ [1997] H.L.J. n° 40 (QL).

²⁷ *Canderel Ltd. c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3 (C.A.).

²⁸ (1985), 62 N.R. 70 (C.A.F.).

A-820-99
2001 FCA 56

A-820-99
2001 CAF 56

The Information Commissioner of Canada (*Appel-
lant*)

v.

**The Commissioner of the Royal Canadian Mounted
Police** (*Respondent*)

and

The Privacy Commissioner of Canada (*Intervener*)

**INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v.
CANADA (COMMISSIONER OF THE ROYAL CANADIAN
MOUNTED POLICE) (C.A.)**

Court of Appeal, Décary, Létourneau and Noël J.J.A.
—Ottawa, February 21 and March 13, 2001.

Access to Information — Citizen requesting information on four RCMP members — Request denied as information sought exempt from disclosure under Access to Information Act, s. 19(1) — After citizen complained to Information Commissioner, RCMP agreed to release current postings, positions of four members but refused to give information on officers' previous postings — Under Access to Information Act, s. 19, government institution must disclose, refuse to disclose record containing personal information — Motions Judge reviewing refusal to disclose has power to ensure proper implementation of Act — No evidence of bad faith, obstruction, improper motives justifying Motions Judge to impose safeguards — Demand objectionable as about specific individuals' employment history, not current, specific past position.

Privacy — RCMP refusing to release information on officers' previous postings as personal information exempt from disclosure under Privacy Act, s. 3(b) — Government institution in better position than Court to make initial balancing of privacy against public interest in disclosure — Act, s. 3(b) aimed at protecting from disclosure individual's employment history — Individual privacy fundamental right attracting constitutional protection — Motions Judge wrong in finding exception in Act, s. 3(j) limited to positions

Le Commissaire à l'information du Canada (*appe-
lant*)

c.

**Le commissaire de la Gendarmerie royale du
Canada** (*intimé*)

et

Le Commissaire à la protection de la vie privée
(*intervenant*)

**RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) c.
CANADA (COMMISSAIRE DE LA GENDARMERIE ROYALE DU
CANADA) (C.A.)**

Cour d'appel, juges Décary, Létourneau et Noël,
J.C.A.—Ottawa, 21 février et 13 mars 2001.

Accès à l'information — Un citoyen a demandé des renseignements au sujet de quatre membres de la GRC — La demande a été refusée étant donné que les renseignements demandés étaient protégés par l'art. 19(1) de la Loi sur l'accès à l'information — Après que le citoyen se fut plaint au Commissaire à l'information, la GRC a accepté de communiquer les affectations et postes actuels des quatre membres mais elle a refusé de communiquer des renseignements au sujet des anciennes affectations des agents — Aux termes de l'art. 19 de la Loi sur l'accès à l'information, c'est l'institution fédérale qui doit communiquer ou de refuser de communiquer un document contenant des renseignements personnels — Le juge des requêtes qui examine le refus de communication possède le pouvoir d'assurer la bonne application de la Loi — Rien ne montrait qu'il y avait eu mauvaise foi, obstruction ou des motifs illégitimes qui auraient pu autoriser le juge des requêtes à imposer des garanties — La demande était inadmissible étant donné qu'elle visait l'obtention de renseignements qui avaient trait aux antécédents professionnels de certains individus, plutôt qu'à un poste précis actuel ou passé.

Protection des renseignements personnels — La GRC a refusé de communiquer des renseignements au sujet des anciennes affectations de ses agents pour le motif qu'il s'agissait de renseignements personnels protégés par l'art. 3b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels — L'institution fédérale est mieux placée que la Cour pour soupeser au départ la protection de la vie privée par rapport à l'intérêt public dans la divulgation — Le but de l'art. 3b), est de protéger contre la communication les

currently held — Request about individual's position must be specific as to time, scope, place — Request herein objectionable as requiring individuals' employment history.

RCMP — Citizen requesting information on four Force members regarding list of postings with dates, public complaints against them, name and address for service of members who served at particular detachment in 1986 — RCMP taking position information exempt from disclosure under Access to Information Act, s. 19(1) — Whether within exception to definition of "personal information" in Privacy Act, s. 3(j) — Whether should be released in public interest even if personal information — F.C.T.D. Judge did not err in remitting case to RCMP Commissioner for balancing of interests — Request regarding individual's past positions must be specific, not fishing expedition to learn all positions held during career.

In 1998, a citizen requested from the RCMP information on four of its members regarding a list of postings, including dates, occupied by them, copies of all public complaints filed against them, as well as names and addresses for service of members who served at a particular detachment in Nova Scotia in 1986. After the citizen complained to the Information Commissioner, the RCMP indicated its willingness to release the current postings and positions of the four members. However, it refused to release information as to the officers' previous postings on the ground that it was personal information exempt from disclosure under paragraph 3(b) of the *Privacy Act*. This was an appeal from a Trial Division decision rejecting the Information Commissioner's conclusion that the requested information fell within the exception to the definition of personal information to paragraph 3(j) of the *Privacy Act*. The Motions Judge did, however, rule that the RCMP Commissioner should have determined whether the information was nevertheless to be released in the public interest and returned the matter to the Commissioner, ordering that he exercise his subsection 19(2) discretionary power. Two issues were raised on appeal: (1) whether the Motions Judge should have himself exercised the discretionary power found in subsection 19(2) of the *Access to Information Act*, and (2) whether the Motions Judge erred in concluding that subparagraph 3(j)(i) of the *Privacy Act* and subsection 19(1) of the *Access to Information Act* exempt from disclosure

antécédents professionnels d'un individu — La protection de la vie privée d'un individu est un droit fondamental qui est garanti sur le plan constitutionnel — Le juge des requêtes a conclu à tort que l'exception prévue à l'art. 3j) se limitait aux postes occupés à l'heure actuelle — Une demande se rapportant au poste d'un individu doit préciser la période, l'étendue et le lieu du poste — En l'espèce, la demande était inadmissible étant donné qu'elle visait les antécédents professionnels d'individus.

GRC — Un citoyen a demandé des renseignements au sujet de quatre membres de la GRC relativement à la liste des affectations avec les dates de celles-ci, les plaintes publiques qui ont été déposées contre eux, les noms et les adresses, aux fins de signification, des membres qui ont été en service dans un détachement spécifique en 1986 — La GRC était d'avis que les renseignements demandés étaient protégés par l'art. 19(1) de la Loi sur l'accès à l'information — Les renseignements demandés sont-ils visés par l'exception prévue dans la définition de «renseignements personnels» figurant à l'art. 3j) de la Loi sur la protection des renseignements personnels? — Devraient-ils être communiqués dans l'intérêt public même s'ils sont de nature personnelle? — Le juge de la C.F. 1^{re} inst. n'a pas commis d'erreur en renvoyant l'affaire au commissaire de la GRC pour qu'il soupèse les intérêts en jeu — Une demande se rapportant aux postes qu'un individu a occupés dans le passé doit être précise et ne pas chercher à l'aveuglette à connaître tous les postes qu'un individu a occupés au cours de sa carrière.

En 1998, un citoyen a demandé à la GRC des renseignements au sujet de quatre de ses membres et de leurs affectations, y compris les dates de ces affectations, des copies de toutes les plaintes publiques qui ont été déposées contre eux, ainsi que les noms et les adresses, aux fins de signification, des membres qui ont été en service dans un détachement spécifique en Nouvelle-Écosse en 1986. Après que le citoyen se fut plaint au Commissaire à l'information, la GRC a fait savoir qu'elle était prête à communiquer les affectations et postes actuels des quatre membres. Toutefois, elle a refusé de communiquer des renseignements au sujet des anciennes affectations des agents pour le motif qu'il s'agissait de renseignements personnels protégés par l'alinéa 3b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Section de première instance rejetant la conclusion du Commissaire à l'information selon laquelle les renseignements demandés étaient visés par l'exception prévue dans la définition de renseignements personnels figurant à l'alinéa 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le juge des requêtes a cependant conclu que le commissaire de la GRC aurait dû déterminer si les renseignements auraient tout de même dû être communiqués dans l'intérêt public et il a renvoyé l'affaire au commissaire en lui ordonnant d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le paragraphe 19(2). L'appel soulevait deux points litigieux: 1) le juge des requêtes aurait-il dû exercer

past positions of an employee of a government institution.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) Under section 19 of the *Access to Information Act*, it is the head of a government institution who must decide whether to disclose or refuse to disclose a record which contains personal information. The government institution is in a better position than the Court to make the initial determination as to privacy as well as the initial balancing of the privacy interest against the public interest in disclosure. The mere fact that the government institution may be adverse in interest to the requesting party and, therefore, adverse to disclosure is not sufficient to divest it of the exercise of the discretionary power contained in subsection 19(2). The Motions Judge reviewing a refusal to disclose possesses the power, under section 49 of the *Access to Information Act*, to make such order to ensure due respect for, and proper implementation of, that Act. There was no evidence of bad faith, oblique or improper motives which could have justified the Motions Judge in imposing safeguards against the purposes of the legislation being thwarted by an obstructive and uncooperative government institution. There was no error in the decision to refer the matter back to the RCMP Commissioner for an initial balancing of the public interest against an invasion of privacy resulting from disclosure of personal information.

(2) The purpose of paragraph 3(b) of the *Privacy Act* is to protect from disclosure the “employment history” of an individual. The exception in paragraph 3(j) of the Act should be construed in a way which does not allow for the disclosure of an individual’s “employment history”. There is a fine line which separates the principle from the exception and which is hard to draw in the abstract, especially as the expression “employment history” is undefined. Individual privacy is a fundamental right which has attracted constitutional protection. The definition of “personal information” in section 3(j) of the Act is very broad, which militates against giving to the exception in paragraph 3(j) broad interpretation. Paragraph 3(j) authorizes the release of information about an individual’s position, whether current or past, and is not limited, as the Motions Judge found, to positions currently held. A request about a named individual’s position has to be specific as to time, scope and place. It cannot be a fishing expedition about all or nume-

lui-même le pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*? et 2) le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en concluant que le sous-alinéa 3j)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* soustraient à la communication les postes qu'un employé d'une institution fédérale a occupés par le passé?

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

1) Aux termes de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, c'est le responsable d'une institution fédérale qui doit décider de communiquer ou de refuser de communiquer un document contenant des renseignements personnels. L'institution fédérale est mieux placée que la Cour pour prendre la décision initiale au sujet de la protection des renseignements personnels et pour soupeser au départ l'intérêt de l'individu en cause sur le plan de la protection de la vie privée par rapport à l'intérêt public dans la divulgation. Le simple fait que l'institution fédérale puisse avoir des intérêts opposés à ceux de la partie requérante et, par conséquent, qu'elle s'oppose à la communication n'est pas suffisant pour lui retirer l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 19(2). Le juge des requêtes qui examine le refus de communication possède le pouvoir, conformément à l'article 49 de la *Loi sur l'accès à l'information*, de rendre toute ordonnance en vue d'assurer le respect et la bonne application de cette Loi. Rien ne montrait qu'il y avait eu mauvaise foi, des motifs détournés ou illégitimes qui auraient pu autoriser le juge des requêtes à imposer des garanties en vue d'assurer qu'une institution fédérale récalcitrante qui fait de l'obstruction ne contrecarre pas l'objet de la loi. Il n'y avait aucune erreur dans la décision que le juge a prise de renvoyer l'affaire au commissaire de la GRC pour qu'il fasse une première évaluation des raisons d'intérêt public par rapport à une violation de la vie privée qui découle de la divulgation de renseignements personnels.

2) Le but de l'alinéa 3b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est de protéger contre la communication les «antécédents professionnels» d'un individu. L'exception prévue au paragraphe 3j) de la Loi devrait être interprétée de façon à ne pas permettre la communication des «antécédents professionnels» d'un individu. Il existe une mince ligne de démarcation entre le principe et l'exception, une ligne qu'il est difficile de tracer dans l'abstrait, compte tenu du fait que l'expression «antécédents professionnels» n'est pas définie. La protection de la vie privée d'un individu est un droit fondamental qui est garanti sur le plan constitutionnel. La définition de «renseignements personnels» figurant à l'article 3j) de la Loi est fort générale et cela milite contre une interprétation large de l'exception prévue à l'alinéa 3j). Ce dernier autorise la communication de renseignements relatifs au poste actuel ou passé d'un individu, et n'est pas limité, comme le juge des requêtes l'a conclu, aux postes occupés à l'heure actuelle. Une demande

rous positions occupied by an individual within the Government over the span of his employment. The request herein was objectionable as it required information on specific individuals' employment history, not a current or a specific past position.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 19, 49.

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3 "personal information", 8(2)(m).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Kelly v. Canada (Solicitor General) (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54; 53 F.T.R. 147 (F.C.T.D.); *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161.

REFERRED TO:

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General), [1988] 3 F.C. 551; (1988), 32 Admin. L.R. 103; 20 F.T.R. 314 (T.D.).

APPEAL from a Trial Division decision ((1999), 179 F.T.R. 75) rejecting the Information Commissioner's conclusion that requested information fell within the exception to the definition of "personal information" in paragraph 3(j) of the *Privacy Act*. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Daniel Brunet and Karen L. Rudner for appellant.

Christopher M. Rupar and Susanne G. Pereira for respondent.

Dougald E. Brown and Steven J. Welchner for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Office of the Information Commissioner, Ottawa, for appellant.

se rapportant au poste d'un individu désigné doit préciser la période, l'étendue et le lieu du poste en cause. On ne saurait chercher à l'aveuglette à connaître tous les postes qu'un individu a occupés au sein du gouvernement au cours de sa période d'emploi. En l'espèce, la demande était inadmissible étant donné qu'elle visait des renseignements qui avaient trait aux antécédents professionnels de certains individus, plutôt qu'à un poste précis actuel ou passé.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 19, 49.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 «renseignements personnels», 8(2)(m).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Kelly c. Canada (Solliciteur général) (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54; 53 F.T.R. 147 (C.F. 1^{re} inst.); *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161.

DÉCISION CITÉE:

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général), [1988] 3 C.F. 551; (1988), 32 Admin. L.R. 103; 20 F.T.R. 314 (1^{re} inst.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance ((1999), 179 F.T.R. 75) rejetant la conclusion du Commissaire à l'information selon laquelle les renseignements demandés étaient visés par l'exception prévue dans la définition des «renseignements personnels» figurant à l'alinéa 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Daniel Brunet et Karen L. Rudner pour l'appellant.

Christopher M. Rupar et Susanne G. Pereira pour l'intimé.

Dougald E. Brown et Steven J. Welchner pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Commissariat à l'information, Ottawa, pour l'appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa, for intervener.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.
Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa, pour l'intervenant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] LÉTOURNEAU J.A.: This appeal raises two issues:

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Cet appel soulève deux points litigieux:

(a) Did the Motions Judge [(1999), 179 F.T.R. 75] err when he concluded that subparagraph 3(j)(i) of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 and subsection 19(1) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, authorize only the disclosure of a public servant's current position or the position last held by a former public servant and, therefore, prohibit the disclosure of past positions?

a) Le juge des requêtes [(1999), 179 F.T.R. 75] a-t-il commis une erreur en concluant que le sous-alinéa 3j)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, et le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, autorisent uniquement la communication du poste qu'un fonctionnaire occupe actuellement ou du dernier poste qu'un ancien fonctionnaire a occupé et, par conséquent, qu'ils interdisent la communication des anciens postes?

(b) Should the Motions Judge, after having concluded that the information was protected, have proceeded to assess under subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* whether the public interest in disclosure clearly outweighed any invasion of privacy that could result from the disclosure?

b) Après avoir conclu que les renseignements en question étaient protégés, le juge des requêtes aurait-il dû déterminer, en vertu du sous-alinéa 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, si des raisons d'intérêt public justifiaient nettement une éventuelle violation de la vie privée?

I will dispose of the second issue first. But before I do, I need to summarize the relevant facts for a better understanding of these issues.

Je trancherai d'abord la seconde question. Cependant, je dois auparavant résumer les faits pertinents de façon que l'on comprenne mieux ces questions.

Facts and procedure

Les faits et la procédure

[2] A Canadian citizen requested from the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), on June 4, 1998, the following information relating to four members of that police force:

[2] Le 4 juin 1998, un citoyen canadien a demandé à la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) les renseignements suivants au sujet de quatre membres de la Gendarmerie:

List of communities of postings, including dates, occupied by the following Royal Canadian Mounted Police officers:

[TRADUCTION] La liste des collectivités auxquelles les agents de la Gendarmerie royale du Canada ci-après désignés ont été affectés, y compris les dates des affectations:

(1) Cst/Acting Corporal Robert Shedden, Wells Detachment, BC;

1) le gendarme caporal intérimaire Robert Shedden, détachement de Wells (C.-B.);

(2) S/Sgt Kenneth Craig, NCO, Quesnel Detachment, BC;

2) le sergent d'état-major Kenneth Craig, sous-officier, détachement de Quesnel (C.-B.);

(3) Corporal Bob Zimmerman, Quesnel Detachment, BC; and

3) le caporal Bob Zimmerman, détachement de Quesnel (C.-B.);

(4) S/Sgt Larry Ronald Wendell, Advisory NCO North Division, Williams Lake.

Copies of all public complaints filed against each of the above individuals; and

Name and address for service of member or former member who served as NCO IC/Royal Canadian Mounted Police detachment Baddeck, Nova Scotia in August 1986.

[3] The Access to Information co-ordinator at the RCMP alleged that the requested information was exempt from disclosure pursuant to subsection 19(1) of the *Access to Information Act* and refused to release it. It is a convenient place to reproduce that subsection along with the relevant portions of section 3 of the *Privacy Act* which defines "personal information":

Access to Information Act

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*.

Privacy Act

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,

(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,

...

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

4) le sergent d'état-major Larry Ronald Wendell, sous-officier-conseil, division du Nord, Williams Lake.

Des copies de toutes les plaintes publiques qui ont été déposées contre chacun des individus susmentionnés;

Le nom et l'adresse, aux fins de signification, du membre, actuel ou ancien, qui a agi à titre de sous-officier responsable/détachement de Baddeck (Nouvelle-Écosse) de la Gendarmerie royale du Canada au mois d'août 1986.

[3] Le coordonnateur de l'accès à l'information à la GRC a allégué que les renseignements demandés étaient protégés conformément au paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* et il a refusé de les communiquer. Il convient ici de reproduire cette disposition ainsi que les parties pertinentes de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui définit ce que l'on entend par «renseignements personnels»:

Loi sur l'accès à l'information

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*.

Loi sur la protection des renseignements personnels

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

[. . .]

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

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;

[. . .]

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) 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. [My underlining.]

[4] The citizen complained to the Information Commissioner who informed the RCMP of his willingness to undertake an investigation. After discussions, the RCMP indicated that it was prepared to release, and did release, the current postings and positions of the four RCMP members as well as the last position and posting of the RCMP officer who served in Baddeck, Nova Scotia, prior to retirement in 1986. However, the RCMP refused to release information as to the officers' previous postings on the ground that that information related to the employment history of these individuals and, therefore, was, pursuant to paragraph 3(b), personal information exempt from disclosure.

[5] In the report of his investigative findings to the RCMP Commissioner, the Information Commissioner concluded that the information in issue was not protected from disclosure under paragraph 3(j) of the *Privacy Act*. He, therefore, recommended that the RCMP release with respect to the officers:

- (a) the list of historical postings, their status and date;
- (b) the list of ranks, the dates they achieved these ranks, their effective date/year;
- (c) their years of service; and

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. [Je souligne.]

[4] Le citoyen s'est plaint au Commissaire à l'information, qui a informé la GRC du fait qu'il était prêt à procéder à une enquête. À la suite de discussions, la GRC a fait savoir qu'elle était prête à communiquer, et elle a communiqué, les affectations et postes actuels des quatre membres de la GRC ainsi que le dernier poste et la dernière affectation de l'agent de la GRC qui avait servi à Baddeck (Nouvelle-Écosse), avant de prendre sa retraite en 1986. Toutefois, la GRC a refusé de communiquer des renseignements au sujet des anciennes affectations des agents pour le motif que ces renseignements se rapportaient aux antécédents professionnels de ces individus et qu'il s'agissait donc de renseignements personnels protégés par l'alinéa 3b).

[5] Dans le rapport d'enquête qu'il a présenté au commissaire de la GRC, le Commissaire à l'information a conclu que les renseignements en question n'étaient pas protégés contre la communication par l'alinéa 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il a donc recommandé que la GRC communique, au sujet des agents:

- a) la liste des affectations passées, ainsi que leur position et les dates y afférentes;
- b) la liste des grades, les dates auxquelles ces grades ont été obtenus ainsi que la date et l'année de prise d'effet;
- c) leurs années d'ancienneté;

(d) their anniversary date of service.

[6] Pursuant to a refusal by the RCMP to follow the recommendation and a discussion with the complainant, the Information Commissioner, with the proper authorization of the complainant, applied to the Trial Division of this Court for a review of the refusal to disclose the information as recommended.

[7] The learned Judge of the Trial Division dismissed the Information Commissioner's claim that the requested information fell within the exception to the definition of personal information in paragraph 3(j) of the *Privacy Act*. In other words, he was of the view that the information sought was personal information exempt from disclosure.

[8] However, the Judge was satisfied that the RCMP Commissioner had failed to determine, pursuant to subsection 19(2) of the *Access to Information Act* and subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*, whether the requested information, although personal information, should not be released in the public interest. The combined effect of these two provisions hereinafter reproduced is to permit the disclosure of the information if the public interest in disclosure outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure:

Access to Information Act

19. (1)

(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*.

Privacy Act

8. (1)

d) la date anniversaire du service.

[6] À la suite du refus de la GRC de suivre la recommandation et d'une discussion avec le plaignant, le Commissaire à l'information, avec l'autorisation appropriée du plaignant, a demandé à la Section de première instance de cette Cour d'examiner le refus de communiquer les renseignements dont la communication avait été recommandée.

[7] Le juge de la Section de première instance a rejeté l'allégation du Commissaire à l'information selon laquelle les renseignements demandés étaient visés par l'exception prévue dans la définition des «renseignements personnels» figurant à l'alinéa 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En d'autres termes, il était d'avis que les renseignements demandés étaient des renseignements personnels protégés.

[8] Toutefois, le juge était convaincu que le commissaire de la GRC avait omis de déterminer, conformément au paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information* et au sous-alinéa 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, si les renseignements demandés, même s'ils étaient de nature personnelle, ne devaient pas être communiqués, dans l'intérêt public. L'effet combiné de ces deux dispositions, ci-après reproduites est de permettre la communication des renseignements si des raisons d'intérêt public justifient une éventuelle violation de la vie privée:

Loi sur l'accès à l'information

19. (1) [. . .]

(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*.

Loi sur la protection des renseignements personnels

8. (1) [. . .]

(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.

[9] He then sent the matter back to the RCMP Commissioner ordering him to exercise the discretionary power conferred upon him by subsection 19(2). The Information Commissioner appealed against the decision of the Motions Judge and the two issues previously stated are before us for determination.

Whether the Motions Judge should have himself proceeded to exercise the discretionary power found in subsection 19(2) of the *Access to Information Act*

[10] A careful reading of section 19 of the *Access to Information Act* clearly indicates that it is the head of a government institution who must, pursuant to subsection 19(1), refuse the disclosure of a record which contains personal information, and that it is also the head of a government institution who, pursuant to subsection 19(2), may disclose that record if, in his opinion, the conditions of subparagraph 8(2)(m)(i) are met. This understanding of the functioning of the Act, elaborated by Strayer J. (as he then was) in *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (F.C.T.D.), at page 58, was approved by La Forest J. of the Supreme Court of Canada in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at pages 457-458 in the following terms:

In *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 53 F.T.R. 147, Strayer J. discussed the general approach to be taken with respect to discretionary exemptions under the *Privacy Act*. He stated, at p. 149:

It will be seen that these exemptions require two decisions by the head of an institution: first, a factual determination

(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.

[9] Le juge a ensuite renvoyé l'affaire au commissaire de la GRC en lui ordonnant d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré au paragraphe 19(2). Le Commissaire à l'information en a appelé de la décision du juge des requêtes; nous sommes ici saisis des deux questions ci-dessus énoncées.

Le juge des requêtes aurait-il dû exercer lui-même le pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*?

[10] Une lecture minutieuse de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information* montre clairement que c'est le responsable de l'institution fédérale qui doit, conformément au paragraphe 19(1), refuser la communication d'un document contenant des renseignements personnels et que c'est également le responsable d'une institution fédérale qui, conformément au paragraphe 19(2), peut communiquer ce document si, à son avis, les conditions énoncées au sous-alinéa 8(2)m(i) sont remplies. Cette interprétation du fonctionnement de la Loi, donnée par le juge Strayer (tel était alors son titre) dans la décision *Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 58, a été approuvée comme suit par le juge La Forest, de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, aux pages 457 et 458:

Dans *Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 53 F.T.R. 147, le juge Strayer a analysé la méthode générale à adopter à l'égard des exemptions discrétionnaires prévues à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il affirme, à la p. 149:

Comme on peut le voir, ces exemptions exigent que le responsable d'un établissement prenne deux décisions:

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.

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.

In my view, this is the correct approach to reviewing the exercise of discretion under s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*.

[11] From a purely practical point of view, this approach taken by Parliament is sensible. The government institution is in possession of the records. It deals regularly with numerous access to information requests. It develops some expertise in the handling of these matters as well as in the implementation of the Act. It is in a better position than the Court to make the initial determination as to privacy as well as the initial balancing of the privacy interest against the public interest which includes the needs of the institution.

[12] The appellant submits, however, that there are unusual cases, like the one before us, where it would be inappropriate for the Judge to refer the matter back to the government institution to make the assessment under subparagraph 8(2)(m)(i) because the institution is adverse in interest to the requesting party and has a clear interest in withholding the information. Counsel for the appellant submitted that, in such cases, the Motions Judge should either decide the issue himself or, if he refers the matter back to the institution,

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.

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 de bonne foi et pour un motif qui se rapporte de façon logique à la raison pour laquelle il a été accordé.

J'estime qu'il s'agit de la bonne façon d'aborder la révision de l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au sous-al. 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[11] D'un point de vue purement pratique, la méthode que le législateur a adoptée est raisonnable. L'institution fédérale est en possession des documents. Elle traite régulièrement de nombreuses demandes de communication. Elle acquiert une certaine expertise dans le traitement de ces affaires ainsi qu'en ce qui concerne l'application de la Loi. Elle est mieux placée que la Cour pour prendre la décision initiale au sujet de la protection des renseignements personnels et pour soupeser au départ l'intérêt de l'individu en cause sur le plan de la protection de la vie privée par rapport à l'intérêt public qui comprend les besoins de l'institution.

[12] Toutefois, l'appellant soutient qu'il y a des cas inhabituels, comme celui dont nous sommes ici saisis, où il ne conviendrait pas que le juge renvoie l'affaire à l'institution fédérale pour qu'elle effectue l'appréciation en vertu du sous-alinéa 8(2)m(i) parce que l'institution a des intérêts opposés à ceux de la partie requérante et qu'elle a clairement intérêt à ne pas communiquer les renseignements. L'avocat de l'appellant a soutenu qu'en pareil cas, le juge des requêtes devrait trancher la question lui-même ou, s'il renvoie

maintain a supervisory function over the file to ensure that an adequate assessment of the issue is made under subparagraph 8(2)(m)(i).

[13] I do not think that the mere fact that the government institution may be adverse in interest to the requesting party and, therefore, adverse to disclosure is sufficient to divest it of the exercise of the discretionary power contained in subsection 19(2). If this were the criterion, the government institution should also be deprived of the authority under subsection 19(1) to make the initial determination as to the propriety of disclosing or not the requested record.

[14] Having said that, I can conceive of instances where evidence of bad faith or oblique or improper motives could be adduced which could satisfy a motions judge that guarantees and safeguards are required to ensure that both the purposes of the *Access to Information Act* and subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* are not defeated by an obstructive and uncooperative government institution. The Motions Judge reviewing a refusal to disclose possesses the power, pursuant to section 49 of the *Access to Information Act*, to make such order as he deems appropriate to ensure what is in fact due respect for and proper implementation of that Act. This is why he issued an order referring the matter back to the RCMP Commissioner for a consideration of the exception in subparagraph 8(2)(m)(i). He also has inherent jurisdiction when issuing an order to impose conditions or take measures likely to ensure its implementation. I am not willing at this stage to rule out the possibility that, in an appropriate case, a judge could retain jurisdiction over the case to ensure proper compliance in a timely and satisfactory fashion with his order referring a matter back to a government institution for an assessment under subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*.

[15] In the same vein, I can conceive of a rare instance where the behaviour and attitude of the

l'affaire à l'institution, continuer à superviser le dossier en vue de veiller à ce qu'une appréciation adéquate soit effectuée en vertu du sous-alinéa 8(2)m(i).

[13] Je ne crois pas que le simple fait que l'institution fédérale puisse avoir des intérêts opposés à ceux de la partie requérante et, par conséquent, qu'elle s'oppose à la communication soit suffisant pour lui retirer l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 19(2). Si tel était le critère, l'institution fédérale devrait également être privée du pouvoir prévu au paragraphe 19(1) lorsqu'il s'agit de prendre une décision initiale au sujet de la communication du document demandé.

[14] Cela dit, je peux concevoir que dans certaines circonstances, la mauvaise foi ou l'existence de motifs détournés ou illégitimes puisse être établie, et que cette preuve puisse convaincre le juge des requêtes que des garanties et protections sont nécessaires en vue d'assurer qu'une institution fédérale récalcitrante qui fait de l'obstruction ne contrecarre pas l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* et celui du sous-alinéa 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le juge des requêtes qui examine le refus de communication possède le pouvoir, conformément à l'article 49 de la *Loi sur l'accès à l'information*, de rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée en vue d'assurer le respect et la bonne application de cette Loi. C'est pourquoi il a rendu une ordonnance renvoyant l'affaire au commissaire de la GRC pour que ce dernier examine l'exception prévue au sous-alinéa 8(2)m(i). Il possède également la compétence intrinsèque voulue, lorsqu'il rend une ordonnance, pour imposer des conditions ou pour prendre des mesures susceptibles d'assurer son exécution. Je ne suis pas prêt à ce stade à éliminer la possibilité que, dans un cas approprié, un juge puisse demeurer compétent de façon à veiller à ce que l'on observe en temps opportun et de façon satisfaisante l'ordonnance par laquelle il a renvoyé l'affaire à une institution fédérale pour examen en vertu du sous-alinéa 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[15] De même, je peux concevoir que, dans de rares cas, la conduite et l'attitude de l'institution auraient

institution would have been such throughout as to indicate a foregone conclusion if the matter were referred back and where it would be a sheer waste of time and money to issue an order to that effect. Nothing would prevent a motions judge in such an instance from inferring that the discretion has been exercised and disclosure denied, and from proceeding to review the exercise of that discretion. But this is not our case.

[16] In the case at bar, there is no evidence of bad faith, obstruction or improper motives which could have justified the imposition of safeguards by the Motions Judge. In addition, no request for a special order under section 49 or an order assorted with conditions was made to him. I can see no error in the decision of the Judge to refer the matter to the RCMP Commissioner for an initial balancing of the public interest against an invasion of privacy resulting from disclosure of personal information.

Whether the Motions Judge erred in concluding that subparagraph 3(j)(i) of the *Privacy Act* and subsection 19(1) of the *Access to Information Act* exempt from disclosure past positions of an employee of a government institution

[17] The proper scope of paragraph 3(j) and subparagraph 3(j)(i) has given rise before us to an interesting debate. The Information Commissioner takes an expansive view of the exception found in paragraph 3(j) to justify the release of the requested information. I must say that, taken to its limit, the approach of the Information Commissioner could defeat the purpose of paragraph 3(b) which aims at protecting from disclosure the “employment history” of an individual.

[18] The RCMP Commissioner submitted that the exception in paragraph 3(j) ought to be interpreted restrictively and that that interpretation justified his refusal to release the past positions or functions of the officers named in the request. Alternatively, his

toujours été telles qu’il n’y aurait aucun doute quant à la décision que prendrait l’institution si l’affaire lui était renvoyée, et que la délivrance d’une ordonnance en ce sens constituerait alors un pur gaspillage de temps et d’argent. Dans ces conditions, rien n’empêcherait le juge des requêtes d’inférer que le pouvoir discrétionnaire a été exercé et que la communication a été refusée, et de procéder ensuite à l’examen de l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Cependant, tel n’est pas ici le cas.

[16] En l’espèce, rien ne montre qu’il y a eu mauvaise foi, obstruction ou des motifs illégitimes qui auraient pu autoriser le juge des requêtes à imposer des garanties. De plus, aucune demande d’ordonnance spéciale fondée sur l’article 49 ou d’ordonnance assortie de conditions n’a été présentée au juge. Je ne puis constater aucune erreur dans la décision que le juge a prise de renvoyer l’affaire au commissaire de la GRC pour qu’il fasse une première évaluation des raisons d’intérêt public par rapport à la violation de la vie privée résultant de la divulgation de renseignements personnels.

Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en concluant que le sous-alinéa 3j)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* exemptent de la communication les postes qu’un employé d’une institution fédérale a occupés par le passé?

[17] La question de la portée de l’alinéa 3j) et du sous-alinéa 3j)(i) a suscité devant nous un débat intéressant. Le Commissaire à l’information donne une interprétation libérale à l’exception énoncée à l’alinéa 3j) en vue de justifier la communication des renseignements demandés. Je dois dire que, à la limite, l’approche adoptée par le Commissaire à l’information pourrait aller à l’encontre du but de l’alinéa 3b), qui vise à protéger contre la communication les «antécédents professionnels» d’un individu.

[18] Le commissaire de la GRC a soutenu que l’exception prévue à l’alinéa 3j) devrait être interprétée restrictivement et qu’une telle interprétation justifiait son refus de communiquer les anciens postes ou les anciennes fonctions des agents désignés dans la

counsel indicated to us that he would be willing to accept the interpretation proposed by the intervener, the Privacy Commissioner.

[19] The position of the Privacy Commissioner is interesting and, with respect, I think is the approach which best attains and implements the respective purposes of the *Privacy Act* and the *Access to Information Act*. He submits, and I agree, that the exception should be construed in a way which does not allow for the disclosure of an individual's "employment history". Having said that, I confess that it is not and will not always be easy to determine when a request for an information about an individual's position as authorized by paragraph 3(j) ceased to be so to become a request about that individual's "employment history". There is a fine line which separates the principle from the exception and which is hard to draw in the abstract, especially as the expression "employment history" is undefined.

[20] Individual privacy is a fundamental right which has attracted constitutional protection. The definition of "personal information" in section 3 of the *Privacy Act* is extremely broad and, as the Supreme Court said in *Dagg*, at page 436, paragraph 69, endorsing a finding to that effect by Jerome A.C.J. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551 (T.D.), at page 551 (T.D.), is "entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity". This certainly militates against giving to the exception in paragraph 3(j) a broad interpretation of the kind suggested by the Information Commissioner which, in the end, will or is likely to empty the definition of "personal information" of its contents with respect to "employment history".

demande. Subsidiairement, son avocat nous a fait savoir qu'il serait prêt à accepter l'interprétation proposée par l'intervenant, soit le Commissaire à la protection de la vie privée.

[19] La position que le Commissaire à la protection de la vie privée a prise est intéressante et je crois qu'il s'agit de l'approche qui permet le mieux d'atteindre et de réaliser les objectifs respectifs de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur l'accès à l'information*. Le Commissaire à la protection de la vie privée soutient, et je souscris à son avis, que l'exception devrait être interprétée de façon à ne pas permettre la communication des «antécédents professionnels» d'un individu. Cela dit, je dois admettre qu'il n'est pas et qu'il ne sera pas toujours facile de déterminer dans quelles circonstances une demande de renseignements se rapportant au poste occupé par un individu, telle qu'elle est autorisée à l'alinéa 3j), cesse d'être telle et devient une demande se rapportant aux «antécédents professionnels» de cet individu. Il existe une mince ligne de démarcation entre le principe et l'exception, une ligne qu'il est difficile de tracer dans l'abstrait, compte tenu du fait en particulier que l'expression «antécédents professionnels» n'est pas définie.

[20] La protection de la vie privée d'un individu est un droit fondamental qui est garanti sur le plan constitutionnel. La définition de «renseignements personnels» figurant à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est fort générale et, comme l'a dit la Cour suprême, à la page 436, paragraphe 69 de l'arrêt *Dagg*, en approuvant une conclusion tirée en ce sens par le juge en chef adjoint Jerome dans la décision *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551 (1^{re} inst.), à la page 551, elle «illustre tout à fait les efforts considérables qui ont été déployés pour protéger l'identité des individus». Cela milite certes contre une interprétation large de l'exception prévue à l'alinéa 3j) telle que proposée par le Commissaire à l'information, laquelle en fin de compte aura pour effet ou est susceptible d'avoir pour effet de vider la définition de «renseignements personnels» de son contenu en ce qui concerne les «antécédents professionnels».

[21] I believe, however, that paragraph 3(j) authorizes the release of information about an individual's position, whether current or past, and is not limited, as the Motions Judge found, to positions currently held. Neither the purpose of the Act nor the wording of paragraph 3(j) or subparagraph 3(j)(i) require an interpretation that would restrict it to current positions. I see nothing in subparagraph 3(j)(i) which, as contended by the respondent, dictates that it be so limited. The subparagraph is merely concerned with establishing whether an individual was or still is an employee of the government. The very fact of employment, past or present, can be revealed and, indeed, is essential to a citizen in determining whether his request for disclosure is addressed to the appropriate authority and is worth pursuing.

[22] However, in contrast to a request about a position or a category of positions which may reveal the name of the incumbents, a request about a named individual's position, especially in respect of the past positions held, has to be specific as to time, scope and place. It cannot be a fishing expedition about all or numerous positions occupied by an individual within the government over the span of his employment as it becomes, in fact, a request about that individual's employment history. To use the words of La Forest J. in *Dagg*, at page 447, such a request, instead of being a request for information about positions which incidentally reveals the individuals who hold it, becomes a request for information relating primarily to individuals themselves. Therefore, for example, a citizen could properly ask whether John Doe worked for the Department of Justice in 1994, what position he held at that time, the duties and responsibilities of that position and where he exercised his functions. But he could not, without being properly opposed paragraph 3(b), request information about John Doe's positions in the government between 1980 and 1994. Of course, between these two clear extremes there is a wide variety of requests about a named individual's position which may be more or less specific and which would have to be addressed on their own merits in order to determine whether they fall into the principle of non disclosure or the exception.

[21] Toutefois, je crois que l'alinéa 3j) autorise la communication de renseignements relatifs au poste actuel ou passé d'un individu, et n'est pas limité, comme le juge des requêtes l'a conclu, aux postes occupés à l'heure actuelle. L'objet de la Loi et le libellé de l'alinéa 3j) ou du sous-alinéa 3j)(i) n'exigent pas une interprétation qui restreindrait la communication aux postes actuels. Contrairement à ce que l'intimé a soutenu, je ne vois rien dans le sous-alinéa 3j)(i) qui indique que cette disposition a une portée aussi limitée. La disposition en question vise simplement à établir si un individu était ou est encore un employé du gouvernement. Le fait même qu'un individu exerce ou exerçait un emploi peut être révélé et, de fait, cela est essentiel pour un citoyen lorsqu'il s'agit de déterminer si sa demande de communication est adressée à l'autorité compétente et s'il vaut la peine de la poursuivre.

[22] Toutefois, contrairement à une demande se rapportant à un poste ou à une catégorie de postes qui peuvent révéler le nom de leurs titulaires, une demande se rapportant au poste d'un individu désigné, et en particulier aux postes que celui-ci a occupés par le passé, doit préciser la période, l'étendue et le lieu du poste en cause. On ne saurait chercher à l'aveuglette à connaître tous les postes ou les nombreux postes qu'un individu a occupés au sein du gouvernement au cours de sa période d'emploi étant donné que cela deviendrait en fait une demande se rapportant aux antécédents professionnels de l'individu. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Dagg*, à la page 447, pareille demande, au lieu d'être une demande de renseignements se rapportant à un poste qui identifie par ailleurs l'individu qui l'occupe, devient une demande de renseignements concernant avant tout l'individu lui-même. Par conséquent, un citoyen pourrait par exemple demander à bon droit si M. Untel a travaillé au ministère de la Justice en 1994, quel poste il occupait à ce moment-là, quelles étaient les attributions du poste et à quel endroit les fonctions étaient exercées. Cependant, il ne pourrait pas, sans qu'on lui oppose avec raison l'exception prévue à l'alinéa 3b), demander des renseignements au sujet des postes que M. Untel a occupés au sein du gouvernement de 1980 à 1994. Bien sûr, entre ces deux extrêmes, il y a une vaste gamme de demandes se rappor-

[23] Applying these principles to the request in the present case, I can only come to the conclusion that the demand, when assessed in its totality and in relation to its primary focus, is about specific individuals' employment history, not a current or a specific past position.

[24] First, it is not related to an individual's position as the terms of the exception stipulate, but to his posting, i.e., his place of work. The fact that an individual may have been posted in Ottawa in 1997 does not indicate his functions or his position within the organization. Requiring the entire list of historical postings of an individual is nothing less than requiring, with respect to his place of work, part of his employment history.

[25] Second, the list of ranks and the dates these ranks were achieved also provide no indication as to the position held by the individuals. In addition, unlimited in time and unspecified as the request is, its primary focus becomes a search for personal information relating to these individuals. The same may be said of the demand to release their years of service and their anniversary date of service.

[26] After a careful consideration of the contents of the request for disclosure, the purposes of the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*, their complementary roles and the binding interpretation given to them by the Supreme Court of Canada, I would dismiss this appeal with costs to the respondent.

DÉCARY J.A.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

tant au poste occupé par un individu désigné qui peuvent être plus ou moins précises et qu'il faudrait apprécier selon les faits qui leur sont propres afin de déterminer si elles sont visées par le principe de la non-communication ou par l'exception.

[23] Si j'applique en l'espèce ces principes, je puis uniquement conclure que la demande, lorsqu'elle est appréciée dans son ensemble et par rapport à son objectif primordial, se rapporte aux antécédents professionnels d'individus précis, plutôt qu'à un poste précis actuel ou passé.

[24] En premier lieu, la demande ne se rapporte pas au poste occupé par un individu, comme le prévoit l'exception, mais à son affectation, à savoir à son lieu de travail. Le fait qu'un individu a peut-être été affecté à Ottawa en 1997 n'indique pas les fonctions qu'il exerçait ou le poste qu'il occupait au sein de l'organisation. Demander toute la liste des affectations passées d'un individu, c'est en fait demander en partie quels sont ses antécédents professionnels, en ce qui concerne son lieu de travail.

[25] En second lieu, la liste des grades et des dates auxquelles ces grades ont été obtenus ne fournit elle non plus aucune indication au sujet du poste occupé par les individus concernés. De plus, cette demande imprécise et illimitée quant à la période en cause met principalement l'accent sur la recherche de renseignements personnels concernant ces individus. On pourrait dire la même chose de la demande de communication des années de service de ces individus et des dates anniversaires y afférentes.

[26] J'ai minutieusement examiné le contenu de la demande de communication, l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le rôle complémentaire de ces lois et l'interprétation obligatoire qui leur a été donnée par la Cour suprême du Canada, et je rejette cet appel en adjugeant les dépens à l'intimé.

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

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

IMM-6132-99
2001 FCT 65

IMM-6132-99
2001 CFPI 65

**The Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)**

v.

**Anita Bonsu Ekuban (a.k.a. Anita Nana Yaa
Acheampong) (Respondent)**

**INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND
IMMIGRATION) v. EKUBAN (T.D.)**

Trial Division, O’Keefe J.—Toronto, November 28,
2000; Ottawa, February 13, 2001.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Application for leave, judicial review of IRBAD’s denial of Minister’s application under Immigration Act, s. 69.2 to reconsider, vacate determination respondent Convention refugee — Minister alleging fraud, misrepresentation as to respondent’s identity — Alleging Acheampong, Ekuban same person and Ekuban entering Canada as foreign student in 1990 — Therefore, PIF indicating persecution in Ghana in 1991 cannot be true — Refugee Division permitting introduction of written, oral evidence to support respondent’s claim two different people — S. 69.3 providing where application made pursuant to s. 69.2, Refugee Division shall afford Minister, subject of application reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses, make representations — If Minister trying to prove Acheampong, Ekuban same person, respondent has right to produce evidence rebutting allegation — Evidence may be called when determination pursuant to s. 69.3(2) as only way for respondent to rebut new allegations — Denial of natural justice, breach of s. 69.3(2) to not allow respondent to call evidence.

This was an application for leave and judicial review of the decision of the Immigration and Refugee Board, Appeal Division denying the Minister’s application to reconsider and vacate its determination that the respondent was a Convention refugee. In its application, pursuant to *Immigration Act*, section 69.2, the Minister alleged that the respondent had misled the Board by fraudulent means, misrepresentation, suppression and concealment of material facts in

**Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration
(demandeur)**

c.

**Anita Bonsu Ekuban (également appelée Anita
Nana Yaa Acheampong) (défenderesse)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET
DE L’IMMIGRATION) c. EKUBAN (1^{re} INST.)**

Section de première instance, juge O’Keefe—Toronto,
28 novembre 2000; Ottawa, 13 février 2001.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Demande d’autorisation et de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle la section d’appel de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande du ministre pour que soit réexaminée et annulée sa décision selon laquelle la défenderesse était une réfugiée au sens de la Convention — Le ministre a soutenu que la défenderesse avait eu recours à des moyens frauduleux et à de fausses indications relativement à son identité — Il a soutenu qu’Acheampong et Ekuban étaient la même personne et qu’Ekuban était entrée au Canada en tant qu’étudiante étrangère en 1990 — Par conséquent, le FRP mentionnant des persécutions survenues au Ghana en 1991 ne pouvait pas indiquer la vérité — La section du statut a autorisé la présentation de preuves écrites et de dépositions au soutien de l’affirmation de la défenderesse selon laquelle elle-même et Ekuban étaient deux personnes différentes — L’art. 69.3 prévoit que, lors de la présentation d’une demande conformément à l’art. 69.2, la section du statut de réfugié donne au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations — Si le ministre essaie de prouver qu’Acheampong et Ekuban sont la même personne, la défenderesse a le droit de produire des preuves pour réfuter cette allégation — Des preuves peuvent être produites lorsqu’une décision est rendue selon l’art. 69.2(2), car autrement le défendeur ne pourrait pas réfuter les nouvelles allégations — Ce serait un déni de justice naturelle que de ne pas autoriser la défenderesse à produire des preuves, et ce serait contrevenir à l’art. 69.2(2).

Il s’agissait d’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle la section d’appel de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande du ministre pour que soit réexaminée et annulée sa décision selon laquelle la défenderesse était une réfugiée au sens de la Convention. Dans sa demande présentée conformément à l’article 69.2 de la *Loi sur l’immigration*, le ministre a soutenu que la défenderesse

that her Personal Information Form indicated that she had been arrested, detained and mistreated in July 1991 in Ghana. The Minister alleged that Anita Nana Yaa Acheampong and Anita Bonsu Ekuban are, in fact, one and the same person and, as such, Acheampong could not have been arrested, detained and mistreated in Ghana in July 1991 because Ekuban had entered Canada as a foreign student in May 1990. At the hearing before the Refugee Division, the respondent introduced written and oral evidence to support her claim that she and Ekuban were two different people. The Refugee Division held that the respondent had a right to present evidence to rebut the Minister's assertion of fraud or misrepresentation regarding her identity. The applicant submitted that the vacation Board permitted evidence on the respondent's identity which went to the core of her Convention refugee claim, when she never mentioned her dual identities at her original hearing.

Although several issues were raised, the principal one was as to whether the Board erred in law, breached the principles of fundamental justice and exceeded its jurisdiction by permitting the introduction of new evidence not considered by the original CRDD panel.

Held, the application should be dismissed.

Subsection 69.3(1) states in part that where an application is made pursuant to section 69.2, the Refugee Division shall conduct a hearing and at that hearing "shall afford the Minister and [the person who is the subject of the application] a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations". The respondent has a right to call witnesses and produce evidence to rebut the Minister's allegation that she is the same person as Ekuban. That is what section 69.3 was designed to allow. It is logical that evidence can be called when a determination is being made pursuant to subsection 69.3(2) because the respondent could not otherwise rebut the Minister's new allegations. It would be a denial of natural justice and a breach of subsection 69.3(2) not to allow such a respondent to call evidence. The Board did not err in allowing the witnesses to be called and the evidence to be presented.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

avait trompé la Commission par des moyens frauduleux, par de fausses indications, ainsi que par la suppression et la dissimulation de faits importants, puisque, dans son Formulaire de renseignements personnels, elle mentionnait qu'elle avait été arrêtée, puis maltraitée durant sa détention en juillet 1991 au Ghana. Le ministre a affirmé qu'Anita Nana Yaa Acheampong et Anita Bonsu Ekuban sont, de fait, une seule et même personne et que par conséquent Acheampong n'a pu être arrêtée, détenue et maltraitée au Ghana en juillet 1991, puisqu'Ekuban était entrée au Canada en tant qu'étudiante étrangère en mai 1990. Lors de l'audience devant la section du statut de réfugié, la défenderesse a présenté des preuves écrites et fait comparaître des témoins au soutien de son affirmation selon laquelle elle-même et Ekuban étaient deux personnes différentes. La section du statut de réfugié a conclu que la défenderesse avait le droit de présenter une preuve afin de réfuter l'allégation du ministre concernant la fraude ou la déclaration erronée sur son identité. Le demandeur a soutenu que la nouvelle formation de la section du statut a autorisé la production de preuves concernant l'identité de la défenderesse, des preuves qui allaient au cœur même de sa revendication du statut de réfugié, alors qu'elle n'avait jamais fait état de sa double identité lors de l'audience initiale.

Bien que plusieurs questions aient été soulevées, il s'agissait principalement de savoir si la section du statut avait commis une erreur de droit, contrevenu aux principes de justice fondamentale et outrepassé sa compétence en autorisant la production de nouvelles preuves non prises en compte par la formation initiale de la section du statut.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Le paragraphe 69.3(1) prévoit entre autres que, lors de la présentation d'une demande conformément à l'article 69.2, la section du statut de réfugié tient une audience et, au cours de cette audience, «donne au ministre et [à l'intéressé] la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations». La défenderesse a le droit d'appeler des témoins et de produire des preuves pour réfuter l'allégation du ministre selon laquelle elle et Ekuban sont la même personne. C'est ce que l'article 69.3 autorise à faire. Il est logique que des preuves puissent être produites lorsqu'une décision est rendue selon le paragraphe 69.2(2), car autrement l'intéressé ne pourrait pas réfuter les nouvelles allégations du ministre. Ce serait un déni de justice naturelle que de ne pas l'autoriser à produire des preuves, et ce serait contrevenir au paragraphe 69.2(2) de la Loi. La section du statut n'a pas commis d'erreur en autorisant l'appel des témoins et la présentation des preuves.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, ss. 5, 10.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 69 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 59), 69.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 61), 69.3 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 62), 82.1 (as enacted *idem*, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 59), 69.2 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 61), 69.3 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, s. 62), 82.1 (édicte, *idem*, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, art. 5 (mod. par DORS/98-235, art. 7), 10 (mod., *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Bayat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1995), 96 F.T.R. 76 (F.C.T.D.); revd [1999] 4 F.C. 343; (1999), 2 Imm. L.R. (3d) 1; 246 N.R. 185 (C.A.); *Guruge v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 160 F.T.R. 297; 47 Imm. L.R. (2d) 213 (F.C.T.D.).

APPLICATION for leave and judicial review of the decision of the Immigration and Refugee Board, Appeal Division denying the Minister's application that it reconsider and vacate its determination that the respondent was a Convention refugee (*H. X. V. (Re)*, [1999] C.R.D.D. No. 301 (QL)). Application dismissed.

APPEARANCES:

Marshall E. Drukarsh for respondent.
Marcel R. Larouche for applicant.

SOLICITORS OF RECORD:

Green & Spiegel, Toronto, for respondent.
Deputy Attorney General of Canada for applicant.

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

[1] O'KEEFE J.: This is a notice of application for leave and judicial review brought pursuant to section 82.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the Act) of the decision of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (the Tribunal), dated November 10, 1999

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Bayat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1995), 96 F.T.R. 76 (C.F. 1^{re} inst.); inf. par [1999] 4 C.F. 343; (1999), 2 Imm. L.R. (3d) 1; 246 N.R. 185 (C.A.); *Guruge c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 160 F.T.R. 297; 47 Imm. L.R. (2d) 213 (C.F. 1^{re} inst.).

DEMANDE d'autorisation et de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande du ministre pour que soit réexaminée et annulée sa décision selon laquelle la défenderesse était une réfugiée au sens de la Convention (*H. X. V. (Re)*, [1999] D.S.S.R. n° 301 (QL)). Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Marshall E. Drukarsh pour la défenderesse.
Marcel R. Larouche pour le demandeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Green & Spiegel, Toronto, pour la défenderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

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

[1] LE JUGE O'KEEFE: Il s'agit d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire présentée en application de l'article 82.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la Loi), concernant la décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié

[[1999] C.R.D.D. No. 301 (QL)]. In its decision, the Refugee Division rejected the Minister's application to reconsider and vacate its determination of December 17, 1992 that the respondent is a Convention refugee.

[2] The applicant seeks an order in the nature of *certiorari* quashing the decision of the Tribunal pursuant to section 82.1 of the Act and section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, an order directing that the matter be reheard and redetermined by the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board with such direction as the Court deems appropriate, and such further and other relief as counsel may advise and the Honourable Court may deem just.

Background Facts

[3] The respondent, Anita Nana Yaa Acheampong (she states she is wrongly named as Anita Bonsu Ekuban in the application) was determined to be a Convention refugee on December 17, 1992. On February 3, 1998, with the consent of the Chairperson of the Immigration and Refugee Board, the Minister made an application to the Refugee Division to reconsider and vacate its determination that the respondent is a Convention refugee.

[4] The Minister alleged the respondent misled the Board by fraudulent means, misrepresentation, suppression and concealment of material facts as follows:

. . . that in her PIF dated 10 September 1991 she indicated that she was arrested and then mistreated while in detention. As indicated in the reasons of the CRDD, the arrest and detention took place in July 1991. This and further details of this mistreatment are given in exhibit A. Based on the evidence compiled in Exhibit C, the details of her alleged persecution in Ghana in July 1991 are considered to be false. [Exhibit B]

The Minister alleged Anita Nana Yaa Acheampong and Anita Bonsu Ekuban are one and the same person and as such, Acheampong could not have been

(le tribunal) en date du 10 novembre 1999 [[1999] D.S.S.R. n° 301 (QL)]. Dans sa décision, la section du statut de réfugié rejetait la demande du ministre pour que soit réexaminée et annulée sa décision du 17 décembre 1992 selon laquelle la défenderesse est une réfugiée au sens de la Convention.

[2] Le demandeur sollicite une ordonnance de la nature d'un *certiorari* cassant la décision du tribunal, conformément à l'article 82.1 de la Loi et à l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, une ordonnance enjoignant à la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'instruire et de décider l'affaire de nouveau en respectant les directives que la Cour jugera à propos, enfin toute autre réparation que les avocats recommanderont et que la Cour jugera adéquate.

Contexte

[3] La défenderesse, Anita Nana Yaa Acheampong (elle dit qu'elle est erronément appelée Anita Bonsu Ekuban dans la demande) a été déclarée réfugiée au sens de la Convention le 17 décembre 1992. Le 3 février 1998, avec l'assentiment du président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, le ministre a demandé à la section du statut de réfugié de réexaminer et d'annuler sa conclusion selon laquelle la défenderesse est une réfugiée au sens de la Convention.

[4] Selon le ministre, la défenderesse a trompé la Commission par des moyens frauduleux, par de fausses indications, ainsi que par la suppression et la dissimulation de faits importants, comme il suit:

[TRADUCTION] [. . .] que, dans son FRP en date du 10 septembre 1991, elle mentionnait qu'elle avait été arrêtée, puis maltraitée durant sa détention. Comme il est indiqué dans les motifs de la SSR, l'arrestation et la détention ont eu lieu en juillet 1991. Ce fait, ainsi que d'autres détails concernant ces mauvais traitements, figurent dans la pièce A. Eu égard à la preuve figurant dans la pièce C, les détails de sa prétendue persécution au Ghana en juillet 1991 sont considérés comme faux. [Pièce B]

Le ministre a affirmé qu'Anita Nana Yaa Acheampong et Anita Bonsu Ekuban sont une seule et même personne et que par conséquent Acheampong

arrested, detained and mistreated in Ghana in July 1991, given that Ekuban entered Canada as a foreign student in May 1990.

[5] The application was heard before a three-member panel of the Refugee Division on November 8, 1999. At the hearing, the respondent introduced written and oral evidence from witnesses to support her claim that she and Ekuban were two different people. The Refugee Division rejected the Minister's application on November 16, 1999. Written reasons for the decision were given February 17, 2000 (the cover page on the reasons, however, indicates that the decision was made on November 10, 1999). The following are the relevant portions of the reasons for the purposes of this application [at paragraphs 9, 16 and 22]:

The panel disagrees. The MC is correct that generally new evidence is not admissible on an application to vacate. The purpose of this hearing is certainly not the re-hearing of the original refugee claim. However, it is the respondent's identity which is being challenged at this hearing, and the respondent has a right to present evidence, both oral and written, to rebut the applicant's assertion of fraud or misrepresentation regarding her identity. Furthermore, the panel notes that the PIF states that the respondent attended university in Ghana. It is not apparent to the panel, as was submitted by the MC, that the respondent was trying to "conceal" information from the original panel. Furthermore it appears that the PIF was completed in September 1991 without the benefit of counsel.

...

Counsel for the respondent submitted that if the panel has no jurisdiction to hear evidence regarding identify [*sic*], then the hearing would be an "empty exercise" and moot. The panel agrees. As mentioned above, the panel is of the view that the respondent has a right to present evidence to rebut the applicant's assertion of fraud or misrepresentation regarding her identity.

...

The panel agrees with counsel for the respondent that the applicant's case is based principally on speculation. Having considered all the evidence before us, including the identity

n'a pu être arrêtée, détenue et maltraitée au Ghana en juillet 1991, puisqu'Ekuban est entrée au Canada en tant qu'étudiante étrangère en mai 1990.

[5] La demande d'annulation a été entendue par une formation de trois membres de la section du statut de réfugié le 8 novembre 1999. Lors de l'audience, la défenderesse a présenté des preuves écrites et fait comparaître des témoins au soutien de son affirmation selon laquelle elle-même et Ekuban étaient deux personnes différentes. La section du statut de réfugié a rejeté la demande du ministre le 16 novembre 1999. Les motifs écrits de la décision ont été donnés le 17 février 2000 (selon la page couverture des motifs cependant, la décision aurait été rendue le 10 novembre 1999). Les parties pertinentes des motifs aux fins de la présente demande sont les suivantes [aux paragraphes 9, 16 et 22]:

Le tribunal n'est pas d'accord. Le conseil du ministre a raison quand il dit que généralement de nouveaux éléments de preuve ne sont pas admissibles lorsqu'il s'agit d'une demande d'annulation. Le but de cette audience n'est certainement pas de procéder à une nouvelle audience relativement à la revendication initiale du statut de réfugié présentée par l'intimée. Cependant, c'est l'identité de l'intimée qui est remise en question à cette audience et l'intimée a le droit de présenter une preuve écrite ou orale afin de réfuter l'allégation du requérant concernant la fraude ou la déclaration erronée sur son identité. De plus, le tribunal remarque qu'il est indiqué sur le FRP de l'intimée qu'elle a fréquenté l'université au Ghana. Comme l'a fait remarquer le conseil du ministre, pour le tribunal, il n'est pas évident que l'intimée ait essayé de «dissimuler» de l'information au tribunal lors de la première audience. Enfin, le FRP aurait apparemment été rempli en septembre 1991 sans que l'intimée n'ait pu bénéficier des services d'un conseil.

[. . .]

Le conseil de l'intimée a allégué que, si le tribunal n'a pas la compétence pour entendre la preuve relativement à l'identité, l'audience constitue une «démarche inutile» et n'a pas de raison d'être. Le tribunal est d'accord sur ce point. Comme il a été mentionné plus haut, le tribunal est d'opinion que l'intimée a le droit de présenter une preuve pour réfuter l'allégation du requérant qui prétend que l'intimée a eu recours à la fraude ou qu'elle a fait une déclaration erronée en ce qui concerne son identité.

[. . .]

Le tribunal est du même avis que le conseil de l'intimée, c'est-à-dire que la présente affaire est fondée principalement sur des hypothèses. Après avoir analysé la preuve soumise

documents, the various statutory declarations, the sworn testimony of the two witnesses and the respondent, the panel is of the view that the applicant has not established that the respondent is one and the same person as Anita Ekuban. The applicant has not met the onus of establishing that the respondent's positive determination was obtained by fraudulent means or misrepresentation, suppression or concealment of any material fact, whether exercised or made by that person or any other person.

Applicant's Submissions

[6] The applicant states the issues as follows:

1. The vacation Board erred in law, breached the principles of fundamental justice and exceeded its jurisdiction by permitting the introduction of new evidence not considered by the original CRDD panel.

2. The vacation Board erred in law in permitting the introduction of witnesses without prior notification to the Minister's hearing officer.

[7] The applicant submits that the Federal Court of Appeal in *Bayat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 4 F.C. 343 (Robertson J.A. dissenting) recognized that the jurisdiction of the Board to reconsider a determination that an individual was a Convention refugee includes the jurisdiction to reverse that determination.

[8] The applicant further argues this Court has consistently held that a hearing into the reconsideration and vacation of a determination that an individual is a Convention refugee is not a fresh hearing into his/her claim to Convention refugee status, and is limited to consideration of the evidence that was before the original Board. The decision of Justice Richard (as he then was) in *Bayat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 96 F.T.R. 76 (F.C.T.D.); revd [1999] 4 F.C. 343 (C.A.) (Robertson

au tribunal, y compris les différentes déclarations sous serment ainsi que le témoignage sous serment des deux témoins et de l'intimée, le tribunal en vient à la conclusion que le requérant n'a pas démontré que l'intimée est la même personne que Anita Ekuban. Le requérant n'a pas réussi à prouver, comme il devait de le faire, que la reconnaissance du statut de réfugiée accordée à l'intimée a été obtenue à la suite du recours à des moyens frauduleux, de la présentation d'une déclaration erronée ou de la suppression ou de la dissimulation d'un fait, par cette personne ou toute autre personne.

Conclusions du demandeur

[6] Le demandeur décrit ainsi les points en litige:

1. La formation de la section du statut de réfugié qui a entendu la demande d'annulation (la nouvelle formation de la SSR) a commis une erreur de droit, contrevenu aux principes de la justice fondamentale et outrepassé sa compétence en autorisant la production de nouveaux éléments de preuve non pris en compte par la formation initiale de la SSR.

2. La nouvelle formation de la SSR a commis une erreur de droit en autorisant la production de témoins sans que l'agent d'audience du ministre en soit informé au préalable.

[7] Le demandeur avance que la Cour d'appel fédérale a reconnu, dans l'arrêt *Bayat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 4 C.F. 343, (dissidence du juge Robertson), que le pouvoir de la Commission de revoir une décision attribuant à une personne le statut de réfugié au sens de la Convention englobe le pouvoir d'infirmer une telle décision.

[8] Le demandeur soutient aussi que la Cour a toujours jugé qu'une audience portant sur le réexamen et l'annulation d'une décision qui confère à une personne le statut de réfugié au sens de la Convention n'est pas une nouvelle audience portant sur la revendication du statut de réfugié faite par cette personne et qu'elle se limite à l'examen des preuves dont disposait déjà la formation initiale. La décision du juge Richard (maintenant juge en chef) dans l'affaire *Bayat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra-*

J.A. dissenting) is offered to support the applicant's position that the "other sufficient evidence" referred to in subsection 69.3(5) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the Act is evidence that was actually before the previous panel. The applicant submits the decision of Justice Richard was not overturned on this point.

[9] Furthermore, the applicant submits the decision of Justice Rothstein (as he then was) in *Guruge v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 160 F.T.R. 297 (F.C.T.D.) to support the above-mentioned finding in *Bayat, supra*, that new evidence in support of a Convention refugee determination is not contemplated by subsection 69.3(5) of the Act.

[10] The applicant argues the documentation at the original hearing did not contain much evidence with respect to the respondent's identity and that the original Board was satisfied as to the respondent's identity. There was no particular reason to doubt that the respondent was who she said she was at that time.

[11] The vacation Board permitted the introduction of evidence that was not before the original Board and found that the respondent could have been determined to be a Convention refugee. The Board permitted witnesses to testify without sufficient notice to the Minister's representative. Of greater concern to the applicant is that the vacation Board permitted evidence on the respondent's identity which went to the core of her Convention refugee claim, when she never mentioned her dual identities at her original hearing. The end result, in the applicant's submission, is that the Minister in the original Convention refugee determination was precluded from verifying any link between the Ekuban and Acheampong identities, and further inquiries by immigration officials were foreclosed or averted.

tion) (1995), 96 F.T.R. 76 (C.F. 1^{re} inst.); infirmée par [1999] 4 C.F. 343 (C.A.) (avec dissidence du juge Robertson), est invoquée au soutien de la position du demandeur selon laquelle les éléments suffisants restants dont parle le paragraphe 69.3(5) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] de la Loi sont des éléments dont disposait la formation initiale. Selon le demandeur, ce n'est pas là l'aspect sur lequel le jugement du juge Richard a été infirmé.

[9] Par ailleurs, le demandeur invoque le jugement du juge Rothstein (maintenant juge à la Cour d'appel) dans l'affaire *Guruge c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 160 F.T.R. 297 (C.F. 1^{re} inst.) au soutien de la conclusion tirée dans l'arrêt *Bayat*, précité, selon laquelle le paragraphe 69.3(5) de la Loi n'autorise pas la production de nouvelles preuves à l'appui d'une revendication du statut de réfugié.

[10] Le demandeur affirme que les documents produits lors de l'audience initiale renfermaient peu d'éléments de preuve concernant l'identité de la défenderesse et que la formation initiale de la SSR avait été satisfaite de l'identité de la défenderesse. Il n'y avait à l'époque aucune raison particulière de douter que la défenderesse fût celle qu'elle disait être.

[11] La nouvelle formation de la SSR a autorisé la production d'éléments de preuve dont ne disposait pas la formation initiale, et elle a jugé que la défenderesse aurait pu être déclarée réfugiée au sens de la Convention. Elle a autorisé des témoins à déposer, sans qu'un avis suffisant ne soit signifié au représentant du ministre. Et ce qui préoccupe encore davantage le demandeur, c'est que la nouvelle formation de la SSR a autorisé la production de preuves concernant l'identité de la défenderesse, des preuves qui allaient au cœur même de sa revendication du statut de réfugié, alors qu'elle n'avait jamais fait état de sa double identité lors de l'audience initiale. Le résultat, de l'avis du demandeur, c'est que le ministre a été empêché, à l'audience initiale, de vérifier le lien possible entre l'identité Ekuban et l'identité Acheampong, puisque les agents de l'immigration n'avaient alors aucune raison d'enquêter.

[12] The applicant argues that if Ms. Ekuban had been in Canada since May 1990, and if Ekuban and Acheampong are the same person, Acheampong's claim of difficulties in Ghana subsequent to May 1990 could not possibly be true. By the respondent's own admission of the use of the Ekuban identity, she showed that she was not in Ghana at material times relevant to her refugee claim. Consequently, the applicant submits this puts into question whether she is truly a Convention refugee. The original Board was entirely precluded from knowing as the respondent deliberately withheld information. The applicant submits the vacation Board's determination effectively encourages applicants to withhold information in an attempt to conceal their multiple identities, and perhaps conceal their criminal or terrorist activities under another name.

Respondent's Submissions

[13] The respondent submits the following issues:

A. Is the application a nullity as it fails to identify the decision to be reviewed?

The respondent argues the Minister "seeks leave of the Court to commence an Application for Judicial Review of the decision of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board." As the respondent's hearing took place before the CRDD, the applicant is therefore applying for judicial review of a decision which was not made.

B. Is the application a nullity as the remedy requested is not available at law?

The respondent submits the applicant seeks "[a]n order directing that the matter be reheard and redetermined by the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board with such further direction as the court deems appropriate." The only tribunal with authority to hear an application to vacate is the Refugee Division and the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board has no jurisdiction to hear a vacation application. Thus, relief which is not

[12] Le demandeur affirme que, si M^{me} Ekuban était au Canada depuis mai 1990, et si Ekuban et Acheampong sont la même personne, alors les difficultés qu'Acheampong affirme avoir connues au Ghana après mai 1990 ne sauraient être vraies. En reconnaissant s'être servie de l'identité Ekuban, la défenderesse a prouvé qu'elle n'était pas au Ghana durant les périodes se rapportant à sa revendication du statut de réfugié. Par conséquent, selon le demandeur, on peut alors douter qu'elle soit véritablement une réfugiée au sens de la Convention. Il était complètement impossible à la formation initiale de la SSR de le savoir étant donné que la défenderesse a délibérément caché des renseignements. Selon le demandeur, la décision de la nouvelle formation de la SSR encourage tout simplement les revendicateurs du statut à dissimuler des renseignements, dans le dessein de masquer des identités multiples, voire des activités criminelles ou terroristes, par l'utilisation d'un pseudonyme.

Conclusions de la défenderesse

[13] La défenderesse fait valoir les points suivants:

A. La demande est-elle nulle faute de préciser la décision à contrôler?

La défenderesse fait valoir que le ministre [TRADUCTION] «voudrait que la Cour l'autorise à introduire une demande de contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié». Comme l'audience de la défenderesse s'est déroulée devant la SSR, le demandeur sollicite donc le contrôle judiciaire d'une décision qui n'a pas été rendue.

B. La demande est-elle nulle parce que la réparation demandée n'existe pas en droit?

La défenderesse affirme que le demandeur voudrait [TRADUCTION] «une ordonnance enjoignant à la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'instruire et de décider l'affaire de nouveau en respectant les directives que la Cour jugera à propos». Le seul tribunal investi du pouvoir d'entendre une demande d'annulation est la section du statut de réfugié, et la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié n'a pas

available at law is sought by the applicant.

C. Should the application be dismissed for failure to comply with the requirements set out by paragraphs 5(1)(c) and (e) of the *Federal Court Immigration Rules, 1993* [SOR/93-22] (the Rules)?

The respondent submits the applicant did not comply with paragraph 5(1)(c) by failing to indicate the name of the tribunal, and by failing to indicate the name of each person who was on the tribunal as the CRDD panel at the vacation hearing was constituted by more than one person. The respondent further submits that by failing to indicate the precise relief to be sought (by requesting a remedy that does not exist), the applicant did not comply with paragraph 5(1)(e).

D. Should the applicant's application be dismissed for failure to comply with the requirements set out by section 10 of the Rules?

The respondent submits that the applicant failed to comply with Justice Campbell's order to file a notice of application and application record within 14 days. As well, the respondent states that the applicant was in breach of Rule 10 of the *Federal Court Immigration Rules, 1993* as no record was filed.

[14] The respondent argues the vacation hearing was premised on an allegation of misrepresentation. The applicant offered its new evidence in support of its application for vacation in the form of its application record, which was not available to the original panel. The respondent submits that it is for the purposes of this determination that subsection 69.3(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the Act establishes that the Refugee Division "shall" afford the Minister "and the person who is subject of the application" a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations.

[15] The Minister's representative at the vacation hearing, according to the respondent, acknowledged

compétence pour entendre une demande d'annulation. Le demandeur sollicite donc une réparation qui n'existe pas en droit.

C. La demande devrait-elle être rejetée pour inobservation des exigences prévues par les alinéas 5(1)c) et e) des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration* [DORS/93-22] (les Règles)?

La défenderesse affirme que le demandeur ne s'est pas conformé à l'alinéa 5(1)c) parce qu'il n'a pas indiqué le nom du tribunal et le nom de chaque membre qui siégeait au tribunal étant donné que la nouvelle formation de la SSR chargée d'entendre la demande d'annulation comprenait plus d'une personne. La défenderesse affirme aussi qu'en n'indiquant pas la réparation précise recherchée (en demandant une réparation qui n'existe pas), le demandeur ne s'est pas conformé à l'alinéa 5(1)e).

D. La demande devrait-elle être rejetée pour inobservation des exigences prévues par l'article 10 [mod. par DORS/98-235, art. 7] des Règles?

La défenderesse avance que le demandeur ne s'est pas conformé à l'ordonnance du juge Campbell qui lui enjoignait de déposer un avis de demande et un dossier de demande dans un délai de 14 jours. La défenderesse affirme aussi que le demandeur a contrevenu à l'article 10 des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration*, puisqu'aucun dossier n'a été produit.

[14] La défenderesse soutient que l'audition de la demande d'annulation avait pour fondement une allégation de fausse indication. Le demandeur a produit ses preuves nouvelles, au soutien de sa demande d'annulation, sous la forme de son dossier de demande, dossier dont ne disposait pas la formation initiale. Selon la défenderesse, c'est aux fins de cette décision que le paragraphe 69.3(1) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] de la Loi prévoit que la section du statut de réfugié donne au ministre «et à l'intéressé» la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations.

[15] Selon la défenderesse, le représentant du ministre a reconnu, durant l'audition de la demande

that the panel was allowed to use the evidence in Exhibit C-1 in order to determine whether there was a misrepresentation, but not for a determination under section 69.3 [as enacted *idem*; S.C. 1992, c. 49, s. 62] of the Act with respect to the merits of the file.

[16] The respondent submits she did not seek to introduce new evidence so she could be found to be a Convention refugee. She argues that the evidence introduced during the vacation hearing was a direct response to the evidence introduced by the Minister. This evidence was not used to find new grounds for her refugee claim, but used to rebut evidence with regard to her identity.

[17] The respondent argues the decisions of *Bayat* and *Guruge*, *supra*, stand for the proposition that where a misrepresentation has been established in fact, the introduction of new evidence to find new grounds for the Convention refugee claim should not be allowed.

[18] Section 69 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 59] of the Act and the decisions of *Bayat* and *Guruge*, *supra*, do not and could not, in the respondent's submission, possibly sanction a blanket prohibition against the introduction of any evidence by the respondent at her vacation hearing. A proper interpretation of the Act and these cases permits the inclusion of new evidence used to rebut the allegations that a respondent misrepresented his or her identity at the original hearing. The respondent submits the CRDD only permitted the introduction of new evidence not considered by the original panel of the Immigration Refugee Board for these purposes.

Issues

[19] The following are the issues:

1. What standard of review should be applied?
2. Is the application a nullity as it fails to identify the decision to be reviewed?

d'annulation, que la formation, que cette formation pouvait se servir de la pièce C-1 pour dire s'il y avait eu fausse indication, mais non pour décider au fond selon l'article 69.3 [édicte, *idem*; L.C. 1992, ch. 49, art. 62] de la Loi.

[16] La défenderesse affirme qu'elle n'a pas cherché à produire des preuves nouvelles de manière à pouvoir être déclarée réfugiée au sens de la Convention. Elle soutient que les preuves produites durant l'audition de la demande d'annulation constituaient une réponse directe aux preuves produites par le ministre. Ces preuves n'ont pas servi à donner de nouvelles bases à sa revendication du statut de réfugié, mais plutôt à réfuter les preuves se rapportant à son identité.

[17] La défenderesse soutient que les précédents *Bayat* et *Guruge*, précités, autorisent la proposition selon laquelle, lorsqu'il a été établi qu'il y a eu fausse indication, la production de nouvelles preuves en vue de donner de nouvelles bases à la revendication du statut de réfugié ne devrait pas être autorisée.

[18] Selon la défenderesse, l'article 69 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 59] de la Loi et les précédents *Bayat* et *Guruge*, précités, ne prononcent pas ni ne sauraient prononcer le moindre interdit contre la production de preuves par la défenderesse durant l'audition de la demande d'annulation. Une bonne interprétation de la Loi et de ces précédents permet de considérer comme recevables les preuves nouvelles servant à réfuter l'affirmation selon laquelle un revendicateur a donné de fausses indications sur son identité à l'audience initiale. Selon la défenderesse, ce n'est qu'à cette fin que la SSR a autorisé la production de preuves nouvelles non prises en compte par la formation initiale de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

Points en litige

[19] Les points en litige sont les suivants:

1. Quelle norme de contrôle devrait être appliquée?
2. La demande est-elle nulle faute de préciser la décision à contrôler?

3. Is the application a nullity as the remedy requested is not available at law?

4. Should the application be dismissed for failure to comply with the requirements set out by paragraphs 5(1)(c) and (e) of the *Federal Court Immigration Rules, 1993*?

5. Should the application be dismissed for failure to comply with the requirements set out by Rule 10 of the *Federal Court Immigration Rules, 1993*?

6. The vacation Board erred in law in permitting the introduction of witnesses without prior notification to the Minister's hearing officer.

7. The vacation Board erred in law, breached the principles of fundamental justice and exceeded its jurisdiction by permitting the introduction of new evidence not considered by the original CRDD panel.

Relevant Statutory Provisions

[20] The relevant sections of the *Immigration Act* state [section 69.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 61)]:

69.2 (1) The Minister may make an application to the Refugee Division for a determination whether any person who was determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee has ceased to be a Convention refugee.

(2) The Minister may, with leave of the Chairperson, make an application to the Refugee Division to reconsider and vacate any determination made under this Act or the regulations that a person is a Convention refugee on the ground that the determination was obtained by fraudulent means or misrepresentation, suppression or concealment of any material fact, whether exercised or made by that person or any other person.

(3) An application to the Chairperson for leave to apply to the Refugee Division under subsection (2) shall be made *ex parte* and in writing and the Chairperson may grant that leave if the Chairperson is satisfied that evidence exists that, if it had been known to the Refugee Division, could have resulted in a different determination.

(4) An application to the Refugee Division under this section shall be instituted by filing, in the manner and form

3. La demande est-elle nulle parce que la réparation demandée n'existe pas en droit?

4. La demande devrait-elle être rejetée pour inobservation des exigences prévues par les alinéas 5(1)c) et e) des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration*?

5. La demande devrait-elle être rejetée pour inobservation des exigences prévues par l'article 10 des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration*?

6. La nouvelle formation de la SSR a commis une erreur de droit en autorisant la production de témoins sans que l'agent d'audience du ministre en soit informé au préalable.

7. La nouvelle formation de la SSR a commis une erreur de droit, contrevenu aux principes de justice fondamentale et outrepassé sa compétence en autorisant la production de nouvelles preuves non prises en compte par la formation initiale de la SSR.

Dispositions légales applicables

[20] Les articles pertinents de la *Loi sur l'immigration* sont les suivants [article 69.2 édicté par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18]]:

69.2 (1) Le ministre peut, par avis, demander à la section du statut de déterminer s'il y a ou non perte du statut de réfugié au sens de la Convention par une personne qui s'est vu reconnaître ce statut aux termes de la présente loi ou de ses règlements.

(2) Avec l'autorisation du président, le ministre peut, par avis, demander à la section du statut de réexaminer la question de la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention accordée en application de la présente loi ou de ses règlements et d'annuler cette reconnaissance, au motif qu'elle a été obtenue par des moyens frauduleux, par une fausse indication sur un fait important ou par la suppression ou la dissimulation d'un fait important, même si ces agissements sont le fait d'un tiers.

(3) L'autorisation requise dans le cadre du paragraphe (2) se demande par écrit et *ex parte*; le président peut l'accorder s'il est convaincu qu'il existe des éléments de preuve qui, portés à la connaissance de la section du statut, auraient pu modifier la décision.

(4) Les avis mentionnés dans le présent article sont déposés auprès de la section du statut selon les modalités

prescribed by the rules of the Board, a notice of application with the Refugee Division.

(5) Where a notice of application is filed with the Refugee Division pursuant to subsection (4), the Minister shall forthwith send a copy of the notice to the person who is the subject of the application.

69.3 (1) Where an application to the Refugee Division is made under section 69.2, the Refugee Division shall conduct a hearing into the application, after having notified the Minister and the person who is the subject of the application of the time and place set for the hearing, and shall afford the Minister and that person a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations.

(2) If the Minister's counsel or agent fails to appear at the time and place set by the Refugee Division for the hearing into the application or, in the opinion of the Division, is otherwise in default in the prosecution of the application, the Division may, after giving the Minister a reasonable opportunity to be heard, declare the application to have been abandoned.

(3) Three members constitute a quorum of the Refugee Division for the purposes of a hearing under this section.

(4) The Refugee Division shall approve or reject the application and shall render its decision as soon as possible after completion of the hearing and send a written notice of the decision to the Minister and the person who is the subject of the application.

(5) The Refugee Division may reject an application under subsection 69.2(2) that is otherwise established if it is of the opinion that, notwithstanding that the determination was obtained by fraudulent means or misrepresentation, suppression or concealment of any material fact, there was other sufficient evidence on which the determination was or could have been based.

(6) In the event of a split decision, the decision of the majority of the members hearing the application shall be deemed to be the decision of the Refugee Division.

(7) The Refugee Division may give written reasons for its decision on an application, except that

(a) if the decision is against the person who is the subject of the application, the Division shall, with the written notice of the decision referred to in subsection (4), give written reasons with the decision; and

(b) if the Minister or the person who is the subject of the application requests written reasons within ten days after the day on which the Minister or person is notified of the decision, the Division shall forthwith give written reasons.

fixées par les règles de la Commission.

(5) Le ministre envoie sans délai un double de l'avis déposé aux termes du paragraphe (4) à l'intéressé.

69.3 (1) Dans les cas visés à l'article 69.2, la section du statut procède à l'examen de la demande par une audience dont elle communique au ministre et à l'intéressé les date, heure et lieu et au cours de laquelle elle leur donne la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations.

(2) Faute pour l'avocat ou le mandataire du ministre de comparaître aux date, heure et lieu fixés pour l'audience, ou si elle estime qu'il y a défaut par ailleurs de sa part dans la poursuite de l'affaire, la section du statut peut, après avoir donné au ministre la possibilité de se faire entendre, conclure au désistement.

(3) Le quorum de la section du statut lors d'une audience tenue dans le cadre du présent article est constitué de trois membres.

(4) La section du statut accepte ou rejette la demande le plus tôt possible après l'audience et notifie sa décision, par écrit, au ministre et à l'intéressé.

(5) La section du statut peut rejeter toute demande bien fondée au regard de l'un des motifs visés au paragraphe 69.2(2) si elle estime par ailleurs qu'il reste suffisamment d'éléments justifiant la reconnaissance du statut.

(6) En cas de partage, la décision de la majorité des membres qui entendent la demande vaut décision de la section du statut.

(7) La section du statut n'est tenue de motiver par écrit sa décision que dans les cas suivants:

a) la décision est défavorable à l'intéressé, auquel cas la transmission des motifs se fait avec sa notification;

b) le ministre ou l'intéressé le demande dans les dix jours suivant la notification, auquel cas la transmission des motifs se fait sans délai.

[21] The relevant sections of the *Federal Court Immigration Rules, 1993* state:

5. (1) An application shall be in accordance with Form IR-1 as set out in the schedule and shall set out

- (a) the full names of the parties;
- (b) the date and details of the decision, order or other matter in respect of which relief is sought;
- (c) the name of the tribunal and, if the tribunal was composed of more than one person, the name of each person who was on the tribunal;
- (d) the tribunal's file number, if any;
- (e) the precise relief to be sought on the application for judicial review;
- (f) the grounds on which the relief is sought, including a reference to any statutory provision or Rule to be relied on;
- (g) the proposed place and language of the hearing of the application for judicial review;
- (h) whether or not the applicant has received the written reasons of the tribunal; and
- (i) the signature, name, address and telephone number of the individual solicitor filing the application, or where the applicant acts in person, his or her signature, name, address for service in Canada, and telephone number.

(2) Unless the Minister is the applicant, the Minister shall be a respondent in an application.

. . .

10. (1) The applicant shall perfect an application for leave by complying with subrule (2)

- (a) where the application sets out that the applicant has received the tribunal's written reasons, within 30 days after filing the application; or
- (b) where the application sets out that the applicant has not received the tribunal's written reasons, within 30 days after receiving either the written reasons, or the notice under paragraph 9(2)(b), as the case may be.

(2) The applicant shall serve on every respondent who has filed and served a notice of appearance, a record containing the following, on consecutively numbered pages, and in the following order

[21] Les articles pertinents des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration* sont les suivants:

5. (1) La demande se fait selon la formule IR-1 figurant à l'annexe et indique ce qui suit:

- a) les nom et prénoms des parties;
- b) la date et les détails de la décision, de l'ordonnance, de la mesure ou de la question à laquelle se rapporte le redressement recherché;
- c) l'appellation du tribunal administratif et, si celui-ci était composé de plusieurs personnes, le nom de chacune d'elles;
- d) le numéro du dossier du tribunal administratif, le cas échéant;
- e) le redressement expressément recherché par la demande de contrôle judiciaire;
- f) les motifs qui justifient le redressement recherché, y compris la mention de tout texte de loi ou règle invoqué à l'appui;
- g) le lieu et la langue proposés pour l'audition de la demande de contrôle judiciaire;
- h) le fait que le demandeur a reçu ou non les motifs écrits du tribunal administratif;
- i) la signature, le nom, l'adresse et le numéro de téléphone de l'avocat qui dépose la demande ou, dans le cas où le demandeur agit pour son propre compte, sa signature, son nom, son adresse aux fins de signification au Canada et son numéro de téléphone.

(2) Sauf dans le cas où il est lui-même le demandeur, le ministre est le défendeur dans toute demande.

[. . .]

10. (1) Le demandeur met sa demande d'autorisation en état en se conformant au paragraphe (2):

- a) s'il indique dans sa demande qu'il a reçu les motifs écrits du tribunal administratif, dans les 30 jours suivant le dépôt de sa demande;
- b) s'il indique dans sa demande qu'il n'a pas reçu les motifs écrits du tribunal administratif, dans les 30 jours suivant la réception soit de ces motifs, soit de l'avis envoyé par le tribunal administratif en application de l'alinéa 9(2)(b).

(2) Le demandeur signifie à chacun des défendeurs qui a déposé et signifié un avis de comparution un dossier composé des pièces suivantes, disposées dans l'ordre suivant sur des pages numérotées consécutivement:

(a) the application for leave,

(b) the decision or order, if any, in respect of which the application is made,

(c) the written reasons given by the tribunal, or the notice under paragraph 9(2)(b), as the case may be,

(d) one or more supporting affidavits verifying the facts relied on by the applicant in support of the application, and

(e) a memorandum of argument which shall set out concise written submissions of the facts and law relied upon by the applicant for the relief proposed should leave be granted,

and file it, together with proof of service.

[22] Issue 1

What standard of review should be applied?

I am of the opinion that decisions of the Immigration and Refugee Board (Refugee Division) should be reviewed on a standard of reasonableness *simpliciter* except where questions of law are being decided and then the standard is correctness.

[23] Issue 2

Is the application a nullity as it fails to identify the decision to be reviewed?

The application states that the decision to be reviewed is the November 16, 1999 decision of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board when in fact, it should have been the November 16, 1999 decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board. As the decision was identified by date I am not prepared to rule that the application is a nullity.

[24] Issue 3

Is the application a nullity as the remedy requested is not available at law?

a) la demande d'autorisation,

b) la décision, l'ordonnance ou la mesure, s'il y a lieu, visée par la demande,

c) les motifs écrits donnés par le tribunal administratif ou l'avis prévu à l'alinéa 9(2)(b), selon le cas,

d) un ou plusieurs affidavits établissant les faits invoqués à l'appui de sa demande,

e) un mémoire énonçant succinctement les faits et les règles de droit invoqués par le demandeur à l'appui du redressement envisagé au cas où l'autorisation serait accordée,

et le dépose avec la preuve de la signification.

[22] Point n° 1

Quelle norme de contrôle devrait être appliquée?

Je suis d'avis que les décisions de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (section du statut de réfugié) devraient être contrôlées selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter* déraisonnable, sauf lorsqu'il s'agit de résoudre des questions de droit, auquel cas la norme est celle de la décision correcte.

[23] Point n° 2

La demande est-elle nulle faute de préciser la décision à contrôler?

La demande indique que la décision à contrôler est la décision rendue le 16 novembre 1999 par la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, alors qu'en réalité il aurait dû s'agir de la décision rendue le 16 novembre 1999 par la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Puisque la décision est désignée par la date à laquelle elle a été rendue, je ne suis pas disposé à dire que la demande est nulle.

[24] Point n° 3

La demande est-elle nulle parce que la réparation demandée n'existe pas en droit?

The application is not a nullity because one of the heads of relief as pleaded cannot be granted. The Court could simply refuse to grant that relief or could allow the applicant to correct the name of the tribunal.

[25] Issue 4

Should the application be dismissed for failure to comply with the requirements set out by paragraphs 5(1)(c) and (e) of the *Federal Court Immigration Rules, 1993*?

Although the applicant failed to comply with paragraphs 5(1)(c) and (e), this is not fatal to the application. The names of the tribunal and its members would be on the decision when reviewed.

[26] Issue 5

Should the application be dismissed for failure to comply with the requirements set out by Rule 10 of the *Federal Court Immigration Rules, 1993*?

A perusal of the file indicates the presence of affidavits of service showing that Rule 10 was complied with.

[27] Issue 6

The vacation Board erred in law in permitting the introduction of witnesses without prior notification to the Minister's hearing officer.

I am of the opinion that the vacation Board did not err in law in permitting the introduction of witnesses without prior notification to the Minister's hearing officer. If the applicant was caught by surprise, then she could have asked for an adjournment.

[28] Issue 7

The vacation Board erred in law, breached the principles of fundamental justice and exceeded its

La demande n'est pas nulle parce que l'un des chefs de la réparation demandée ne peut être accordé. La Cour pourrait simplement refuser d'accorder cette réparation ou pourrait autoriser le demandeur à rectifier l'appellation du tribunal.

[25] Point n° 4

La demande devrait-elle être rejetée pour inobservation des exigences prévues par les alinéas 5(1)c) et e) des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration*?

Le demandeur ne s'est pas conformé aux alinéas 5(1)c) et e), mais cela ne porte pas atteinte à la demande. L'appellation du tribunal et les noms de ses membres apparaîtraient sur la décision une fois celle-ci contrôlée.

[26] Point n° 5

La demande devrait-elle être rejetée pour inobservation des exigences prévues par la règle 10 des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration*?

Une lecture attentive du dossier indique la présence d'affidavits de signification qui montrent que la règle 10 a été observée.

[27] Point n° 6

La nouvelle formation de la SSR a commis une erreur de droit en autorisant la production de témoins sans que l'agent d'audience du ministre en soit informé au préalable.

Je suis d'avis que la nouvelle formation de la SSR n'a pas commis d'erreur de droit en autorisant la production de témoins sans que l'agent d'audience du ministre en soit informé au préalable. Si le demandeur a été pris au dépourvu, alors il pouvait demander un ajournement.

[28] Point n° 7

La nouvelle formation de la SSR a commis une erreur de droit, contrevenu aux principes de justice

jurisdiction by permitting the introduction of new evidence not considered by the original CRDD panel.

The Minister has made this application to reconsider and vacate the refugee status of the respondent pursuant to section 69.2 of the Act. The application under section 69.2 invokes the operation of subsection 69.3(1) of the Act and this section states in part that the Refugee Division shall conduct a hearing and at that hearing “shall afford the Minister and that person a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations.”

[29] In the present case, the Minister has alleged before the vacation Board that Anita Nana Yaa Acheampong and Anita Bonsu Ekuban are one and the same person. If this was accepted by the Board as being true, the respondent Acheampong would likely lose her refugee status as her PIF narrative could no longer be true.

[30] Surely if the Minister is trying to prove Acheampong and Ekuban are the same person, then the respondent Acheampong has a right to call witnesses and produce evidence to rebut this allegation. That is exactly what section 69.3 is designed to allow her to do. I would therefore hold that the vacation Board was correct in allowing the witnesses to be called and the evidence to be presented.

[31] The applicant urged upon me the decisions in *Bayat, supra*, reversed by the Federal Court of Appeal [1999] 4 F.C. 343, and *Guruge, supra*. In both the *Bayat* and *Guruge* decisions, the respondents agreed with the Minister’s statements that they had, in the *Bayat* (T.D.) case [at paragraph 2], “entered Canada under false identities and that their true identities and dates of birth were different from those provided to the visa officer” and in the *Guruge* case [at paragraph 1], that she “had misrepresented her identity and where she had been living”. In these cases, the Minister did not have to prove the misrepresentations and the courts were dealing with whether new evidence

fondamentale et outrepassé sa compétence en autorisant la production de nouvelles preuves non prises en compte par la formation initiale de la SSR.

Le ministre a présenté sa demande de réexamen et d’annulation du statut de réfugié de la défenderesse conformément à l’article 69.2 de la Loi. La demande entraîne l’application du paragraphe 69.3(1) de la Loi, disposition qui prévoit entre autres que la section du statut de réfugié tient une audience et, au cours de cette audience, «donne [au ministre et à l’intéressé] la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations».

[29] En l’espèce, le ministre a affirmé devant la nouvelle formation de la SSR qu’Anita Nana Yaa Acheampong et Anita Bonsu Ekuban étaient une seule et même personne. Si cette affirmation était reconnue comme véridique par la Commission, la défenderesse Acheampong perdrait probablement son statut de réfugié puisque la partie narrative de son FRP cesserait alors d’être vraie.

[30] À l’évidence, si le ministre tente de prouver qu’Acheampong et Ekuban sont la même personne, alors la défenderesse Acheampong a le droit d’appeler des témoins et de produire des preuves pour réfuter cette allégation. C’est exactement ce que l’article 69.3 l’autorise à faire. Je serais donc d’avis que la nouvelle formation de la SSR a eu raison de permettre que les témoins soient appelés et que les preuves soient produites.

[31] Le demandeur m’a pressé de considérer le précédent *Bayat*, précité, infirmé par la Cour d’appel fédérale [1999] 4 C.F. 343, et le précédent *Guruge*, précité. Dans l’affaire *Bayat* (1^{re} inst.), au paragraphe 2], les intéressés ont admis les déclarations du ministre selon lesquelles ils étaient «entrés au Canada sous de fausses identités» et ont reconnu «que leur véritable identité et leurs dates de naissance sont différentes de celles qu’ils ont fournies à l’agent des visas» et, dans l’affaire *Guruge* [au paragraphe 1], la défenderesse a admis qu’elle «avait mal représenté son identité et le lieu où elle vivait». Dans ces deux affaires, le ministre n’était pas tenu de prouver les fausses indications et la

could be called in a determination under subsection 69.3(5) of the Act. The courts ruled that new evidence could not be called in a determination under subsection 69.3(5) of the Act. The courts were not dealing with a determination pursuant to subsection 69.3(2) of the Act where, in my opinion, evidence can be called. It is only logical that evidence can be called when a determination is being made pursuant to subsection 69.3(2) because how else could the respondent rebut these new allegations. It would be a denial of natural justice not to allow such a respondent to call evidence and a breach of subsection 69.3(2) of the Act.

[32] I am of the opinion that the decision of the vacation Board was well reasoned and a correct decision.

[33] The application for judicial review is dismissed. In my opinion, the circumstances of the case do not support an award of costs to the respondent.

ORDER

[34] It is ordered that the application for judicial review is dismissed.

[35] And it is ordered that there shall be no award of costs to the respondent.

question qui se posait à la Cour fédérale était de savoir si des preuves nouvelles pouvaient être produites dans une décision selon le paragraphe 69.3(5) de la Loi. La Cour a jugé que des preuves nouvelles ne pouvaient être produites dans une décision selon le paragraphe 69.3(5) de la Loi. Elle n'avait pas affaire à une décision selon le paragraphe 69.2(2) de la Loi, où, à mon avis, des preuves peuvent être produites. Il n'est que logique que des preuves puissent être produites lorsqu'une décision est rendue selon le paragraphe 69.2(2) car comment l'intéressé pourrait-il autrement réfuter ces nouvelles allégations? Ce serait un déni de justice naturelle que de ne pas l'autoriser à produire des preuves, et ce serait contrevenir au paragraphe 69.2(2) de la Loi.

[32] Je suis d'avis que la décision de la nouvelle formation de la SSR était une décision correcte et raisonnée.

[33] La demande de contrôle judiciaire est rejetée. À mon avis, les circonstances de l'affaire ne justifient pas l'adjudication de dépens à la défenderesse.

ORDONNANCE

[34] La demande de contrôle judiciaire est rejetée.

[35] Il ne sera pas adjugé de dépens à la défenderesse.

A-356-00
2001 FCA 66

A-356-00
2001 CAF 66

United Grain Growers Limited (*Appellant*)

v.

Lang Michener (*Respondent*)

INDEXED AS: UNITED GRAIN GROWERS LTD. v. LANG MICHENER (C.A.)

Court of Appeal, Rothstein, Sexton and Malone JJ.A.
—Ottawa, February 20, 2001.

Trade-marks — Expungement — Appeal from F.C.T.D. decision upholding Registrar's decision to expunge appellant's trade-mark "Country Living" from register in Trade-marks Act, s. 45 proceedings — S. 45 permitting Registrar to require registered owner to provide evidence trade-mark used during previous three years — "Country Living" registered in association with printed periodicals — "Country Living" regular feature of magazine Country Guide — "Use" deemed to occur under s. 4(1) if, at time of transfer of property or possession in wares, trade-mark marked on wares — As "Country Living" marked on magazine in normal course of trade, appellant demonstrated use of registered trade-mark with respect to wares specified in registration in accordance with s. 4(1) — Construction of s. 45 outside Registrar's expertise so decision reviewable on reasonableness simpliciter standard — Registrar erred in considering whether "Country Living" used to distinguish appellant's magazine — Once determined registered trade-mark used in association with wares specified in registration, inquiry under s. 45 at end.

This was an appeal from a Trial Division decision upholding a decision of the Registrar of Trade-marks to expunge the appellant's trade-mark "Country Living" from the trade-marks register. "Country Living" was registered for use in association with "printed periodicals, namely magazines". "Country Living" is a regular feature of *Country Guide*, a magazine published by the appellant. The Registrar issued a notice pursuant to *Trade-marks Act*, section 45 requiring the appellant to provide evidence that the trade-mark had been used during the previous three years. In response, the appellant filed an affidavit containing excerpts from issues of the *Country Guide* magazine which listed "Country Living" as a separate section in the table of

United Grain Growers Limited (*appelante*)

c.

Lang Michener (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: UNITED GRAIN GROWERS LTD. c. LANG MICHENER (C.A.)

Cour d'appel, juges Rothstein, Sexton et Malone,
J.C.A.—Ottawa, 20 février 2001.

Marques de commerce — Radiation — Appel d'une décision de la C.F. 1^{re} inst. confirmant la décision du registraire de radier du registre la marque de commerce «Country Living» de l'appelante, dans le cadre d'une instance fondée sur l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce — L'art. 45 permet au registraire d'exiger du propriétaire inscrit qu'il fournisse la preuve que la marque de commerce a été employée au cours des trois années précédentes — «Country Living» a été enregistré en liaison avec des périodiques imprimés — «Country Living» est une chronique régulière du magazine Country Guide — En vertu de l'art. 4(1), une marque est réputée «employée» si, lors du transfert de la propriété ou de la possession des marchandises, elle est apposée sur ces marchandises — Comme la marque «Country Living» était apposée sur le magazine dans la pratique normale du commerce, l'appelante a démontré qu'elle était employée en liaison avec les marchandises spécifiées dans l'enregistrement, conformément à l'art. 4(1) — L'interprétation de l'art. 45 ne relève pas de l'expertise du registraire, et la décision est donc soumise à la norme de contrôle de la décision raisonnable simpliciter — Le registraire a commis une erreur en examinant la question de savoir si les mots «Country Living» étaient employés pour distinguer le magazine de l'appelante — Une fois qu'il est établi qu'une marque de commerce déposée est employée en liaison avec les marchandises que spécifie l'enregistrement, l'enquête prévue à l'art. 45 est terminée.

Il s'agit de l'appel d'une décision de la Section de première instance confirmant la décision du registraire des marques de commerce de radier la marque de commerce «Country Living» de l'appelante du registre des marques de commerce. La marque «Country Living» a été enregistrée en liaison avec des «périodiques imprimés, à savoir des magazines». C'est le titre d'une chronique régulière paraissant dans *Country Guide*, un magazine publié par l'appelante. Le registraire a, en vertu de l'article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*, donné à l'appelante un avis lui enjoignant de fournir la preuve que la marque de commerce avait été employée au cours des trois années précédentes. En réponse, l'appelante a déposé un affidavit contenant des

contents. The Registrar found that “Country Living” was not used to distinguish the appellant’s magazine from others, and therefore was not used as a trade-mark. On appeal, the appellant filed a further affidavit containing evidence that the appellant promoted “Country Living” as a distinct section of *Country Guide* in material distributed to potential subscribers and advertisers. The Trial Division Judge confirmed the Registrar’s order for the reasons given by the Registrar.

Held, the appeal should be allowed.

Decisions of the Registrar, whether of fact, law or discretion within his or her area of expertise, are to be reviewed on a standard of reasonableness *simpliciter*. Where additional evidence is adduced in the Trial Division that would materially affect the Registrar’s findings of fact or exercise of discretion, the Trial Division Judge must come to his or her own conclusion as to the correctness of the Registrar’s decision. The question was whether, on a proper construction of section 45, the Registrar was to take into account whether, with respect to the wares named in the registration, the use of a registered trade-mark distinguishes those wares. That question was not within the Registrar’s expertise, but was a question of the construction of section 45. Further, the Trial Judge made no mention of the additional evidence filed before him, which would have materially affected the Registrar’s findings. Accordingly, the standard of review was correctness.

Use of a trade-mark is deemed to occur under subsection 4(1) if, at the time of transfer of the property or possession in the wares, the trade-mark is marked on the wares. As “Country Living” was marked on the *Country Guide* magazine in the normal course of trade, the appellant demonstrated use of its registered trade-mark with respect to the wares specified in its registration.

The Registrar misinterpreted her function under section 45 and erred in law in embarking upon an inquiry as to whether “Country Living” was used to distinguish the appellant’s magazine. Section 45 does not direct the Registrar to re-examine whether the registered trade-mark is used for the purpose of distinguishing wares. Once it was determined that the registered trade-mark as it appears in the register was used in association with the wares specified in its registration, the inquiry under section 45 was at an end.

extraits de numéros du magazine *Country Guide* dans lesquels «Country Living» figurait à la table des matières dans une section distincte. Le registraire a conclu que l’utilisation des mots «Country Living» ne distinguait pas le magazine de l’appelante des autres magazines et que, par conséquent, ils n’étaient pas utilisés comme marque de commerce. En appel, l’appelante a déposé un affidavit supplémentaire indiquant qu’elle avait, dans la publicité distribuée aux abonnés et annonceurs potentiels, présenté «Country Living» comme une section distincte de *Country Guide*. Le juge de la Section de première instance a confirmé l’ordonnance du registraire pour les mêmes motifs.

Arrêt: l’appel est accueilli.

Les décisions du registraire, de fait, de droit ou résultant de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire dans le cadre de son champ d’expertise, doivent être révisées suivant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Lorsqu’une preuve additionnelle pouvant influencer sur les conclusions de fait ou l’exercice du pouvoir discrétionnaire du registraire est déposée devant la Section de première instance, le juge saisi doit tirer ses propres conclusions quant à l’exactitude de la décision du registraire. La question était de savoir si, selon une juste interprétation de l’article 45, le registraire devait, à l’égard des marchandises que spécifie l’enregistrement, prendre en compte le fait que l’utilisation d’une marque de commerce déposée distingue ou non ces marchandises. Or cette question ne relevait pas du champ d’expertise du registraire, mais touchait plutôt l’interprétation de l’article 45. Plus encore, le juge de la Section de première instance a passé sous silence la preuve supplémentaire déposée devant lui, qui aurait pu influencer sur les conclusions du registraire en l’espèce. En conséquence, la norme de contrôle est l’exactitude.

En vertu du paragraphe 4(1), une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des marchandises si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces marchandises, la marque de commerce est apposée sur ces marchandises. Étant donné que les mots «Country Living» étaient apposés sur le magazine *Country Guide* dans la pratique normale du commerce, l’appelante a fait la preuve de l’utilisation de sa marque de commerce déposée à l’égard des marchandises que spécifie l’enregistrement.

Le registraire a mal interprété ses fonctions sous le régime de l’article 45, et il a commis une erreur de droit en s’engageant dans une enquête pour décider si les mots «Country Living» étaient employés pour distinguer le magazine de l’appelante. L’article 45 ne commande pas au registraire de réexaminer la question de savoir si la marque déposée est employée pour distinguer les marchandises. Une fois qu’il a été établi qu’une marque déposée, telle qu’elle figure au registre, était employée en liaison avec les marchandises que spécifie l’enregistrement, l’enquête prévue à l’article 45 est terminée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 “trade-mark”, 4(1), 45 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 200), 57.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Meredith & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade Marks) (1991), 40 C.P.R. (3d) 409; 138 N.R. 379 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

Molson Breweries v. John Labatt Ltd., [2000] 3 F.C. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.).

REFERRED TO:

Filodoro Calze S.p.A. v. Doris Hosiery Mills Ltd. (1998), 85 C.P.R. (3d) 76; 160 F.T.R. 93 (F.C.T.D.); *Plough (Canada) Ltd. v. Aerosol Fillers Inc.*, [1981] 1 F.C. 679; (1980), 53 C.P.R. (2d) 62; 34 N.R. 39 (C.A.).

APPEAL from a Trial Division decision upholding the decision of the Registrar of Trade-marks (*United Grain Growers Ltd. (Re)*, [1998] T.M.O.B. No. 222 (QL)) pursuant to *Trade-marks Act*, section 45 to expunge the appellant’s trade-mark “Country Living”, registered for use in association with magazines, from the trade-marks register because it had not been used as a trade-mark in that it was not used to distinguish the appellant’s magazine from others. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Robert A. Watchman for appellant.
Dale E. Schlosser for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Pitblado Buchwald Asper, Winnipeg, for appellant.
Lang Michener, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment of the Court rendered in English by

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 «marque de commerce», 4(1), 45 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 200), 57.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce) (1991), 40 C.P.R. (3d) 409; 138 N.R. 379 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE D’AVEC:

Molson Breweries c. John Labatt Ltd., [2000] 3 C.F. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Filodoro Calze S.p.A. c. Doris Hosiery Mills Ltd. (1998), 85 C.P.R. (3d) 76; 160 F.T.R. 93 (C.F. 1^{re} inst.); *Plough (Canada) Ltd. c. Aerosol Fillers Inc.*, [1981] 1 C.F. 679; (1980), 53 C.P.R. (2d) 62; 34 N.R. 39 (C.A.).

APPEL d’une décision de la Section de première instance confirmant la décision du registraire des marques de commerce (*United Grain Growers Ltd. (Re)*, [1998] T.M.O.B. n° 222 (QL)) de radier du registre, en vertu de l’article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*, la marque de l’appelante «Country Living», enregistrée aux fins de son emploi en liaison avec des magazines, parce qu’elle n’avait pas été employée comme marque de commerce en ce qu’elle n’était pas employée pour distinguer le magazine de l’appelante des autres magazines. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Robert A. Watchman pour l’appelante.
Dale E. Schlosser pour l’intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Pitblado Buchwald Asper, Winnipeg, pour l’appelante.
Lang Michener, Toronto, pour l’intimé.

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

[1] ROTHSTEIN J.A.: This is an appeal from an order of the Trial Division upholding a decision of the Registrar of Trade-marks [*United Grain Growers Ltd. (Re)*, [1998] T.M.O.B. No. 222 (QL)] that the appellant's trade-mark "Country Living" be expunged from the trade-marks register under proceedings brought at the instance of the respondent under section 45 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 200] of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13].

FACTS

[2] The appellant publishes a magazine entitled *Country Guide*. "Country Living" is a regular feature of the magazine. It is listed in the table of contents in every issue and is promoted in the magazine's advertising. "Country Living" is a section devoted to issues related to running a farm household. The appellant registered the trade-mark "Country Living" in association with "printed periodicals, namely magazines", on May 31, 1991.

[3] According to the record, the respondent is agent for the Hearst Corporation which applied for the trade-mark "Country Living and Country Living Garden" to be used in association with magazines.

[4] On March 4, 1997, the Registrar, at the request of the respondent, issued a notice pursuant to section 45 requiring the appellant to provide evidence that the trade-mark had been used during the previous three years. Subsections 45(1) and (3) provide:

45. (1) The Registrar may at any time and, at the written request made after three years from the date of the registration of a trade-mark by any person who pays the prescribed fee shall, unless the Registrar sees good reason to the contrary, give notice to the registered owner of the trade-mark requiring the registered owner to furnish within three months an affidavit or a statutory declaration showing, with respect to each of the wares or services specified in the registration, whether the trade-mark was in use in Canada at any time during the three year period immediately preceding the date of the notice and, if not, the date when it was last so in use and the reason for the absence of such use since that date.

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'une ordonnance de la Section de première instance confirmant la décision du registraire des marques de commerce [*United Grain Growers Ltd. (Re)*, [1998] T.M.O.B. n° 222 (QL)] de radier la marque de commerce «Country Living» de l'appelante du registre des marques de commerce aux termes d'une instance introduite par l'intimé en vertu de l'article 45 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 200] de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13].

LES FAITS

[2] L'appelante publie le magazine *Country Guide* dans lequel paraît une chronique régulière intitulée «Country Living». À chaque numéro, cette chronique fait partie de la table des matières et la publicité du magazine en fait la promotion. «Country Living» est une section destinée aux questions concernant la tenue de maisons de ferme. L'appelante a déposé la marque de commerce «Country Living» en liaison avec «des périodiques imprimés, à savoir des magazines» le 31 mai 1991.

[3] Selon le dossier, l'intimé est l'agent de Hearst Corporation qui a présenté une demande pour l'utilisation de la marque de commerce «Country Living and Country Living Garden» en liaison avec des magazines.

[4] Le 4 mars 1997, à la demande de l'intimé, le registraire a, en vertu de l'article 45, donné à l'appelante, un avis lui enjoignant de fournir la preuve que la marque de commerce avait été employée au cours des trois années précédentes. Les paragraphes 45(1) et (3) disposent:

45. (1) Le registraire peut, et doit sur demande écrite présentée après trois années à compter de la date de l'enregistrement d'une marque de commerce, par une personne qui verse les droits prescrits, à moins qu'il ne voie une raison valable à l'effet contraire, donner au propriétaire inscrit un avis lui enjoignant de fournir, dans les trois mois, un affidavit ou une déclaration solennelle indiquant, à l'égard de chacune des marchandises ou de chacun des services que spécifie l'enregistrement, si la marque de commerce a été employée au Canada à un moment quelconque au cours des trois ans précédant la date de l'avis et, dans la négative, la date où elle a été ainsi employée en dernier lieu et la raison de son défaut d'emploi depuis cette date.

(3) Where, by reason of the evidence furnished to the Registrar or the failure to furnish any evidence, it appears to the Registrar that a trade-mark, either with respect to all of the wares or services specified in the registration or with respect to any of those wares or services, was not used in Canada at any time during the three year period immediately preceding the date of the notice and that the absence of use has not been due to special circumstances that excuse the absence of use, the registration of the trade-mark is liable to be expunged or amended accordingly.

The appellant filed an affidavit in response to the Registrar's notice. The affidavit contained excerpts from issues of the *Country Guide* magazine which listed "Country Living" as a separate section in the table of contents. After reviewing the evidence, the Registrar issued an order expunging the trade-mark from the register.

[5] The appellant appealed this decision to the Trial Division and filed a further affidavit. The second affidavit contained evidence showing that the appellant promoted "Country Living" as a distinct section of *Country Guide* in material distributed to potential subscribers and advertisers.

[6] The Trial Division Judge confirmed the order of the Registrar for the reasons given by the Registrar and dismissed the appeal. The appellant appeals that decision to this Court.

REGISTRAR'S DECISION

[7] As the Trial Judge did not issue separate reasons for his decision, it is necessary to consider the reasons of the Registrar. The Registrar found that the main issue was whether the evidence showed use of the words "Country Living" as a trade-mark for magazines. In answering this question in the negative, the Registrar found that the use of the words Country Living did not distinguish the appellant's magazine from those of others. The title of the magazine *Country Guide* appeared on the cover and on each page of the magazine, including pages where the "Country Living" section was featured. "Country Living" was not listed in the table of contents in a manner that was any different from any of the other

(3) Lorsqu'il apparaît au registraire, en raison de la preuve qui lui est fournie ou du défaut de fournir une telle preuve, que la marque de commerce, soit à l'égard de la totalité des marchandises ou services spécifiés dans l'enregistrement, soit à l'égard de l'une de ces marchandises ou de l'un de ces services, n'a été employée au Canada à aucun moment au cours des trois ans précédant la date de l'avis et que le défaut d'emploi n'a pas été attribuable à des circonstances spéciales qui le justifient, l'enregistrement de cette marque de commerce est susceptible de radiation ou de modification en conséquence.

En réponse à l'avis du registraire, l'appelante a déposé un affidavit. L'affidavit contenait des extraits de numéros du magazine *Country Guide* dans lesquels «Country Living» figurait à la table des matières dans une section distincte. Après avoir examiné la preuve, le registraire a rendu une ordonnance radiant la marque de commerce du registre.

[5] L'appelante a interjeté appel de cette décision à la Section de première instance et a déposé un affidavit supplémentaire. Ce second affidavit contenait des éléments de preuve montrant que l'appelante avait, dans la publicité distribuée aux abonnés et annonceurs potentiels, présenté «Country Living» comme une section distincte de *Country Guide*.

[6] Le juge de la Section de première instance a confirmé l'ordonnance du registraire pour les mêmes motifs et a rejeté l'appel. L'appelante fait appel de cette décision devant la présente Cour.

LA DÉCISION DU REGISTRAIRE

[7] Étant donné que le juge de première instance n'a pas donné de motifs distincts dans sa décision, il est nécessaire d'examiner les motifs du registraire. Le registraire a conclu que la principale question était de savoir si la preuve établissait que les mots «Country Living» ont été employés comme marque de commerce pour des magazines. Répondant par la négative à cette question, le registraire a conclu que l'utilisation des mots «Country Living» ne distinguait pas le magazine de l'appelante des autres magazines. Le titre du magazine *Country Guide* se trouvait sur la couverture et sur chacune des pages du magazine dont les pages de la chronique «Country Living». «Country Living» ne figurait pas à la table des matières de

major sections. Although consumers might flip through the magazine before purchasing it and might buy the magazine specifically for the “Country Living” section, it was the use of the words *Country Guide* which distinguished the appellant’s magazine from those of others in the minds of consumers, not the use of the words “Country Living”.

STANDARD OF REVIEW

[8] In *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145, this Court held that decisions of the Registrar, whether of fact, law or discretion within his or her area of expertise, are to be reviewed on a standard of reasonableness *simpliciter*. Where additional evidence is adduced in the Trial Division that would materially affect the Registrar’s findings of fact or exercise of discretion, the Trial Division Judge must come to his or her own conclusion as to the correctness of the Registrar’s decision.

[9] In this case, the Registrar concluded that the words “Country Living” were not used to distinguish the appellant’s magazine and that therefore the words “Country Living” were not used as a trade-mark. The question is whether, on a proper construction of section 45, the Registrar is to take into account whether, with respect to the wares named in the registration, the use of a registered trade-mark distinguishes those wares. That is a question not within the expertise of the Registrar. Rather, it is a question of the construction of section 45.

[10] Further, the Trial Judge made no mention of the additional evidence filed before him. The more specific evidence of long use, in every edition of the *Country Guide* magazine since January 1974, as well as evidence of “Country Living” being shown as a section of the magazine in promotional materials, is, we think, evidence that would have materially affected the Registrar’s findings in this case. Accordingly, the standard of review is correctness.

façon différente des autres sections importantes. Même si les consommateurs pouvaient feuilleter le magazine avant de l’acheter et l’acheter spécialement pour la section «Country Living», c’est l’utilisation des mots *Country Guide* qui distinguaient le magazine de l’appelante des autres magazines et non l’utilisation des mots «Country Living».

LA NORME DE CONTRÔLE

[8] Dans *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145, la Cour a conclu que les décisions du registraire, de fait, de droit ou résultant de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Lorsqu’une preuve additionnelle pouvant influencer sur les conclusions de fait ou l’exercice du pouvoir discrétionnaire du registraire est déposée devant la Section de première instance, le juge de première instance doit tirer ses propres conclusions quant à l’exactitude de la décision du registraire.

[9] En l’espèce, le registraire a conclu que l’utilisation des mots «Country Living» ne distinguait pas le magazine de l’appelante des autres magazines et que, par conséquent, les mots «Country Living» n’étaient pas utilisés comme marque de commerce. La question est de savoir si, selon une juste interprétation de l’article 45, le registraire doit, à l’égard des marchandises que spécifie l’enregistrement, prendre en compte le fait que l’utilisation d’une marque de commerce déposée distingue ou non ces marchandises. Cette question ne relève pas du champ d’expertise du registraire. Il s’agit plutôt d’une question d’interprétation de l’article 45.

[10] Plus encore, le juge de la Section de première instance a passé sous silence la preuve supplémentaire déposée devant lui. La preuve plus précise de l’emploi prolongé dans chacune des éditions du magazine *Country Guide* depuis janvier 1974, aussi bien que la preuve montrant que «Country Living» est présenté dans le matériel publicitaire, comme étant une section du magazine constituent, à notre avis, des éléments de preuve qui auraient pu influencer sur les conclusions du registraire en l’espèce. En conséquence, la norme de contrôle est l’exactitude.

ANALYSIS

[11] Section 45 is only invoked where a trade-mark has been registered. The only question is whether the registered trade-mark was, with respect to the wares specified in the registration, in use in Canada at any time during the three-year period immediately preceding the date of the notice under section 45. Use of a trade-mark in association with wares is deemed to occur under subsection 4(1), if, at the time of transfer of the property or possession in the wares, the trade-mark is marked on the wares. Subsection 4(1) provides:

4. (1) A trade-mark is deemed to be used in association with wares if, at the time of the transfer of the property in or possession of the wares, in the normal course of trade, it is marked on the wares themselves or on the packages in which they are distributed or it is in any other manner so associated with the wares that notice of the association is then given to the person to whom the property is transferred.

[12] In this case, there is no dispute that the words “Country Living” were marked on the *Country Guide* magazine at the time of the transfer of property or possession in the magazine in the normal course of trade. There is no suggestion that the trade-mark, which is the words “Country Living”, did not appear in the way in which they appear in the Register¹ and in association with the wares named in the registration, namely, a magazine. The appellant has demonstrated use of its registered trade-mark with respect to the wares specified in its registration, in accordance with subsection 4(1).

[13] However, the Registrar was of the view that it was necessary to evaluate whether the words “Country Living” would be perceived as a trade-mark to distinguish the *Country Guide* magazine. In this, the Registrar had regard to section 2 which defines a “trade-mark” as:

2. . . .

(a) a mark that is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services

ANALYSE

[11] L'article 45 ne s'applique que lorsqu'une marque de commerce a été déposée. La seule question est alors de savoir si la marque de commerce déposée était, à l'égard des marchandises que spécifie l'enregistrement, employée au Canada au cours des trois ans précédant la date de l'avis donné en vertu de cet article. En vertu du paragraphe 4(1), une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des marchandises si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces marchandises, la marque de commerce est apposée sur ces marchandises. Le paragraphe 4(1) stipule:

4. (1) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des marchandises si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces marchandises, dans la pratique normale du commerce, elle est apposée sur les marchandises mêmes ou sur les colis dans lesquels ces marchandises sont distribuées, ou si elle est, de toute autre manière, liée aux marchandises à tel point qu'avis de liaison est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée.

[12] En l'espèce, le fait que les mots «Country Living» étaient apposés sur le magazine *Country Guide* lors du transfert de la propriété ou de la possession du magazine, dans la pratique normale du commerce, n'est pas contesté. Il n'y a aucune allégation selon laquelle la marque de commerce, en l'occurrence les mots «Country Living», n'apparaissait pas sous la même forme que dans le registre¹ et n'était pas employée en liaison avec les marchandises désignées dans l'enregistrement, à savoir un magazine. L'appellante a fait la preuve de l'utilisation de sa marque de commerce déposée à l'égard des marchandises que spécifie l'enregistrement, conformément au paragraphe 4(1).

[13] Toutefois, le registraire a jugé nécessaire d'évaluer si les mots «Country Living» pouvaient être perçus comme une marque de commerce servant à distinguer le magazine *Country Guide*. À cet égard, le registraire a pris en considération l'article 2 qui donne la définition de marque de commerce:

2. [. . .]

(a) marque employée par une personne pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées,

manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others,

Citing a decision of this Court, *Plough (Canada) Ltd. v. Aerosol Fillers Inc.*, [1981] 1 F.C. 679; (C.A.), the Registrar concluded that the words “Country Living” were not used to distinguish the appellant’s magazine, and thus not used as a trade-mark. It was for this reason that she expunged “Country Living” from the Register.

[14] In our respectful opinion, in embarking upon an inquiry as to whether the words “Country Living” were used to distinguish the appellant’s magazine, the Registrar misinterpreted her function under section 45 and erred in law. No words in section 45 direct the Registrar to re-examine whether the registered trade-mark is used for the purpose of distinguishing, or so as to distinguish, wares. Rather, the Registrar’s duty under section 45 is only to determine, with respect to the wares specified in the registration, whether the trade-mark, as it appears in the register, has been used in the three years prior to the request.

[15] In this case, it is undisputed that the registered trade-mark “Country Living” was marked on the magazine *Country Guide* at the time of transfer of property in or possession of the magazine in the normal course of trade. We think once it was determined that the registered trade-mark, as it appears in the register, was used in association with the wares specified in its registration, the inquiry under section 45 was at an end.

[16] As stated by Hugessen J.A. in *Meredith & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade Marks)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 409, at page 412, with respect to section 45:

... it is not intended that there should be any trial of a contested issue of fact, but simply an opportunity for the registered owner to show, if he can, that his mark is in use and if not, why not.

vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d’autres;

Citant l’arrêt *Plough (Canada) Ltd. c. Aerosol Fillers Inc.*, [1981] 1 C.F. 679 (C.A.), le registraire a conclu que les mots «Country Living» n’étaient pas utilisés pour distinguer le magazine de l’appelante et par conséquent qu’ils n’étaient pas utilisés comme marque de commerce. C’est pour cette raison qu’elle a radié «Country Living» du registre.

[14] En toute déférence, le registraire a mal interprété ses fonctions sous l’article 45 et a commis une erreur de droit en s’engageant dans une enquête pour décider si les mots «Country Living» étaient utilisés de façon à distinguer le magazine de l’appelante. Il n’y a rien dans l’article 45 qui demande au registraire de réexaminer la question de savoir si la marque de commerce déposée est employée pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises. Aux termes de l’article 45, le seul devoir du registraire est plutôt de déterminer, à l’égard des marchandises que spécifie l’enregistrement, si la marque de commerce, telle qu’elle se trouve dans le registre, a été employée dans les trois ans précédant l’avis.

[15] En l’espèce, le fait que la marque de commerce déposée «Country Living» était apposée sur le magazine *Country Guide* lors du transfert de la propriété ou de la possession du magazine dans la pratique normale du commerce n’est pas contesté. Nous sommes d’avis qu’une fois qu’il a été établi qu’une marque de commerce déposée, telle qu’elle est inscrite dans le registre, était employée en liaison avec les marchandises que spécifie l’enregistrement, l’enquête prévue à l’article 45 est terminée.

[16] Comme l’a dit le juge Hugessen, de la Cour d’appel dans *Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce)* (1991), 40 C.P.R. (3d) 409, à la page 412, relativement à l’article 45:

Cette disposition ne vise manifestement pas la tenue d’une instruction qui porterait sur une question de faits contestée mais, plus simplement, à donner au propriétaire inscrit l’occasion d’établir, s’il le peut, que sa marque est employée, ou bien d’établir les raisons pour lesquelles elle ne l’est pas, le cas échéant.

As noted by Hugessen J.A., section 45 is not intended to provide an alternative to the usual *inter partes* attack on a trade-mark. It is only a simple and expeditious method, for public purposes, of removing from the register, marks which have fallen into disuse. If the respondent's purpose is to stop the appellant from using its registered trade-mark "Country Living" because of a potential conflict between the appellant and the respondent's client, it may pursue that objective under section 57 of the *Trade-marks Act*.

CONCLUSION

[17] The appeal will be allowed with costs here and in the Trial Division and the Registrar will be ordered to reinstate the appellant's "Country Living" trade-mark to the trade-marks register.

¹ See, for example, *Filodoro Calze S.p.A v. Doris Hosiery Mills Ltd.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 76 (F.C.T.D.), where this was the issue.

Comme le souligne le juge Hugessen, l'article 45 n'est pas censé prévoir un moyen supplémentaire de contester une marque de commerce, autre que la procédure litigieuse courante. Il s'agit d'une méthode simple et rapide, et d'utilité publique, de radier du registre les marques tombées en désuétude. Si le but recherché par l'intimé est d'empêcher l'appelante d'utiliser la marque de commerce déposée «Country Living» à cause d'un conflit potentiel entre l'appelante et le client de l'intimé, il peut le faire en utilisant le recours prévu à l'article 57 de la *Loi sur les marques de commerce*.

CONCLUSION

[17] L'appel sera accueilli avec dépens tant en appel qu'en première instance et il sera ordonné au registraire de rétablir la marque de commerce de l'appelante «Country Living» au registre des marques de commerce.

¹ Voir par exemple, *Filodoro Calze S.p.A. c. Doris Hosiery Mills Ltd.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 76 (C.F. 1^o inst.) qui traite de cette question.

IMM-64-00
2001 FCT 91

IMM-64-00
2001 CFPI 91

Linton Andrew Wishart (*Applicant*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

INDEXED AS: WISHART v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Toronto; August 17, 2000;
Ottawa, February 16, 2001.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Judicial review of danger opinion — Applicant entering Canada using fraudulent baptismal certificate — While incarcerated after conviction for narcotics offence, s. 27(2)(g) report issued — Further report recommending issuance of danger opinion to prevent making of refugee claim — Minister's delegate declaring applicant danger to public — Application allowed — Minister erred in exercise of jurisdiction by issuing danger opinion for improper purpose — Standard of review correctness — Danger opinion to be issued only where concern bona fide — Issuance of danger opinion deprived applicant of statutory right to claim refugee status.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Exclusion and removal of illegal immigrant — Minister's delegate issuing danger opinion to forestall making of refugee claim at inquiry — Discretionary administrative decisions subject to judicial review if made in bad faith, for improper purpose — Danger opinion to be issued only if public danger concern bona fide — Minister erred in exercise of jurisdiction in issuing danger opinion for improper purpose.

This was an application for judicial review of the decision of a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration declaring that the applicant constituted a danger to the public in Canada pursuant to *Immigration Act*, subparagraph 46.01(1)(e)(i). The applicant is a citizen of Guyana who has lived illegally in Canada since 1983. In 1989 he last entered

Linton Andrew Wishart (*demandeur*)

c.

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

RÉPERTORIÉ: WISHART c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Toronto;
17 août 2000; Ottawa, 16 février 2001.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Contrôle judiciaire visant un avis de danger — Le demandeur est entré au Canada en utilisant un faux certificat de baptême — Pendant que le demandeur était en prison après avoir été déclaré coupable d'une infraction relative aux stupéfiants, un rapport a été rédigé contre lui aux termes de l'art. 27(2)g — Il y a eu un autre rapport proposant que soit demandée une opinion du ministre, selon laquelle le demandeur constituait un danger pour le public, en vue de l'empêcher de présenter une demande de statut de réfugié — Un délégué du ministre a déclaré que le demandeur constituait un danger pour le public — Demande accueillie — Le ministre a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence en émettant un avis dans un but illégitime — La norme de contrôle à appliquer est celle de la décision correcte — L'avis du ministre ne peut être envisagé que lorsque la crainte d'un danger est réelle — L'avis concernant le danger que constituait le demandeur l'a privé du droit de revendiquer le statut de réfugié que prévoyait la loi.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Exclusion et renvoi d'un immigrant illégal — Un délégué du ministre a émis l'opinion que le demandeur constituait un danger pour le public, en vue de l'empêcher de présenter une demande de statut de réfugié durant une enquête — Les décisions administratives discrétionnaires sont susceptibles de contrôle judiciaire si elles sont prises de mauvaise foi ou pour des considérations non pertinentes — L'avis du ministre ne peut être envisagé que lorsque la crainte d'un danger pour le public est réelle — Le ministre a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence en émettant un avis dans un but illégitime.

Il s'agissait d'une demande en vue du contrôle judiciaire de la décision prise par un représentant du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, selon laquelle le demandeur constitue un danger pour le public au Canada, en application du sous-alinéa 46.01(1)e(i) de la *Loi sur l'immigration*. Le demandeur est un ressortissant guyanais

Canada, indicating that he was a Canadian citizen, and producing a fraudulent baptismal certificate from Quebec. In 1997 the applicant was convicted of conspiracy to traffic in a narcotic, and was sentenced to seven years' imprisonment. Shortly after that conviction, an *Immigration Act*, paragraph 27(2)(g) report was issued against him because he was a person who had come into Canada with a false or improperly obtained document pertaining to his admission or by reasons of any fraudulent or improper means or misrepresentation of any material fact. A further report, sent by an immigration officer to the manager of a local Citizenship and Immigration Canada office, suggested that a Minister's opinion that the applicant constituted a danger to the public be sought to forestall the making of a refugee claim. On December 9, 1997 a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration declared that the applicant constituted a danger to the public in Canada. Subparagraph 46.01(1)(e)(i) abrogates a prospective Convention refugee claimant's right to have a refugee claim determined if the Minister has determined that the claimant constitutes a danger to the public. The issue was whether the Minister had jurisdiction to issue the danger opinion in light of the purpose for which it was issued.

Held, the application should be allowed.

The Supreme Court of Canada judgment in *Baker* reaffirmed the proposition that discretionary administrative decisions are subject to review if made in bad faith or for an improper purpose. The Minister erred in the exercise of jurisdiction by issuing a danger opinion for an improper purpose.

The evidence demonstrated that the purpose for issuing the danger opinion was to prevent the applicant from claiming refugee status. Under the *Immigration Act*, the Minister may issue danger opinions, but only under limited circumstances. While the time when this may be done is not restricted under the statute, the issuance of a danger opinion is to be considered in circumstances where concern about danger to the public is *bona fide*. To form the opinion for the purpose of foreclosing an opportunity, otherwise open under the Act, to claim refugee status is not within the discretion vested in the Minister. The Minister's use of the danger opinion here, to prevent the applicant from making a refugee claim, effectively deprived him of an opportunity which was his under the Act. That was an error of jurisdiction. The appropriate standard of review in considering an error that goes to jurisdiction is correctness. Since the applicant was in Canada illegally, no danger opinion was necessary for a removal order to be issued against him. However, if Parliament preserves the opportunity to claim refugee status in such circumstances, that opportunity is not

qui vit illégalement au Canada depuis 1983. En 1989, il est entré au Canada pour la dernière fois, en affirmant qu'il était citoyen canadien et en produisant un faux certificat de baptême du Québec. En 1997, le demandeur a été déclaré coupable de trafic d'un stupéfiant et a été condamné à une peine d'emprisonnement de sept ans. Peu après cette déclaration de culpabilité, un rapport a été rédigé contre le demandeur aux termes de l'alinéa 27(2)g de la *Loi sur l'immigration*, parce qu'il était entré au Canada soit sur la foi d'un document relatif à son admission qui était faux ou avait été obtenu irrégulièrement, soit par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important. Un autre rapport, envoyé par un agent d'immigration au directeur d'un bureau local de Citoyenneté et Immigration Canada, proposait que soit demandée une opinion du ministre, selon laquelle le demandeur constituait un danger pour le public, en vue de l'empêcher de présenter une demande de statut de réfugié. Le 9 décembre 1997, un délégué du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a déclaré que le demandeur constituait un danger pour le public au Canada. Le sous-alinéa 46.01(1)e)-(i) élimine le droit d'un éventuel revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention d'obtenir qu'il soit statué sur sa revendication si le ministre arrive à la conclusion que le revendicateur constitue un danger pour le public. La question était de savoir si le ministre avait compétence, vu l'objet pour lequel son opinion a été obtenue.

Jugement: la demande doit être accueillie.

Dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême du Canada a réaffirmé le principe selon lequel les décisions administratives discrétionnaires sont susceptibles de contrôle judiciaire si elles sont prises de mauvaise foi ou pour des considérations non pertinentes. Le ministre a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence en émettant un avis dans un but illégitime.

La preuve a montré que l'objet de l'avis relatif au danger que constituait le demandeur était de l'empêcher de revendiquer le statut de réfugié. Selon la *Loi sur l'immigration*, le ministre peut dire si une personne constitue ou non un danger, mais seulement en des circonstances restreintes. La Loi n'impose pas de limites temporelles à cette procédure, mais l'avis du ministre ne peut être envisagé que lorsque la crainte d'un danger pour le public est réelle. Il ne relève pas du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par la Loi d'émettre un avis dans le dessein de supprimer la possibilité, prévue par ailleurs dans la Loi, de revendiquer le statut de réfugié. Si le ministre a utilisé son pouvoir d'émettre un avis concernant le danger que constituait le demandeur, c'était pour empêcher celui-ci de revendiquer le statut de réfugié, ce qui l'a privé d'une possibilité que lui donnait la Loi. C'était là une erreur portant sur la compétence. La norme de contrôle à appliquer dans l'examen d'une erreur qui concerne la compétence est celle de la décision correcte. Puisque le demandeur était au Canada illégalement, aucune opinion sur le danger qu'il pouvait constituer n'était néces-

to be eliminated by a danger opinion issued primarily for that purpose. Since the Minister committed an error of jurisdiction the matter will not be referred for reconsideration by the Minister.

saire pour qu'une mesure de renvoi soit prononcée contre lui. Toutefois, si le législateur lui laisse la possibilité de revendiquer le statut de réfugié, cette possibilité ne saurait être éliminée par un avis du ministre ayant essentiellement cet objet. Puisque le ministre a commis une erreur de compétence, l'affaire ne sera pas renvoyée pour réexamen par le ministre.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 465(1)(c).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(c) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (c.1) (as am. *idem*; 1995, c. 15, s. 2), 27(2)(g), 46.01(1)(e) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36), 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13), 83(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).
- Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 4(1).
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592; (2000), 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.); *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 619; (1999), 5 Imm. L.R. (3d) 189 (T.D.); *Rasa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 22 Admin. L.R. (3d) 129; 6 Imm. L.R. (3d) 52 (F.C.T.D.); *Thompson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 10; 118 F.T.R. 269; 37 Imm. L.R. (2d) 9

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 465(1)(c).
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(c) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), c.1) (mod., *idem*; 1995, ch. 15, art. 2), 27(2)(g), 46.01(1)(e) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36), 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13), 83(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).
- Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 592; (2000), 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.); *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 1 C.F. 619; (1999), 5 Imm. L.R. (3d) 189 (1^{re} inst.); *Rasa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 22 Admin. L.R. (3d) 129; 6 Imm. L.R. (3d) 52 (C.F. 1^{re} inst.); *Thompson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 41

(F.C.T.D.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689.

REFERRED TO:

Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1997] 2 F.C. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 212 N.R. 63 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of the decision of a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration declaring that the applicant constituted a danger to the public in Canada in order to prevent him from making a refugee claim. Application allowed.

APPEARANCES:

Munyonzwe Hamalengwa for applicant.
Kevin Lunney for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Munyonzwe Hamalengwa, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] MACKAY J.: This is an application under 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], for judicial review of a decision dated December 9, 1997, by Mr. W.A. Sheppit, a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration, declaring that the applicant constitutes a danger to the public in Canada under subparagraph 46.01(1)(e)(i) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the Act).

1. The Facts

[2] The applicant was born on April 16, 1952, in Georgetown, Guyana. He is a citizen of Guyana who has lived illegally in Canada since 1983. In 1989, he

Admin. L.R. (2d) 10; 118 F.T.R. 269; 37 Imm. L.R. (2d) 9 (C.F. 1^{re} inst.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689.

DÉCISION CITÉE:

Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1997] 2 C.F. 646; (1997), 147 D.L.R. (4th) 93; 212 N.R. 63 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision prise par un représentant du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, selon laquelle le demandeur constitue un danger pour le public au Canada, en vue de l'empêcher de présenter une revendication du statut de réfugié. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Munyonzwe Hamalengwa pour le demandeur.
Kevin Lunney pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Munyonzwe Hamalengwa, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MACKAY: Il s'agit d'une demande, présentée en application de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], en vue du contrôle judiciaire d'une décision prise le 9 décembre 1997 par M. W.A. Sheppit, un représentant du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, selon laquelle le demandeur constitue un danger pour le public au Canada, en application du sous-alinéa 46.01(1)e)(i) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la Loi).

1. Les faits

[2] Le demandeur est né le 16 avril 1952 à Georgetown, en Guyane. Il est un ressortissant guyanais qui vit illégalement au Canada depuis 1983. En

entered Canada at Toronto's Pearson International Airport and indicated to immigration authorities that he was a Canadian citizen. He produced a baptismal certificate from Quebec which he later admitted to having purchased illegally to establish a fraudulent identity in Canada.

[3] On June 12, 1997, the applicant was convicted under paragraph 465(1)(c) of the *Criminal Code* of Canada [R.S.C., 1985, c. C-46] of conspiracy to commit an indictable offence, namely, trafficking in a narcotic contrary to subsection 4(1) of the *Narcotic Control Act* [R.S.C., 1985, c. N-1]. The maximum penalty for this offence is life imprisonment and he was sentenced on June 27, 1997, to seven years' imprisonment.

[4] The applicant was paroled after serving 28 months of his sentence, on October 27, 1999. He was released by Correctional Services Canada into immigration custody. On October 29, 1999, the applicant was granted immigration bail by the immigration authorities. An immigration warrant expires on June 26, 2004, coinciding with the end of the sentence for his conviction in 1997.

[5] On July 2, 1997, shortly after he was convicted, a report was issued against the applicant under paragraph 27(2)(g) of the Act by immigration officer Dunn because he was a person who came into Canada with a false or improperly obtained document pertaining to his admission or by reason of any fraudulent or improper means or misrepresentation of any material fact. The report identified the applicant as a person other than a Canadian citizen or a permanent resident. The report stated:

Linton Andrew Wishart, aka Joseph André Wishart, last entered Canada sometime in 1989 at Toronto Lester B. Pearson airport. He cannot remember the exact date but he states that he was returning to Canada from a trip to Europe. At the time that he entered cannot [*sic*] he identified himself as Joseph Andre Wishart born April 3, 1953, a Canadian citizen with documentation in the form of a baptismal certificate from Montreal, Quebec. Checks conducted at the Quebec Department of Vital Statistics and the Parish show

1989, il est entré au Canada par l'aéroport international Pearson, à Toronto, en affirmant aux autorités de l'immigration qu'il était citoyen canadien. Il a produit un certificat de baptême du Québec, qu'il a plus tard reconnu avoir acheté illégalement afin de se procurer une identité frauduleuse au Canada.

[3] Le 12 juin 1997, le demandeur a été déclaré coupable, selon l'alinéa 465(1)c) du *Code criminel* du Canada [L.R.C. (1985), ch. C-46], de complot en vue de commettre un acte criminel, savoir le trafic d'un stupéfiant contrairement au paragraphe 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants* [L.R.C. (1985), ch. N-1]. La peine maximale prévue pour cette infraction est l'emprisonnement à perpétuité, et il a été condamné le 27 juin 1997 à une peine d'emprisonnement de sept ans.

[4] Le demandeur a bénéficié le 27 octobre 1999 d'une libération conditionnelle, après avoir purgé 28 mois de sa peine. Il a été remis par le Service correctionnel du Canada aux autorités de l'immigration. Le 29 octobre 1999, les autorités de l'immigration lui ont accordé un cautionnement. Un mandat de l'immigration expirera le 26 juin 2004, date qui coïncidera avec la fin de la peine d'emprisonnement imposée au demandeur en 1997.

[5] Le 2 juillet 1997, peu après la déclaration de culpabilité du demandeur, l'agent d'immigration Dunn rédigeait un rapport contre le demandeur aux termes de l'alinéa 27(2)g) de la Loi, parce que le demandeur était entré au Canada soit sur la foi d'un document relatif à son admission qui était faux ou avait été obtenu irrégulièrement, soit par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important. Le rapport désignait le demandeur comme une personne autre qu'un citoyen canadien ou un résident permanent. Il mentionnait ce qui suit:

[TRADUCTION] Linton Andrew Wishart, également appelé Joseph André Wishart, est entré au Canada la dernière fois en 1989, à l'aéroport Lester B. Pearson de Toronto. Il ne peut se souvenir de la date exacte, mais il affirme qu'il revenait au Canada après un voyage en Europe. Lorsqu'il est entré au Canada, il s'est identifié sous le nom de Joseph Andre Wishart, né le 3 avril 1953, un citoyen canadien porteur d'un document en la forme d'un certificat de baptême délivré à Montréal, au Québec. Des vérifications

that there is no birth record for anyone by this name. The subject himself admits that he purchased these documents for a cash fee to establish a fraudulent identity in Canada. Wishart has been in Canada since 1983 with this fraudulent identity and has never approached immigration to regularize his status.

[6] On September 16, 1997, immigration officer Dunn in Kingston, Ontario, sent a further report to the manager of the Citizenship and Immigration Canada office in Kingston, Ontario, (CIC Kingston) as follows:

This report refers to Linton Andrew Wishart, also known as Joseph Andre Wishart born 16 April 1963 in Guyana.

Mr. Wishart last entered Canada in 1989. At that time he was using the identity of Joseph Andre Wishart born 3 April 1953. The RCMP confirmed that the birth certificate he was using from Quebec, was fraudulent. At the time of his arrest, he admitted to his fraudulent identity, and being in Canada illegally. It will be noted that Wishart has been in Canada posing as a Canadian citizen since 1983.

Subject came to Immigration attention after an investigation was conducted by the Royal Canadian Mounted Police, resulting in the subject being charged with a fraudulent passport offence. The subject was one of several people who were using fraudulent Quebec Baptismal Certificates.

He was convicted on 12 June 1997 at Toronto, Ontario, of one offence of conspiracy to traffic in a narcotic and was sentenced to seven (7) years imprisonment.

Mr. Wishart is presently incarcerated in Beaver Creek Institution under FPS 320462 D. His full parole dated [*sic*] is 27 October 1999 and the statutory release date is 25 February 2002.

In view of the foregoing, a Direction for Inquiry is recommended. It is also suggested that we seek the Minister's Opinion in respect to 46.01(1)(e)(i), to prevent him from making a refugee claim at inquiry. [Emphasis added.]

[7] On November 3, 1997, while he was incarcerated, the applicant received a package sent by the manager of CIC Kingston. The package included the

effectuées auprès du Bureau de l'état civil du Québec et auprès de la paroisse montrent qu'aucune naissance n'a été enregistrée sous ce nom. Le sujet reconnaît lui-même qu'il s'est procuré ces documents contre rémunération afin de disposer d'une identité frauduleuse au Canada. Wishart vit au Canada depuis 1983 avec cette identité frauduleuse et ne s'est jamais adressé à l'immigration pour régulariser sa situation.

[6] Le 16 septembre 1997, l'agent d'immigration Dunn, de Kingston, en Ontario, a envoyé un autre rapport au directeur du bureau de Citoyenneté et Immigration Canada à Kingston, en Ontario, (CIC Kingston), rédigé comme il suit:

[TRADUCTION] Le présent rapport concerne Linton Andrew Wishart, également appelé Joseph Andre Wishart, né le 16 avril 1963, en Guyane.

M. Wishart est entré la dernière fois au Canada en 1989. À ce moment-là, il utilisait le nom de Joseph Andre Wishart, né le 3 avril 1953. La GRC a confirmé que le certificat de naissance, établi au Québec, qu'il utilisait était frauduleux. Au moment de son arrestation, il a admis que son identité était frauduleuse et qu'il était au Canada illégalement. On notera que Wishart vit au Canada en se faisant passer pour citoyen canadien depuis 1983.

Le sujet est venu à l'attention des autorités de l'immigration après une enquête effectuée par la Gendarmerie royale du Canada, enquête à la suite de laquelle il a été accusé de possession d'un passeport frauduleux. Le sujet comptait parmi plusieurs personnes qui utilisaient des certificats de baptême du Québec qui étaient frauduleux.

Le 12 juin 1997, à Toronto (Ontario), il a été déclaré coupable de complot en vue de commettre l'infraction de trafic d'un stupéfiant et a été condamné à une peine d'emprisonnement de sept (7) ans.

M. Wishart est actuellement incarcéré dans l'établissement de Beaver Creek, sous le numéro SED 320462 D. La date de sa libération conditionnelle totale est le 27 octobre 1999 et la date de sa mise en liberté d'office est le 25 février 2002.

Compte tenu de ce qui précède, une directive prévoyant la tenue d'une enquête est recommandée. Il est également proposé que nous demandions une opinion du ministre, selon le sous-alinéa 46.01(1)e)(i), en vue de l'empêcher de présenter durant l'enquête une demande de statut de réfugié. [Non souligné dans l'original.]

[7] Le 3 novembre 1997, alors qu'il était incarcéré, le demandeur a reçu un paquet envoyé par le directeur de CIC Kingston. Le paquet renfermait le rapport

section 27 report, a copy of the memorandum to the Minister dated September 16, 1997, a copy of a warrant of committal, a copy of a criminal profile report, a copy of arrest and synopsis, and a copy of the Judge's reasons for sentence. The package also contained a notice that immigration officials intended to seek an opinion of the Minister under subparagraph 46.01(1)(e)(i) of the Act that the applicant constituted a danger to the public in Canada. The notice stated:

You are hereby advised that Citizenship and Immigration Canada (CIC) possesses evidence suggesting you are a person in Canada who is a danger to the public. We intend to request an opinion to that effect from the Minister of Citizenship and Immigration. This opinion, if given, will have serious consequences for you as explained below.

If the Minister is of the opinion that you are a danger to the public in Canada, under subparagraph 46.01(1)(e)(i) of the *Immigration Act*, if you have made or intend to make a refugee claim it will not be referred to the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board for determination.

The Minister will consider whether you are a danger to the public as well as any humanitarian and compassionate circumstances pertinent to your situation. This will require an assessment of the threat that you pose to the public in Canada and the possibly [*sic*] of risk to you which could be precipitated by returning you to the country from which you came to Canada, the country of your permanent residence, the country of your nationality, or the country of your birth. This following is a list of documents which may be considered by the Minister.

. . .

Before the Minister forms the opinion, you make such written representations or arguments as you deem necessary and submit any documentary evidence you believe relevant. Please note however, that all such material must be submitted in one of Canada's official languages. Any such representations, arguments or evidence will be considered by the Minister but must be received by CIC at the address noted above on or before the expiration of 15 days from receipt of this letter. Your evidence, argument or other representations should address whether or not you are a danger to the public, whether compelling compassionate or humanitarian considerations are present in your case, or the extent to which your life or freedoms are threatened by

prévu par l'article 27, une copie de la note de service du 16 septembre 1997 adressée au ministre, une copie du mandat de dépôt, une copie du rapport sur le profil criminel, une copie du mandat d'arrêt et du sommaire, enfin une copie des motifs du juge concernant la peine imposée. Le paquet contenait aussi un avis indiquant que les fonctionnaires de l'immigration avaient l'intention d'obtenir, en vertu du sous-alinéa 46.01(1)(e)(i) de la Loi, une opinion du ministre selon laquelle le demandeur constituait un danger pour le public au Canada. L'avis était rédigé ainsi:

[TRADUCTION] Vous êtes par la présente informé que Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) possède des preuves indiquant que vous êtes une personne qui constitue un danger pour le public au Canada. Nous avons l'intention de demander une opinion en ce sens au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Si elle est donnée, cette opinion aura de graves conséquences pour vous, comme il est expliqué ci-dessous.

Si le ministre exprime l'opinion, selon le sous-alinéa 46.01(1)(e)(i) de la *Loi sur l'immigration*, que vous êtes un danger pour le public au Canada, et si vous avez présenté ou avez l'intention de présenter une demande du statut de réfugié, cette demande ne sera pas transmise pour décision à la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

Le ministre étudiera si vous êtes un danger pour le public et examinera les considérations humanitaires qui pourraient s'appliquer à votre cas. Cela nécessitera une évaluation de la menace que vous posez pour le public au Canada, ainsi qu'une évaluation des risques que pourrait entraîner pour vous votre renvoi dans le pays d'où vous veniez lorsque vous êtes arrivé au Canada, dans le pays où vous avez résidence permanente, dans le pays dont vous êtes ressortissant ou dans le pays où vous êtes né. Ce qui suit est la liste des documents dont pourrait tenir compte le ministre.

[. .]

Avant que le ministre se fasse une opinion, vous pouvez présenter par écrit les observations ou arguments que vous estimez nécessaires et soumettre toute preuve documentaire que vous croyez utile. Prière de noter cependant que toutes ces pièces doivent être présentées dans l'une des langues officielles du Canada. Les observations, arguments ou éléments de preuve en question seront étudiés par le ministre, mais doivent être reçus par la CIC à l'adresse indiquée ci-dessus dans les 15 jours qui suivront la réception de la présente lettre. Vos éléments de preuve, arguments ou autres observations doivent porter sur les points suivants: Êtes-vous ou non un danger pour le public? Votre cas suscite-t-il des considérations humanitaires impérieuses?

removal from Canada.

You will be informed in writing of the decision of the Minister. [Emphasis added.]

[8] On November 10, 1997, CIC Kingston received written submissions from the applicant. On November 25, 1997, the manager of CIC Kingston signed a ministerial opinion report approving the recommendation of immigration officer Dunn to seek the Minister's opinion under subparagraph 46.01(1)(e)(i).

[9] On December 8, 1997, a reviewing officer stated the following in a request for the Minister's opinion:

I have carefully reviewed the notification letter, the supporting documents identified in this notice and the Ministerial Opinion Report prepared by the CIC as well as the submission presented by the client. The foregoing documents comprise the entirety of the material provided to the Minister's Delegate in support of the request that he form an opinion that Linton Wishart constitutes a danger to the public pursuant to subparagraph 46.01(1)(e)(i) of the *Immigration Act*.

[10] On December 9, 1997, W. A. Sheppit, a delegate for the Minister of Citizenship and Immigration, declared that the applicant constituted a danger to the public in Canada under subparagraph 46.01(1)(e)(i) of the Act. That decision is the subject of this application for judicial review.

2. Analysis

[11] When this matter was heard, counsel for the applicant urged that there were several grounds, in the circumstances of this case, upon which this Court should intervene: the Minister did not provide reasons for the decision, the evidence did not support the danger opinion, the applicant was denied procedural fairness, and the decision was contrary to the rights guaranteed under sections 7 and 15 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 my opinion, the result here depends on an issue of jurisdiction in light of the purpose for which the danger opinion was issued.

Dans quelle mesure votre renvoi du Canada menace-t-il votre vie ou vos libertés?

Vous serez informé par écrit de la décision du ministre. [Non souligné dans l'original.]

[8] Le 10 novembre 1997, CIC Kingston recevait les conclusions écrites du demandeur. Le 25 novembre 1997, le directeur de CIC Kingston signait un rapport sur l'avis du ministre approuvant la recommandation de l'agent d'immigration Dunn d'obtenir l'avis du ministre en vertu du sous-alinéa 46.01(1)e(i).

[9] Le 8 décembre 1997, un agent de réexamen mentionnait ce qui suit dans une [TRADUCTION] «Demande de l'avis du ministre»:

[TRADUCTION] J'ai examiné attentivement la lettre d'avis, les documents à l'appui mentionnés dans cet avis et le Rapport sur l'avis du ministre préparé par CIC de même que les arguments présentés par le client. Les documents susmentionnés constituent l'ensemble des documents fournis au délégué du ministre au soutien de la demande d'émission d'un avis selon lequel Linton Wishart constitue un danger pour le public aux termes du sous-alinéa 46.01(1)e(iv) de la *Loi sur l'immigration*.

[10] Le 9 décembre 1997, W. A. Sheppit, un délégué du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, déclarait selon le sous-alinéa 46.01(1)e(i) de la Loi que le demandeur constituait un danger pour le public au Canada. C'est cette décision qui fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire.

2. Analyse

[11] Durant l'instruction de la demande, l'avocat du demandeur a fait valoir que, vu les circonstances de l'affaire, plusieurs motifs justifiaient l'intervention de la Cour: le ministre n'avait pas motivé sa décision, les faits n'autorisaient pas l'opinion selon laquelle le demandeur constituait un danger, l'équité procédurale avait été refusée au demandeur, enfin la décision empiétait sur les droits garantis par les articles 7 et 15 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]]. Selon moi, le résultat ici tient à une question de compétence, vu l'objet pour lequel l'opinion du ministre a été obtenue.

[12] The Act provides for the Minister or her delegate to determine that a person constitutes a danger to the public in certain circumstances. Under the relevant provisions, when an immigration officer determines that a person has committed a serious offence in Canada, or a comparable offence outside of Canada, unless the Minister is satisfied that the person has rehabilitated himself or herself in the five years following a conviction, a disclosure package may be sent to the person advising him or her that the Minister may determine whether the person is a danger to the public. The disclosure package contains all of the information from the Department that the Minister or the Minister's delegate will consider. The person concerned has 15 days to make any desired submissions to be considered by the Minister. If submissions are received, the Minister or the Minister's delegate considers those, as well as the information previously included in the disclosure package, and determines whether the person constitutes a danger to the public.

[13] The Act provides that the procedure may be used in the case of a refugee claimant who has been convicted of a serious offence to determine whether he or she constitutes a danger to the public. If so, that person is precluded from having his or her refugee claim considered (subparagraph 46.01(1)(e)(i) of the Act). Further, the procedure may be used to determine that a permanent resident or a Convention refugee [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] constitutes a danger to the public because he or she has committed a serious offence. If so, that person may not appeal to the Immigration Appeal Board, as he or she may otherwise do, if a removal order is issued against him or her (subsection 70(5) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13] of the Act).

[14] In this case, the decision was made pursuant to subparagraph 46.01(1)(e)(i) of the Act, which provides:

46.01 (1) A person who claims to be a Convention refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if the person

[12] La Loi prévoit que le ministre ou son délégué décide si une personne constitue en certaines circonstances un danger pour le public. Selon les dispositions applicables, lorsqu'un agent d'immigration constate qu'une personne a commis une infraction grave au Canada, ou une infraction comparable en dehors du Canada, alors, à moins que le ministre ne soit convaincu que cette personne a réussi sa réadaptation dans les cinq ans qui ont suivi sa peine, un dossier peut être envoyé à cette personne pour l'informer des documents que le ministre prendra en compte pour déterminer si elle constitue ou non un danger pour le public. Ce dossier renferme tous les renseignements, détenus par le Ministère, que le ministre ou son délégué examinera. La personne concernée a 15 jours pour communiquer ses observations au ministre. Si des observations sont reçues, le ministre ou son délégué les étudie, de même que les renseignements figurant déjà dans le dossier, puis il décide si l'intéressé constitue un danger pour le public.

[13] La Loi prévoit que la procédure peut être employée dans le cas d'un revendicateur du statut de réfugié qui a été déclaré coupable d'une infraction grave, afin de savoir s'il constitue un danger pour le public. Si tel est le cas, la revendication du statut de réfugié présentée par cette personne ne peut être étudiée (sous-alinéa 46.01(1)e)(i) de la Loi). La procédure peut aussi être employée pour dire si un résident permanent ou un réfugié au sens de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] constitue un danger pour le public lorsqu'il a commis une infraction grave. Dans l'affirmative, cette personne ne peut faire appel à la section d'appel de l'immigration, comme elle serait autrement fondée à le faire, si une mesure de renvoi était prononcée contre elle (paragraphe 70(5) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13] de la Loi).

[14] En l'espèce, la décision a été prise conformément au sous-alinéa 46.01(1)e)(i) de la Loi, ainsi rédigé:

46.01 (1) La revendication de statut n'est pas recevable par la section du statut si l'intéressé se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes:

...

[. . .]

(e) has been determined by an adjudicator to be

(i) a person described in paragraph 19(1)(c) or subparagraph 19(1)(c.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada

e) l'arbitre a décidé qu'il appartient à l'une des catégories visées:

(i) à l'alinéa 19(1)c) ou au sous-alinéa 19(1)c.1)(i) et, selon le ministre, il constitue un danger pour le public au Canada

[15] Subparagraph 46.01(1)(e)(i) eliminates a prospective Convention refugee claimant's right to have a refugee claim determined if the Minister has determined that the claimant constitutes a danger to the public in Canada and the claimant has been convicted in Canada of an offence punishable by ten years of imprisonment (paragraph 19(1)(c) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11]) or if there are reasonable grounds to believe that the person has been convicted of an offence outside of Canada which would constitute an offence punishable by ten years of imprisonment in Canada, unless the Minister is satisfied that the person has rehabilitated himself or herself, and that at least five years have elapsed since the expiration of the sentence (subparagraph 19(1)(c.1)(i) [as am. *idem*; 1995, c. 15, s. 2]).

[16] In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at pages 853-854, Madam Justice L'Heureux-Dubé had this to say about judicial review of discretionary decisions:

Administrative law has traditionally approached the review of decisions classified as discretionary separately from those seen as involving the interpretation of rules of law. The rule has been that decisions classified as discretionary may only be reviewed on limited grounds such as the bad faith of decision-makers, the exercise of discretion for an improper purpose, and the use of irrelevant considerations: see, for example, *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pp. 7-8; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231. . . . However, discretion must still be exercised in a manner that is within a reasonable interpretation of the margin of manoeuvre contemplated by the legislature, in accordance with the principles of the rule of law (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121), in line with general principles of administrative law governing the exercise of discretion, and consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Slaight Communications Inc. v.*

[15] Le sous-alinéa 46.01(1)e)(i) élimine le droit d'un éventuel revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention d'obtenir qu'il soit statué sur sa revendication si le ministre arrive à la conclusion que le revendicateur constitue un danger pour le public au Canada et que le revendicateur a été déclaré coupable au Canada d'une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement de dix ans (alinéa 19(1)c) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11]), ou s'il y a des motifs raisonnables de croire que l'intéressé a, à l'étranger, été déclaré coupable d'une infraction qui, au Canada, constituerait une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement de dix ans, à moins que le ministre ne soit convaincu que l'intéressé a réussi sa réadaptation et qu'une période d'au moins cinq ans s'est écoulée depuis l'expiration de la peine (sous-alinéa 19(1)c.1)(i) [mod. *idem*; 1995, ch. 15, art. 2]).

[16] Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux pages 853 et 854, M^{me} le juge L'Heureux-Dubé s'exprime ainsi à propos du contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires:

Le droit administratif a traditionnellement abordé le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément de décisions sur l'interprétation de règles de droit. Le principe est qu'on ne peut exercer un contrôle judiciaire sur les décisions discrétionnaires que pour des motifs limités, comme la mauvaise foi des décideurs, l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans un but incorrect, et l'utilisation de considérations non pertinentes: voir, par exemple, *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux pp. 7 et 8; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231 [. . .] Toutefois, l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit quand même rester dans les limites d'une interprétation raisonnable de la marge de manoeuvre envisagée par le législateur, conformément aux principes de la primauté du droit (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121), suivant les principes généraux de droit administratif régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et de façon conciliable avec la *Charte*

Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038). [Emphasis added.]

[17] In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592, the Federal Court of Appeal discussed the familiar principles of law regarding discretionary decisions of government officials at pages 672-673:

The law does not recognize the concept of “unfettered discretion”. All discretionary powers must be exercised “according to law” and, therefore, their exercise by administrative officers are subject to certain implied limitations. Those implied limitations are in addition to those which involve procedural deficiencies amounting to breaches of the fairness rules. The expression most often used in the Federal Court is that a discretion must be exercised “judicially”. That term is taken to mean that if a decision were made in bad faith, that is for an improper purpose or motive, in a discriminatory manner, or the decision maker ignored a relevant factor or considered an irrelevant one, then the decision must be set aside. [Emphasis added.]

[18] In *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 619 (T.D.), Mr. Justice Gibson quotes [at page 626] from *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.) to illustrate the basis for the judicial review of a danger opinion:

In paragraph 17 [pages 663-664] of *Williams*, the Court wrote:

It is striking that subsection 70(5) says that no appeal may be made under subsection 70(1) “where the Minister is of the opinion” . . . , not “where a judge is of the opinion” that the deportee constitutes a danger. Nor did Parliament put the matter in objective terms whereby a certificate precluding further appeal could only be issued where it is “established” or “determined” that the appellant constitutes a danger to the public in Canada. Instead the power to make such a finding is stated in subjective terms: the test is not whether the permanent resident is a danger to the public but whether “the Minister is of the opinion” . . . that he is such a danger. There is ample authority that, unless the overall scheme of the Act indicates otherwise through e.g. an unlimited right of appeal of such an opinion, such subjective decisions cannot be judicially reviewed except on grounds such as that the decision maker acted in bad faith, or erred in law, or acted upon the basis of irrelevant considerations.

canadienne des droits et libertés (Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038). [Non souligné dans l’original.]

[17] Dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 2 C.F. 592, la Cour d’appel fédérale expose, aux pages 672 et 673, les principes familiers du droit se rapportant aux décisions discrétionnaires des agents de l’État:

Le droit ne reconnaît pas la notion de «pouvoir discrétionnaire absolu». Tout pouvoir discrétionnaire doit être exercé «conformément au droit» et, par conséquent, son exercice par les agents administratifs est soumis à un certain nombre de limites implicites. Ces limites implicites s’ajoutent à celles qui sont liées aux vices de procédure qui constituent des manquements aux règles de l’équité. Pour reprendre l’expression la plus souvent utilisée devant la Cour fédérale, un pouvoir discrétionnaire doit être exercé «judiciairement». On entend par là que si la personne qui a rendu la décision a agi de mauvaise foi, c’est-à-dire pour un motif ou dans un but irrégulier, de façon discriminatoire, en ignorant un facteur pertinent ou en tenant compte d’un facteur non pertinent, la décision doit être annulée. [Non souligné dans l’original.]

[18] Dans la décision *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 1 C.F. 619 (1^{re} inst.), le juge Gibson cite [à la page 626] l’arrêt *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.) pour illustrer le fondement de l’examen judiciaire d’un avis du ministre en matière de danger:

Au paragraphe 17 [pages 663 et 664] de l’arrêt *Williams*, la Cour dit:

Il est frappant que le paragraphe 70(5) dispose que ne peut faire appel l’intéressé qui constitue un danger «selon le ministre» et non «selon le juge». Par ailleurs, le législateur n’a pas formulé la disposition de manière objective, c’est-à-dire en prescrivant qu’une attestation interdisant un autre appel peut uniquement être délivrée s’il est «établi» ou «décidé» que l’appelant constitue un danger pour le public au Canada. Le législateur a plutôt eu recours à une formulation subjective pour énoncer le pouvoir de tirer une telle conclusion: le critère n’est pas celui de savoir si le résident permanent constitue un danger pour le public, mais celui de savoir si, «selon le ministre», il constitue un tel danger. Il existe une jurisprudence abondante selon laquelle, à moins que toute l’économie de la Loi n’indique le contraire en accordant par exemple un droit d’appel illimité contre un tel avis, ces décisions subjectives ne peuvent pas être examinées par les tribunaux, sauf pour des motifs comme la mau-

Further, when confronted with the record which was, according to undisputed evidence, before the decision maker, and there is no evidence to the contrary, the Court must assume that the decision maker acted in good faith in having regard to that material. [Emphasis added.]

[19] In *Rasa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 22 Admin. L.R. (3d) 129 (F.C.T.D.), at paragraph 66, Mr. Justice O'Keefe discusses the principles which may justify overturning a discretionary decision of the Minister:

I have already ruled that the standard of review to be applied to the Minister's decision pursuant to paragraph 53(1)(d) is reasonableness *simpliciter*. The Minister's decision must now be scrutinized from an administrative law viewpoint to determine whether the decision is a reasonable decision. It is accepted that when a delegate such as the Minister has been granted wide discretion by the use of words such as "and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to Canada", then in those cases, considerable deference should be afforded to the Minister's decision. That is not to say that the Minister's decision need not be reasonable. The courts have traditionally only overturned the Minister if certain implied limitations have not been met or if there are procedural deficiencies which amount to breaches of the fairness rule. The discretion must be exercised judicially. A discretion would not be exercised judicially if it was made in bad faith, that is, for an improper purpose or motive or if it was made in a discriminatory manner or if the tribunal ignored a relevant fact or considered an irrelevant fact. An exercise of discretion based on a mistaken principle of law or misapprehension of the facts would also lead to a finding that the discretion was not exercised judicially. [Emphasis added.]

[20] In *Thompson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 37 Imm. L.R. (2d) 9 (F.C.T.D.), at paragraph 14, Gibson J. states:

I consider the nature of the respondent's decision-making power in subsection 70(5) to be broadly discretionary. The language of "opinion" clearly denotes a legislative intent to provide the respondent Minister with a wide discretion to determine "danger to the public in Canada". Considering the discretionary nature of the decision under review, I am guided by the decision of the Federal Court of Appeal in

vaie foi du décideur, une erreur de droit ou la prise en considération de facteurs dénués de pertinence. En outre, lorsque la Cour est saisie du dossier qui, selon une preuve non contestée, a été soumis au décideur, et que rien ne permet de conclure le contraire, celle-ci doit présumer que le décideur a agi de bonne foi en tenant compte de ce dossier. [Non souligné dans l'original.]

[19] Dans la décision *Rasa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 22 Admin. L.R. (3d) 129 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 66, le juge O'Keefe analyse le principe qui pourrait justifier l'annulation d'une décision discrétionnaire du ministre:

J'ai déjà statué que la norme de contrôle à appliquer à la décision du ministre conformément à l'alinéa 53(1)d) est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. La décision du ministre doit maintenant être examinée au point de vue du droit administratif en vue de déterminer si elle est raisonnable. Il est reconnu que lorsqu'un fondé de pouvoir comme le ministre s'est vu conférer un vaste pouvoir discrétionnaire (au moyen d'un libellé tel que «selon le ministre, elle constitue un danger au Canada»), il faut faire preuve d'une retenue considérable à l'égard de la décision du ministre. Cela ne veut pas dire que la décision du ministre n'a pas à être raisonnable. Les tribunaux ont toujours infirmé la décision du ministre uniquement si certaines limitations implicites n'étaient pas respectées ou s'il y avait des irrégularités procédurales équivalant à une violation de la règle de l'équité. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé d'une façon judicieuse. Un pouvoir discrétionnaire ne serait pas exercé d'une façon judicieuse s'il y avait mauvaise foi, c'est-à-dire si ce pouvoir était exercé à des fins ou pour un motif illégitime ou d'une façon discriminatoire ou si le tribunal ne tenait pas compte d'un fait pertinent ou s'il tenait compte d'un fait non pertinent. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire fondé sur un mauvais principe de droit ou sur une mauvaise compréhension des faits permettrait également de conclure que le pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé d'une façon judicieuse. [Non souligné dans l'original.]

[20] Dans la décision *Thompson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 37 Imm. L.R. (2d) 9 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 14, le juge Gibson s'exprime ainsi:

J'estime que le pouvoir décisionnaire qu'accorde le paragraphe 70(5) à l'intimé est largement discrétionnaire. Le mot «opinion» (employé dans la version anglaise de cette disposition) dénote clairement une intention législative de procurer au ministre intimé une grande latitude pour ce qui est de déterminer s'il y a «danger pour le public au Canada». En ce qui concerne la nature discrétionnaire de la

Shah v. Canada (Minister of Employment and Immigration), where Hugessen J.A. noted with respect to the burden on an applicant to demonstrate an error in the exercise of a discretion:

To succeed in his attack here the applicant must show that the decision-maker erred in law, proceeded on some wrong or improper principle or acted in bad faith. It is a heavy burden

I adopt the dicta of Hugessen J.A. as it relates to this application. I consider the reviewability of this decision to be contingent on counsel for the applicant establishing that the decision-maker erred in law, acted in bad faith, or proceeded on a wrong principle. As Hugessen J.A. noted, the burden on the applicant is a heavy one. [Emphasis added.]

[21] Finally, in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, Mr. Justice Rand states [at page 143]:

“Good faith” in this context, applicable both to the respondent and the general manager, means carrying out the statute according to its intent and for its purpose; it means good faith in acting with a rational appreciation of that intent and purpose and not with an improper intent and for an alien purpose; it does not mean for the purposes of punishing a person for exercising an unchallengeable right; it does not mean arbitrarily and illegally attempting to divest a citizen of an incident of his civil status. [Emphasis added.]

[22] The evidence here demonstrates that the purpose for issuing the danger opinion was to prevent Mr. Wishart from claiming refugee status at an immigration hearing, as the letter of September 16, 1997, from immigration officer Dunn proposed. Moreover, the covering letter with the package which was sent to the applicant on November 3, 1997, stated, if the Minister were to conclude he constituted a danger to the public, any refugee claim Mr. Wishart might make would not be referred to the CRDD.

décision visée par le contrôle judiciaire, je suis guidé dans ma démarche par la décision de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Shah c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, où le juge d’appel Hugessen fait remarquer ce qui suit au sujet du fardeau qu’a une partie requérante de montrer qu’une erreur a été commise dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire:

Pour avoir gain de cause, la partie requérante doit démontrer que la personne investie d’un pouvoir discrétionnaire a commis une erreur de droit, a appliqué un principe erroné ou inapplicable ou a agi de mauvaise foi. Il s’agit d’un fardeau très lourd [. . .]

Je souscris à la remarque incidente du juge d’appel Hugessen pour ce qui est de la présente demande. Selon moi, la possibilité de soumettre cette décision à un contrôle judiciaire est subordonnée au fait que l’avocat du requérant fasse la preuve que le décisionnaire a commis une erreur de droit, a agi de mauvaise foi ou a appliqué un principe erroné. Comme le fait remarquer le juge Hugessen, le fardeau qui pèse sur les épaules du requérant est très lourd. [Non souligné dans l’original.]

[21] Finalement, dans l’arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, le juge Rand tient les propos suivants [à la page 143]:

[TRADUCTION] La «bonne foi» consistait, dans de telles circonstances, tant pour l’intimé que pour le gérant général, à appliquer la loi d’une manière conforme à son intention et dans le but auquel elle tend; cela signifie qu’ils devaient agir de bonne foi dans une appréciation raisonnable de cette intention et de ce but, et non dans une intention hors de propos et pour un but étranger; cela ne signifie pas qu’ils devaient agir dans le but de punir une personne qui avait exercé un droit incontestable; cela ne signifie pas non plus qu’ils devaient essayer arbitrairement et illégalement de dépouiller un citoyen d’un élément de son statut de citoyen. [Non souligné dans l’original.]

[22] En l’espèce, la preuve montre que l’objet de l’avis relatif au danger que constituait le demandeur était d’empêcher M. Wishart de revendiquer le statut de réfugié dans une audience en matière d’immigration, comme le proposait la lettre de l’agent d’immigration Dunn en date du 16 septembre 1997. Par ailleurs, la lettre accompagnant le dossier qui a été envoyé au demandeur le 3 novembre 1997 mentionnait que, si le ministre devait conclure que le demandeur constituait un danger pour le public, alors toute revendication du statut de réfugié que M. Wishart pourrait présenter ne serait pas transmise à la SSR.

[23] Under the *Immigration Act*, the Minister may issue danger opinions, but only under limited circumstances. While the time when this may be done is not restricted under the statute, the danger opinion is to be considered in circumstances where the concern about danger to the public is *bona fide*. Parliament surely did not intend otherwise. To form the opinion for the purpose of foreclosing an opportunity, otherwise open under the Act, to claim refugee status, in my opinion, is not within the discretion vested in the Minister under the Act. The Minister's use of the danger opinion here, to prevent Mr. Wishart from making a refugee claim, effectively deprived him of an opportunity which was his under the Act. In my view, that was an error of jurisdiction.

[24] The appropriate standard of review in considering an error that goes to jurisdiction is correctness. In *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, Beetz J. explained jurisdictional error in these terms, at pages 420-421:

A jurisdictional error results generally in an excess of jurisdiction or a refusal to exercise jurisdiction, whether at the start of the hearing, during it, in the findings or in the order disposing of the matter. Such an error, even if committed in the best possible good faith, will result nonetheless in the decision containing it being set aside

[25] This was affirmed in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, where Mr. Justice Iacobucci held, at page 590:

Having regard to the large number of factors relevant in determining the applicable standard of review, the courts have developed a spectrum that ranges from the standard of reasonableness to that of correctness. Courts have also enunciated a principle of deference that applies not just to the facts as found by the tribunal, but also to the legal questions before the tribunal in the light of its role and expertise

At the correctness end of the spectrum, where deference in terms of legal questions is at its lowest, are those cases

[23] Selon la *Loi sur l'immigration*, le ministre peut dire si une personne constitue ou non un danger, mais seulement en des circonstances restreintes. La loi n'impose pas de limites temporelles à cette procédure, mais l'avis du ministre ne peut être envisagé que lorsque la crainte d'un danger pour le public est réelle. Le législateur n'avait sûrement pas une intention contraire. Selon moi, il ne relève pas du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par la Loi d'émettre un avis dans le dessein de supprimer la possibilité, prévue par ailleurs dans la Loi, de revendiquer le statut de réfugié. En l'espèce, si le ministre a utilisé son pouvoir d'émettre un avis concernant le danger que constituait M. Wishart, c'était pour empêcher celui-ci de revendiquer le statut de réfugié, ce qui l'a privé d'une possibilité que lui donnait la Loi. Selon moi, c'était là une erreur portant sur la compétence.

[24] La norme de contrôle à appliquer dans l'examen d'une erreur qui concerne la compétence est celle de la décision correcte. Dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, le juge Beetz explique en ces termes, aux pages 420 et 421, l'erreur portant sur la compétence:

L'erreur juridictionnelle entraîne le plus souvent un excès de compétence ou un refus d'exercer une compétence, soit dans l'ouverture d'une enquête, soit en cours d'enquête, soit encore dans ses conclusions ou son dispositif. Une telle erreur, même commise de la meilleure foi du monde, entraîne néanmoins l'annulation de la décision [. . .]

[25] Ces propos ont été confirmés dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, où le juge Iacobucci s'exprime ainsi, à la page 590:

Compte tenu du grand nombre de facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle applicable, les tribunaux ont élaboré toute une gamme de normes allant de celle de la décision manifestement déraisonnable à celle de la décision correcte. Les tribunaux ont également formulé un principe de retenue judiciaire qui s'applique à l'égard non seulement des faits constatés par le tribunal, mais aussi des questions de droit dont le tribunal est saisi en raison de son rôle et de son expertise [. . .]

Quand aux décisions correctes où l'on est tenu à une moins grande retenue relativement aux questions juridiques,

where the issues concern the interpretation of a provision limiting the tribunal's jurisdiction (jurisdictional error) . . .

[26] Mr. Wishart has been in Canada illegally since 1983. Although immigration officials commenced the procedure to remove him from Canada by issuing a section 27 report to initiate an immigration inquiry, I note that since he was in Canada illegally, no danger opinion was necessary for a removal order to be issued against him. If in those circumstances, Parliament leaves opportunity for him to claim refugee status, which he had not yet done, that opportunity is not to be eliminated by a danger opinion that is made primarily for that purpose.

3. Conclusion

[27] The Minister erred in the exercise of jurisdiction by issuing a danger opinion for an improper purpose, namely, to prevent the applicant from making a refugee claim. An order will issue quashing that opinion made against the applicant. Since the Minister committed an error of jurisdiction, the matter will not be referred for reconsideration by the Minister, who is left to deal with the applicant in accord with the procedures established by the Act.

[28] Counsel for the applicant suggested questions for consideration pursuant to subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the Act, questions related to other grounds than the issue of improper purpose which is the basis of this Court's determination. Counsel for the respondent argued that the questions proposed were not appropriate for certification. In my opinion, no question within subsection 83(1) relevant to this decision was proposed and no question suggested by counsel for the applicant is certified.

[29] Since the issue upon which I base my decision was not dealt with significantly in argument by counsel, it seems to me appropriate that before issuing an order allowing the application, counsel for the parties should have a further opportunity to consider a question for certification under subsection 83(1).

ce sont les cas où les questions en litige portent sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence du tribunal (erreur dans l'exercice de la compétence) [. . .]

[26] M. Wishart est au Canada illégalement depuis 1983. Les fonctionnaires de l'immigration ont engagé la procédure visant son renvoi du Canada en préparant un rapport selon l'article 27 pour que soit tenue une enquête d'immigration, mais je note que, puisqu'il était au Canada illégalement, aucune opinion sur le danger qu'il pouvait constituer n'était nécessaire pour qu'une mesure de renvoi soit prononcée contre lui. Si en l'occurrence le législateur lui laisse la possibilité de revendiquer le statut de réfugié, ce qu'il n'avait pas encore fait, cette possibilité ne saurait être éliminée par un avis du ministre ayant essentiellement cet objet.

3. Conclusion

[27] Le ministre a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence en émettant un avis dans un but illégitime, c'est-à-dire en vue d'empêcher le demandeur de revendiquer le statut de réfugié. Une ordonnance sera rendue, qui annulera cet avis exprimé à l'encontre du demandeur. Puisque le ministre a commis une erreur de compétence, l'affaire ne sera pas renvoyée pour réexamen par le ministre, qui doit maintenant traiter le demandeur en conformité avec les procédures établies par la Loi.

[28] L'avocat du demandeur a proposé des questions pour examen, conformément au paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la Loi, des questions liées à des aspects autres que celui du but illégitime, fondement de la décision de la Cour. L'avocat du défendeur a fait valoir que les questions proposées ne se prêtaient pas à une certification. Selon moi, aucune question, au sens du paragraphe 83(1), se rapportant à la présente décision n'a été proposée, et aucune question proposée par l'avocat du demandeur n'est certifiée.

[29] Puisque la question sur laquelle je fonde ma décision n'a pas été abordée clairement par les avocats dans leurs plaidoiries, il m'apparaît indiqué que, avant qu'une ordonnance accueillant la demande ne soit rendue, les avocats des parties conservent la possibilité d'envisager une question en vue de sa certification

I invite counsel to consult and to submit any question upon which they may agree, or about which their views may differ, on or before March 1, 2001.

selon le paragraphe 83(1). J'invite les avocats à se consulter et à proposer, au plus tard le 1^{er} mars 2001, toute question dont ils pourraient convenir ou sur laquelle ils pourraient diverger.

A-794-99
2001 FCA 10

A-794-99
2001 CAF 10

Lloyd Lewis McLean (*Appellant*)

Lloyd Lewis McLean (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: MCLEAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)

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

Court of Appeal, Noël, Evans and Sharlow J.J.A.—
Vancouver, February 7 and 8, 2001.

Cour d'appel, juges Noël, Evans et Sharlow, J.C.A.—
Vancouver, 7 et 8 février 2001.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality Rights — Appeal from dismissal of application for judicial review of denial of citizenship application — Appellant born in 1943 in U.S.A. in wedlock to American father, Canadian mother — Landed in Canada in 1951 — Ordered deported first of many times in 1972 — Subject of many inquiries at which assertion of Canadian citizenship always negated — 1947 Citizenship Act, s. 4 granting citizenship to children born prior to 1947 outside of Canada in wedlock if father Canadian; s. 5 according same status to those born after 1947 — Citizenship Act, 1976, s. 5(2)(b) removing differential treatment for those born after 1947 — Benner v. Secretary of State holding s. 5(2)(b) unconstitutional as imposing more onerous requirements on those claiming citizenship through mothers — Appellant arguing differential distinction used to deny him citizenship equally contrary to Charter, s. 15 — Arguing Citizenship Act never engaged because never formally applied for recognition of citizenship — Citizenship having implications under variety of statutes — Defining moment when confronted by law taking lack of citizenship into account i.e. when determined not Canadian citizen upon resisting deportation on that basis — Appellant engaging provisions of Citizenship Act well before Charter came into force — Seeking retroactive application of Charter — Appeal dismissed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire présentée suite au rejet d'une demande d'obtention de la citoyenneté — Appellant né en 1943 aux É.U.A., du mariage d'un père américain et d'une mère canadienne — Droit d'établissement au Canada en 1951 — Première de plusieurs expulsions en 1972 — Plusieurs enquêtes se sont soldées par la conclusion qu'il n'y avait pas droit à la citoyenneté canadienne — L'art. 4 de la Loi sur la citoyenneté canadienne de 1947 accordait la citoyenneté aux enfants nés d'un père canadien hors du Canada des liens du mariage avant 1947; l'art. 5 accorde le même droit aux enfants nés après 1947 — L'art. 5(2)(b) de la Loi sur la citoyenneté de 1976 est venu supprimer cette différence de traitement pour les personnes nées après 1947 — L'arrêt Benner c. Secrétaire d'État a conclu que l'art. 5(2)(b) était inconstitutionnel en ce qu'il imposait des conditions plus exigeantes à ceux qui réclamaient la citoyenneté par filiation maternelle — L'appellant soutient que la distinction sur laquelle on s'appuie pour lui refuser la citoyenneté enfreint l'art. 15 de la Charte — Il soutient n'avoir jamais invoqué la Loi sur la citoyenneté, puisqu'il n'a jamais fait une demande formelle de citoyenneté — La citoyenneté a des conséquences en vertu de plusieurs lois — Le moment qui importe est celui où il s'est heurté à un texte de loi qui tenait compte du fait qu'il n'était pas citoyen, c.-à-d. lorsqu'il s'est opposé à son expulsion au motif qu'il était un citoyen canadien et qu'on a décidé que ce n'était pas le cas — L'appellant connaissait les dispositions de la Loi sur la citoyenneté bien avant que la Charte n'entre en vigueur — Il recherchait une application rétroactive de la Charte — Appel rejeté.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from dismissal of application for judicial review of denial of citizenship application — Appellant born in 1943 in U.S.A. in wedlock to American father, Canadian mother — 1947 Citizenship Act, s. 4 granting citizenship to children born prior to 1947 outside of Canada in wedlock if father Canadian; s. 5 according same status to those born

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire présentée suite au rejet d'une demande d'obtention de la citoyenneté — Appellant né en 1943 aux É.U.A., du mariage d'un père américain et d'une mère canadienne — L'art. 4 de la Loi sur la citoyenneté canadienne de 1947 accordait la citoyenneté aux enfants nés d'un père canadien

after 1947 — Citizenship Act, 1976, s. 5(2)(b) removing differential treatment for those born after 1947 — Benner v. Secretary of State holding s. 5(2)(b) unconstitutional — Appellant arguing differential distinction relied upon to deny him citizenship also contrary to Charter, s. 15 — Reasoning in Benner applies to persons born prior to 1947 in wedlock outside Canada to Canadian-born mothers, but application of Charter would be retroactive.

This was an appeal from the dismissal of an application for judicial review of the denial of a citizenship application. The appellant was born in wedlock in the United States of America in 1943 to an American father and a Canadian mother. The appellant moved to Canada sometime between 1947 and 1949 and was granted landing as a permanent resident in 1951. He was ordered deported in 1972 as a result of narcotics convictions. He was subsequently ordered deported some 12 times and on each occasion he was the subject of an inquiry, at which he asserted that he was a Canadian citizen. Each time he was advised that he was not a Canadian citizen. In 1997 the appellant requested a certificate of proof of citizenship. The request was treated as a citizenship application and was denied. The subsequent application for judicial review was also denied.

Under *The Canadian Citizenship Act* of 1947, section 4 a child born in wedlock outside of Canada before the commencement of the Act was granted citizenship if his father had been born in Canada. Subparagraph 5(b)(i) (as it then was) extended Canadian citizenship to persons born after the commencement of the Act outside of Canada to a Canadian father. No such right was granted to a child born in wedlock to a Canadian-born mother. In 1977 paragraph 5(2)(b) extended the right of citizenship to those born outside of Canada before February 15, 1977 to a Canadian mother and who was not entitled to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i). In *Benner v. Secretary of State*, which involved an individual who was born after 1947, and who qualified under paragraph 5(2)(b), the Supreme Court of Canada held that requiring children of a Canadian mother to complete security checks and take an oath of allegiance imposed more onerous requirements on those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage than on those whose claims depended upon paternal lineage thus violating Charter, section 15.

The appellant argued that his application should not have been processed pursuant to paragraph 5(2)(b) because at the

hors du Canada des liens du mariage avant 1947; l'art. 5 accorde le même droit aux enfants nés après 1947 — L'art. 5(2)(b) de la Loi sur la citoyenneté de 1976 est venu supprimer cette différence de traitement pour les personnes nées après 1947 — L'arrêt Benner c. Secrétaire d'État a conclu que l'art. 5(2)(b) était inconstitutionnel — L'appellant soutient que la distinction sur laquelle on s'appuie pour lui refuser la citoyenneté enfreint l'art. 15 de la Charte — Le raisonnement de l'arrêt Benner s'applique aux personnes nées hors Canada avant 1947 des liens du mariage, dont la mère était née au Canada, mais le recours à la Charte lui donnerait un caractère rétroactif.

Le présent appel porte sur le rejet d'une demande de contrôle judiciaire présentée suite au rejet d'une demande d'obtention de la citoyenneté canadienne. L'appellant est né des liens du mariage aux États-Unis d'Amérique en 1943, d'un père américain et d'une mère canadienne. Il est venu s'installer au Canada entre 1947 et 1949, et il a obtenu le droit d'établissement à titre de résident permanent en 1951. Il a été expulsé en 1972, suite à sa condamnation pour trafic de stupéfiants. Il a été expulsé à 12 occasions par la suite. Avant chacune de ces expulsions, l'appellant a fait l'objet d'une enquête et il a chaque fois affirmé qu'il était citoyen canadien. Chaque fois qu'il a présenté ces affirmations on l'a informé qu'il n'était pas un citoyen. En 1997, l'appellant a réclamé un certificat prouvant sa citoyenneté. La demande a été traitée comme une demande de citoyenneté canadienne et elle a été rejetée. La demande subséquente pour obtenir le contrôle judiciaire a aussi été rejetée.

En vertu de l'article 4 de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, un enfant né hors du Canada dans les liens du mariage avant l'entrée en vigueur de la Loi obtenait la citoyenneté si son père était né au Canada. L'alinéa 5b)(i) d'alors accordait aussi la citoyenneté canadienne aux personnes nées hors du Canada d'un père canadien après l'entrée en vigueur de la Loi. Ce droit n'était pas accordé à un enfant né dans les liens du mariage d'une mère canadienne. En 1977, l'alinéa 5(2)(b) est venu étendre le droit à la citoyenneté aux personnes nées à l'étranger d'une mère canadienne avant le 15 février 1977, qui n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de l'ancienne Loi. Dans l'arrêt *Benner c. Secrétaire d'État*, qui portait sur une personne née après 1947 et qui pouvait donc se prévaloir de l'alinéa 5(2)(b), la Cour suprême du Canada a conclu que le fait d'exiger que les enfants nés d'une mère canadienne se soumettent à une enquête de sécurité et prêtent serment d'allégeance imposait des conditions plus exigeantes à ceux qui réclamaient la citoyenneté canadienne par filiation maternelle qu'à ceux qui se fondaient pour ce faire sur leur filiation paternelle, ce qui enfreignait l'article 15 de la Charte.

L'appellant a soutenu que sa demande n'aurait pas du être traitée comme une demande fondée sur l'alinéa 5(2)(b),

relevant time he was a Canadian citizen pursuant to paragraph 3(1)(d), which states that a person is a citizen if the person was a citizen immediately preceding February 15, 1977. The appellant submitted that but for the discrimination based on his maternal lineage, he would have been a citizen prior to 1977 by virtue of section 4 of the 1947 Act. He submitted that *Benner* stands for more than the constitutionality of paragraph 5(2)(b); it stands for the proposition that it is discriminatory to treat children born abroad as having different rights depending on the gender of the parent on whom they base their claim to citizenship; the differential distinction which is relied upon to deny citizenship in this instance can no more withstand Charter scrutiny than paragraph 5(2)(b) as it read prior to the *Benner* decision. Finally, the appellant submitted that applying Charter, subsection 15(1) would not result in a retroactive or retrospective application of the Charter.

The issues were: (1) whether the citizenship application was properly processed pursuant to paragraph 5(2)(b); (2) whether the *Benner* decision is limited to the constitutionality of paragraph 5(2)(b); (3) whether application of Charter, subsection 15(1) in this instance would result in a retroactive or retrospective application of the Charter.

Held, the appeal should be dismissed.

Assuming that the reasoning in *Benner* applies to persons born prior to January 1, 1947 in wedlock outside Canada to Canadian-born mothers, the appellant had not established that invocation of the Charter would not give rise to its retroactive or retrospective application. The appellant argued that the *Citizenship Act* had never been engaged *per se* because he had never formally applied to be granted Canadian citizenship or to be recognized as a Canadian citizen. This distinction is immaterial. One's citizenship (or lack thereof) has implications not only under the *Citizenship Act* but also under a variety of other statutes which incorporate this notion. Hence the defining moment, based on the test adopted in *Benner*, was when appellant was first confronted by a law which took his lack of citizenship into account or, in this case, when he resisted being deported on the ground that he was a Canadian citizen and it was determined that he was not. The moment in question in each case is when the status of those concerned is held against them so as to disentitle them to a benefit. The appellant was confronted by and engaged the provisions of the Act well before the Charter came into force. The Motions Judge did not err when he held that the appellant was seeking to have the Charter applied retroactively.

puisque à l'époque pertinente, il était un citoyen canadien en vertu de l'alinéa 3(1)d), qui porte qu'a qualité de citoyen toute personne ayant cette qualité au 14 février 1977. L'appelant soutient que n'eut été la distinction fondée sur sa filiation maternelle, il aurait été un citoyen avant 1977 en vertu de l'article 4 de la Loi de 1947. Il soutient que l'arrêt *Benner* ne porte pas uniquement sur la constitutionnalité de l'alinéa 5(2)b), mais appuie le point de vue plus large voulant qu'il est discriminatoire de traiter les enfants nés à l'étranger comme si leurs droits variaient selon qu'ils fondent leur revendication de la citoyenneté sur leur père ou sur leur mère. La distinction sur laquelle on s'appuie pour refuser la citoyenneté en l'instance ne peut pas plus résister à un examen en vertu de la Charte que l'alinéa 5(2)b) tel qu'il était rédigé avant l'arrêt *Benner*. Finalement, l'appelant soutient que le fait d'appliquer le paragraphe 15(1) de la Charte n'aurait pas pour effet de donner un caractère rétroactif ou rétrospectif à la Charte.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) la demande a-t-elle été correctement traitée comme une demande de citoyenneté fondée sur l'alinéa 5(2)b); 2) l'arrêt *Benner* porte-t-il uniquement sur la constitutionnalité de l'alinéa 5(2)b); 3) l'application du paragraphe 15(1) de la Charte en l'instance aurait-elle pour résultat de lui donner un caractère rétroactif ou rétrospectif.

Arrêt: l'appel est rejeté.

En présumant que le raisonnement de l'arrêt *Benner* s'applique aux personnes nées hors Canada avant le 1^{er} janvier 1947 des liens du mariage, et dont la mère était née au Canada, l'appelant n'a pas démontré que son recours à la Charte ne lui donnait pas un caractère rétroactif ou rétrospectif. L'appelant a soutenu qu'il n'avait pas invoqué les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* en tant que telles, puisqu'il n'avait jamais fait une demande formelle de citoyenneté canadienne ou de reconnaissance de sa citoyenneté canadienne. Cette distinction importe peu. Le statut de citoyen d'une personne (ou l'absence de ce statut) a des conséquences non seulement en vertu de la *Loi sur la citoyenneté*, mais aussi en vertu d'autres lois qui font appel à cette notion. Par conséquent, le moment qui importe au vu du critère adopté dans l'arrêt *Benner* est la date à laquelle l'appelant s'est pour la première fois heurté à un texte de loi qui tenait compte du fait qu'il n'était pas citoyen canadien, en l'instance celui où il s'est opposé à son expulsion au motif qu'il était un citoyen canadien et où l'on a décidé que ce n'était pas le cas. Dans chacun de ces cas, le moment en cause est celui où le statut de la personne en question lui a été reproché et l'a privée du droit d'obtenir un avantage. L'appelant connaissait bien les dispositions de la Loi et il les avait maintes fois invoquées bien avant que la Charte n'entre en vigueur. Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que l'appelant recherchait une application rétroactive de la Charte.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15(1).
Canadian Citizenship Act (The), S.C. 1946, c. 15, ss. 4, 5.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1)(d), 5(2)(b), 12(1).
Citizenship Act, S.C. 1974-75-76, c. 108.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Benner v. Canada (Secretary of State), [1997] 1 S.C.R. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

APPEAL from the dismissal of an application for judicial review of the rejection of the appellant's application for citizenship (*McLean v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 177 F.T.R. 219 (F.C.T.D.)). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Catherine A. Sullivan, for appellant.
Brenda Carbonell for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Catherine A. Sullivan, Vancouver, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] Noël J.A.: This is an appeal from the decision of Associate Chief Justice Richard (as he then was) rendered November 4, 1999 ((1999), 177 F.T.R. 219 (F.C.T.D.)), dismissing the appellant's application for judicial review of the decision of George Hill, in his capacity of citizenship officer, rejecting the appellant's

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. 15(1).
Loi sur la citoyenneté canadienne, S.C. 1946, ch. 15, art. 4, 5.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3(1)d, 5(2)b, 12(1).
Loi sur la citoyenneté, S.C. 1974-75-76, ch. 108.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Benner c. Canada (Secrétaire d'État), [1997] 1 R.C.S. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

APPEL du rejet d'une demande de contrôle judiciaire présentée suite au rejet d'une demande d'obtention de la citoyenneté (*McLean c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 177 F.T.R. 219 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Catherine A. Sullivan pour l'appelant.
Brenda Carbonell pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Catherine A. Sullivan, Vancouver, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] Le juge Noël, J.C.A.: Le présent appel porte sur une décision du juge Richard (alors juge en chef adjoint), rendue le 4 novembre 1999 ((1999), 177 F.T.R. 219 (C.F. 1^{re} inst.)). Cette décision rejetait la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant de la décision de George Hill, agent de la

application for Canadian citizenship.

[2] The relevant facts are succinctly set out in the decision under appeal:

The applicant, Lloyd Lewis McLean, is an American citizen. The applicant's mother was born in the Province of Saskatchewan on December 21, 1922. The applicant's father was born in the United States in 1921. The applicant's parents were married in 1942 and subsequently moved to Clinton Iowa, where the applicant was born on November 4, 1943.

The applicant's parents divorced and the applicant came to Canada with his mother and sister sometime between 1947 and 1949.

On December 13, 1951, the applicant was granted landing as a permanent resident. He lost his status as a permanent resident when he was first ordered deported on March 7, 1972.

The applicant was the subject of a number of inquiries held pursuant to subsection 11(1) of the *Immigration Act, 1970*. During these inquiries, the applicant argued that he ought not to be deported from Canada on the basis that he was a Canadian citizen. In each of these inquiries, the Adjudicator determined that the applicant was not a Canadian citizen.

By way of letter dated November 3, 1997, the applicant requested that he be issued a certificate of proof of Canadian citizenship on the basis that he was born in the United States in 1943 to a Canadian born mother. This application was made in the belief that he was entitled to Canadian citizenship pursuant to the Supreme Court decision in *Benner v. Secretary of State of Canada*, [1997] 1 S.C.R. 358.

The respondent treated the application as an application for Canadian citizenship and, by way of a letter dated July 27, 1998, denied the applicant's application.

[3] The citizenship officer concluded that the appellant did not meet the requirements of paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (the Act) and that the *Benner* decision [*Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358] was of no assistance to him.

[4] The appellant's judicial review application against the aforesaid decision of the citizenship officer was denied by the Associate Chief Justice and the present appeal ensued.

citoyenneté, qui avait rejeté la demande de l'appelant visant à l'obtention de la citoyenneté canadienne.

[2] Les faits pertinents sont énoncés succinctement dans la décision frappée d'appel:

Le demandeur, Lloyd Lewis McLean, est citoyen américain. Sa mère est née en Saskatchewan le 21 décembre 1922. Son père est né aux États-Unis en 1921. Les parents du demandeur se sont mariés en 1942 et se sont ensuite installés à Clinton (Iowa), où le demandeur est né le 4 novembre 1943.

Les parents du demandeur ont divorcé et le demandeur est venu s'installer au Canada avec sa mère et sa sœur entre 1947 et 1949.

Le 13 décembre 1951, le demandeur a obtenu le droit d'établissement à titre de résident permanent. Il a perdu ce statut de résident permanent quand une première ordonnance d'expulsion a été prise contre lui le 7 mars 1972.

Le demandeur a fait l'objet d'un certain nombre d'enquêtes tenues aux termes du paragraphe 11(1) de la *Loi sur l'immigration de 1970*. Au cours de ces enquêtes, le demandeur a fait valoir qu'il ne devait pas être expulsé du Canada au motif qu'il était citoyen canadien. Au cours de chacune de ces enquêtes, l'arbitre a déterminé que le demandeur n'était pas citoyen canadien.

Dans une lettre datée du 3 novembre 1997, le demandeur réclamait un certificat prouvant sa citoyenneté canadienne au motif qu'il était né aux États-Unis en 1943 d'une mère canadienne. Il a présenté cette demande en s'appuyant sur sa conviction qu'il avait droit à la citoyenneté canadienne aux termes de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Benner c. Secrétaire d'État du Canada*, [1997] 1 R.C.S. 358.

Le défendeur a traité la demande comme une demande de citoyenneté canadienne et, dans une lettre datée du 27 juillet 1998, a refusé cette demande.

[3] L'agent de la citoyenneté a conclu que l'appelant ne répondait pas aux critères de l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (la Loi), et que l'arrêt *Benner* [*Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358] ne s'appliquait pas à son cas.

[4] La demande de l'appelant pour obtenir le contrôle judiciaire de la décision susmentionnée de l'agent de la citoyenneté a été rejetée par le juge en chef adjoint, d'où le présent appel.

[5] In order to situate the issue raised by the appeal, it is useful to recall that the concept of Canadian citizenship was introduced on January 1, 1947, with the enactment of *The Canadian Citizenship Act* [S.C. 1946, c. 15] (the 1947 Act). Sections 4 and 5 of the 1947 Act provided:

4. A person, born before the commencement of this Act, is a natural-born Canadian Citizen:—

. . .

(b) if he was born outside of Canada . . . and his father, or in the case of a person born out of wedlock, his mother

(i) was born in Canada . . . and had not become an alien at the time of that person's birth. . .

. . .

if, at the commencement of this Act, that person has not become an alien, and has either been lawfully admitted to Canada for permanent residence or is a minor.

5. A person, born after the commencement of this Act, is a natural-born Canadian citizen:—

. . .

(b) if he is born outside of Canada [. . .] and

(i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person's birth, is a Canadian citizen by reason of having been born in Canada . . ., or having been granted a certificate of citizenship or having been a Canadian citizen at the commencement of this Act.

[6] A child born outside of Canada in wedlock was therefore granted citizenship if the father was born in Canada; section 4 so provided with respect to children born prior to 1947 and section 5 with respect to those born after 1947. However, no such right was granted to a child born in wedlock to a Canadian-born mother (unless of course the father was also Canadian born).

[7] This differential treatment was partially removed in 1977 [S.C. 1974-75-76, c. 108] when the 1947 Act was repealed and replaced by the current Act. Paragraph 5(2)(b) now provides:

[5] Afin de placer la question soulevée dans l'appel dans son contexte, il y a lieu de rappeler que la notion de citoyenneté canadienne a été introduite le 1^{er} janvier 1947, avec l'adoption de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* [S.C. 1946, ch. 15] (la Loi de 1947). Les articles 4 et 5 de la Loi de 1947 sont rédigés comme suit:

4. Une personne, née avant l'entrée en vigueur de la présente loi, est citoyen canadien de naissance

[. . .]

b) Lorsqu'elle est née hors du Canada [. . .] et que son père ou, dans le cas d'une personne née hors du mariage, sa mère

(i) est né (ou née) au Canada [. . .] et n'était pas devenu étranger (ou devenue étrangère) lors de la naissance de ladite personne, ou

[. . .]

si, à l'entrée en vigueur de la présente loi, ladite personne n'est pas devenue étrangère, et a été licitement admise au Canada en vue d'une résidence permanente ou est mineure.

5. Une personne, née après l'entrée en vigueur de la présente loi, est citoyen canadien de naissance

[. . .]

b) Si elle est née hors du Canada [. . .], et si

(i) son père ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère, à la naissance de ladite personne, est citoyen canadien en raison de sa naissance au Canada [. . .], ou parce qu'il lui a été accordé un certificat de citoyenneté ou du fait d'avoir été citoyen canadien lors de la mise en vigueur de la présente loi.

[6] Un enfant né hors du Canada dans les liens du mariage obtenait donc la citoyenneté si son père était né au Canada; l'article 4 établissait ceci pour les enfants nés avant 1947 et l'article 5 faisait de même pour ceux nés après 1947. Toutefois, ce droit n'était pas accordé à un enfant né dans les liens du mariage d'une mère canadienne (à moins, bien sûr que le père soit aussi né au Canada).

[7] Cette différence de traitement a été partiellement corrigée en 1977 [S.C. 1974-75-76, ch. 108], avec l'abrogation de la Loi de 1947 et son remplacement par la Loi actuelle. L'alinéa 5(2)(b) actuel est rédigé comme suit:

5. (1) . . .

(2) The Minister shall grant citizenship to any person who

. . .

(b) was born outside Canada, before February 15, 1977, of a mother who was a citizen at the time of his birth, and was not entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act, if, before February 15, 1979, or within such extended period as the Minister may authorize, an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application. [My emphasis.]

[8] As can be seen, this provision extends the right of citizenship only with respect to those who qualify under subparagraph 5(1)(b)(i) of the 1947 Act [as amended by S.C. 1950, c. 29, s. 2] (i.e. those born after 1947). Children born before 1947, in the same circumstances, are granted no rights to citizenship.

[9] The *Benner* decision which was referred to in the ruling made by the citizenship officer dealt with an individual who was born after 1947 and therefore who qualified under paragraph 5(2)(b). However, at the relevant time, children born of a Canadian mother (in contrast with children born of a Canadian father) were subjected to the further requirement that they complete security checks and take an oath of allegiance. The Supreme Court of Canada held that these requirements (which have since been removed) violate subsection 15(1) 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 they impose more onerous requirements on those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage than on those claiming Canadian citizenship based on paternal lineage.

[10] I now turn to the decision in issue. The judicial review application was dismissed on four grounds:

(1) The application was properly processed as a request pursuant to paragraph 5(2)(b);

5. (1) [. . .]

2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

[. . .]

b) sur demande qui lui est présentée par la personne qui y est autorisée par règlement et avant le 15 février 1979 ou dans le délai ultérieur qu'il autorise, à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère ayant à ce moment-là qualité de citoyen, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de l'ancienne loi. [Non souligné dans l'original.]

[8] Comme on peut le voir, cette disposition étendait le droit à la citoyenneté canadienne aux seules personnes qui pouvaient se prévaloir du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de la Loi de 1947 [mod. par S.C. 1950, ch. 29, art. 2] (soit les personnes nées après 1947). Les enfants nés avant 1947 et qui sont dans une situation semblable ne se voient pas accorder le droit à la citoyenneté.

[9] L'arrêt *Benner*, dont il est question dans la décision de l'agent de la citoyenneté, portait sur une personne née après 1947 et qui pouvait donc se prévaloir de l'alinéa 5(2)(b). Toutefois, à l'époque en cause, les enfants nés d'une mère canadienne (par rapport à ceux nés d'un père canadien) devaient satisfaire à une exigence additionnelle, en ce qu'il leur fallait se soumettre à une enquête de sécurité ainsi que prêter serment d'allégeance. La Cour suprême du Canada a conclu que ces exigences (qui n'existent plus dans la Loi actuelle) enfreignaient le paragraphe 15(1) 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]], en ce qu'elles imposaient des conditions plus exigeantes à ceux qui réclamaient la citoyenneté canadienne par filiation maternelle qu'à ceux qui se fondaient pour ce faire sur leur filiation paternelle.

[10] Je vais maintenant examiner la décision en litige. La demande de contrôle judiciaire a été rejetée pour quatre motifs:

1) La demande a été correctement traitée comme une demande de citoyenneté fondée sur l'alinéa 5(2)(b);

(2) The *Benner* decision does not support the appellant's assertion that he is entitled to Canadian citizenship;

(3) Section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply in the applicant's circumstances;

(4) In any event, granting the appellant Canadian citizenship on the ground that the differential distinctions preventing such a grant is contrary to section 15 of the Charter would involve a retroactive and retrospective application of the Charter.

[11] Counsel for the appellant argued before us that the Motions Judge erred when he held that his application was properly processed pursuant to paragraph 5(2)(b). She asserted that at the relevant time, the appellant was a Canadian citizen pursuant to paragraph 3(1)(d) of the Act and that his application ought to have been treated accordingly:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

. . .

(d) the person was a citizen immediately before February 15, 1977. . . .

Relying on the *Benner* decision, counsel submits that the appellant was and continues to be a Canadian citizen pursuant to paragraph 3(1)(d) because, but for the discrimination based on his maternal lineage, he would have been a citizen prior to 1977 as this provision contemplates, by virtue of section 4 of the 1947 Act.

[12] Counsel adds that the Motions Judge committed a related error when he held that the *Benner* decision is limited to the constitutionality of paragraph 5(2)(b). According to the appellant, the *Benner* decision stands for the broader proposition that it is discriminatory to treat children born abroad as having different rights based on the gender of the parent on whom they base their claim to citizenship; the differential distinction which is relied upon to deny citizenship in this instance can no more withstand Charter scrutiny than paragraph 5(2)(b) as it read prior to the *Benner* decision.

2) L'arrêt *Benner* n'appuie pas l'affirmation de l'appellant qu'il aurait droit à la citoyenneté canadienne;

3) L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas à la situation de l'appellant;

4) Quoi qu'il en soit, pour accorder la citoyenneté canadienne à l'appellant au motif que la distinction qui fonde le refus est contraire à l'article 15 de la Charte, il faudrait donner un caractère rétroactif ou rétrospectif à l'application de la Charte.

[11] L'avocate de l'appellant a soutenu devant nous que le juge des requêtes avait commis une erreur en concluant que la demande avait été correctement traitée comme une demande fondée sur l'alinéa 5(2)(b). Elle a affirmé qu'à l'époque pertinente, l'appellant était un citoyen canadien en vertu de l'alinéa 3(1)(d) de la Loi et que sa demande aurait dû être traitée en conséquence:

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

[. . .]

d) ayant cette qualité au 14 février 1977;

L'avocate s'appuie sur l'arrêt *Benner* pour soutenir que l'appellant était et est encore un citoyen canadien en vertu de l'alinéa 3(1)(d), parce que, n'eût été la distinction fondée sur sa filiation maternelle, il aurait été un citoyen avant 1977 au sens de cette disposition, en vertu de l'article 4 de la Loi de 1947.

[12] L'avocate ajoute que le juge des requêtes a commis une erreur connexe lorsqu'il a conclu que l'arrêt *Benner* ne traitait que de la constitutionnalité de l'alinéa 5(2)(b). Selon l'appellant, l'arrêt *Benner* appuie le point de vue plus large voulant qu'il est discriminatoire de traiter les enfants nés à l'étranger comme si leurs droits variaient selon qu'ils fondent leur revendication de la citoyenneté sur leur père ou sur leur mère. La distinction sur laquelle on s'appuie pour refuser la citoyenneté en l'instance ne peut pas plus résister à un examen en vertu de la Charte que l'alinéa 5(2)(b) tel qu'il était rédigé avant l'arrêt *Benner*.

[13] Finally, the appellant submits that the Motions Judge erred when he held that applying subsection 15(1) of the Charter in this instance would result in a retroactive or retrospective application of the Charter. Specifically, counsel argued that it was not open to the Motions Judge to find on the evidence before him that the applicant was “confronted” by his citizenship status and “engaged” the provisions of the *Citizenship Act* before section 15 of the Charter came into force.

Decision

[14] I am prepared to decide this appeal on the basis that the reasoning in *Benner* applies to persons born in wedlock outside Canada to Canadian-born mothers prior to January 1, 1947. However, in order to succeed, it was incumbent upon the appellant to convince the Court that his invocation of the Charter, if otherwise justified, would not give rise to its retroactive or retrospective application. That, he has failed to do.

[15] The circumstances which give rise to a retroactive or retrospective application of the Charter were canvassed at length in *Benner*. The question was said to be (at paragraph 45):

... one of characterization: is the situation really one of going back to redress an old event which took place before the *Charter* created the right sought to be vindicated, or is it simply one of assessing the contemporary application of a law which happened to be passed before the *Charter* came into effect?

[16] In *Benner*, it was argued that the key point in the chronology of events which led to the Charter claim was the appellant’s birth in 1962. That is when the rights granted under the *Citizenship Act* would have “crystallized”. The argument was quickly rejected (at paragraph 51):

I am uncomfortable with the idea of rights or entitlements crystallizing at birth, particularly in the context of s. 15. This suggests that whenever a person born before April 17, 1985, suffers the discriminatory effects of a piece of legislation, these effects may be immunized from *Charter* review. Our skin colour is determined at birth — rights or entitlements assigned on the basis of skin colour by a

[13] Finalement, l’appelant soutient que le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que le fait de se fonder en l’instance sur le paragraphe 15(1) de la Charte aurait pour effet de donner un caractère rétroactif ou rétrospectif à la Charte. L’avocate a soutenu plus particulièrement que le juge des requêtes ne pouvait conclure au vu de la preuve qui lui était présentée que l’appelant «connaissait bien» sa situation au niveau de la citoyenneté et qu’il avait «invoqué» les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* avant que l’article 15 de la Charte n’entre en vigueur.

Décision

[14] Je suis disposé à trancher le présent appel en appliquant le raisonnement de l’arrêt *Benner* aux personnes nées hors Canada avant le 1^{er} janvier 1947 des liens du mariage, et dont la mère était née au Canada. Toutefois, pour que l’appelant ait gain de cause il devait convaincre la Cour que son recours à la Charte, à supposer qu’il soit justifié par ailleurs, ne lui donnait pas un caractère rétroactif ou rétrospectif. Il n’y est pas arrivé.

[15] La situation donnant un caractère rétroactif ou rétrospectif à la Charte a été examinée en profondeur dans l’arrêt *Benner*. La question à trancher (au paragraphe 45):

[...] consiste donc à caractériser la situation: s’agit-il réellement de revenir en arrière pour corriger un événement passé, survenu avant que la *Charte* crée le droit revendiqué, ou s’agit-il simplement d’apprécier l’application contemporaine d’un texte de loi qui a été édicté avant l’entrée en vigueur de la *Charte*?

[16] Dans l’arrêt *Benner*, on a soutenu que le moment clé de la chronologie des événements menant à la revendication fondée sur la Charte était la naissance de l’appelant, en 1962. C’est à ce moment-là que les droits reconnus par la *Loi sur la citoyenneté* se seraient «cristallisés». Cet argument a été rejeté d’emblée (au paragraphe 51):

L’idée que des droits se cristallisent au moment de la naissance me crée certaines difficultés, particulièrement dans le contexte de l’art. 15. Cette situation suggérerait que chaque fois qu’une personne née avant le 17 avril 1985 subirait les effets discriminatoires d’une mesure législative, ces effets seraient à l’abri des contestations fondées sur la *Charte*. Comme la couleur de notre peau est déterminée à

particular law would, by this logic, “crystallize” then. Under the approach proposed by the respondent, individuals born before s. 15 came into effect would therefore be unable to invoke the *Charter* to challenge even a recent application of such a law. In fact, Parliament or a legislature could insulate discriminatory laws from review by providing that they applied only to persons born before 1985.

[17] Iacobucci J., speaking for a unanimous Court, went on to devise the proper approach (at paragraph 55):

In my opinion, the appellant’s situation is more analogous to that of the plaintiff in *Andrews, supra*. Mr. Andrews applied to practise law in British Columbia. Section 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, required him to be a Canadian citizen, which he had never been. In holding that this provision violated s. 15(1) of the *Charter*, this Court did not focus on the date on which Mr. Andrews became an alien (the date of his birth), but rather on the date on which he was confronted by a law which took his lack of Canadian citizenship into account. I believe the same approach is appropriate here . . . [My emphasis.]

[18] He added at paragraph 56:

In applying s. 15 to questions of status, or what Driedger, *supra*, calls “being something”, the important point is not the moment at which the individual acquires the status in question, it is the moment at which that status is held against him or disentitles him to a benefit. Here, that moment was when the respondent Registrar considered and rejected the appellant’s application. Since this occurred well after s. 15 came into effect, subjecting the appellant’s treatment by the respondent to Charter scrutiny involves neither retroactive nor retrospective application of the Charter. [My emphasis.]

[19] In the present case, the Motions Judge found as a fact that the appellant was confronted by and had engaged the provisions of the Act on numerous occasions long before the Charter came into force. The record before him established that the appellant was first deported for narcotics convictions on March 7, 1972. He was subsequently deported 12 times for narcotics convictions and *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] matters. Each time the appellant was to be deported he was brought for inquiry under the

notre naissance, suivant cette logique, des droits attribués en fonction de la couleur de la peau par une loi particulière «se cristalliseraient» donc à ce moment. Selon la thèse avancée par l’intimé, les personnes nées avant l’entrée en vigueur de l’art. 15 seraient donc dans l’impossibilité d’invoquer la *Charte* pour contester l’application, même récente, d’une telle mesure législative. En fait, le Parlement du Canada ou une législature pourraient soustraire des lois discriminatoires à tout examen en disposant qu’elles s’appliquent uniquement aux personnes nées avant 1985.

[17] Parlant pour toute la Cour, le juge Iacobucci a présenté l’approche qu’il fallait adopter (au paragraphe 55):

Je suis d’avis que la situation de l’appellant s’apparente davantage à celle du demandeur dans l’affaire *Andrews, précitée*. Monsieur Andrews a demandé à être admis à l’exercice du droit en Colombie-Britannique. L’article 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 26, exigeait qu’il soit citoyen canadien, ce qu’il n’avait jamais été. En statuant que cette disposition violait le par. 15(1) de la *Charte*, notre Cour ne s’est pas attachée à la date à laquelle M. Andrews est devenu un étranger (la date de sa naissance), mais plutôt à la date à laquelle il s’est heurté à un texte de loi qui tenait compte du fait qu’il n’était pas citoyen canadien. J’estime qu’il convient d’appliquer la même analyse en l’espèce [. . .] [Non souligné dans l’original.]

[18] Il ajoute ceci, au paragraphe 56:

Lorsqu’on applique l’art. 15 à des questions de statut, ou à ce que Driedger, précité, appelle «le fait d’être quelque chose», l’élément important n’est pas le moment où la personne acquiert le statut en cause, mais celui auquel ce statut lui est reproché ou la prive du droit d’obtenir un avantage. En l’espèce, ce moment est celui où le greffier intimé a examiné et rejeté la demande de l’appellant. Étant donné que cela s’est produit bien après l’entrée en vigueur de l’art. 15, l’examen en regard de la *Charte* du traitement réservé à l’appellant par l’intimé ne met pas en jeu l’application rétroactive ou rétrospective de ce texte. [Non souligné dans l’original.]

[19] En l’instance, le juge des requêtes est arrivé à la conclusion de fait que l’appellant connaissait bien les dispositions de la Loi et qu’il les avait maintes fois invoquées bien avant que la Charte n’entre en vigueur. Le dossier qui lui était présenté démontrait que l’appellant a été expulsé pour la première fois le 7 mars 1972, suite à sa condamnation pour trafic de stupéfiants. Il a été expulsé à 12 occasions par la suite, soit pour des condamnations pour trafic de stupéfiants, soit en vertu de dispositions de la *Loi sur*

Immigration Act. At each of these inquiries the appellant asserted that he was a Canadian citizen and had acquired Canadian citizenship from his mother who was Canadian at the time of his birth. Each time the appellant made these assertions he was advised that he was not a citizen and that he could not have acquired that citizenship from his mother. (Appeal Book, tab 6, pages 73, 82, 85, 103, 110, 119, 140, 145, 149, 154 and 162.)

[20] The Motions Judge noted in his reasons that at these inquiries, where a person claims to be a Canadian citizen, the inquiry must be adjourned if it is determined that, but for the person's claim of citizenship, a removal order would be made. The adjournment is for the purpose of allowing the person to apply for the issuance of a certificate of citizenship pursuant to subsection 12(1) of the Act. In this case, no such application was made during the adjournments, and the adjudicator at each stage upon reviewing the evidence relevant to the appellant's claim of citizenship concluded that it had not been made out.

[21] Counsel nevertheless argued that there was no evidence that the appellant engaged the provisions of the *Citizenship Act per se* because he had never formally applied to be granted Canadian citizenship or to be recognized as a Canadian citizen.

[22] This distinction is in my view immaterial. One's citizenship (or lack thereof) has implications not only under the *Citizenship Act* but also under a variety of other statutes which incorporate this notion. Hence, the defining moment based on the test adopted by the Supreme Court in *Benner*, was not the date on which Mr. Benner made an application under the *Citizenship Act*, but the date on which he was first "confronted by a law which took his lack of Canadian citizenship into account."

[23] In *Benner*, that moment happened to be when Mr. Benner applied for citizenship and was refused. In

l'immigration [L.R.C. (1985), ch. I-2]. Avant chacune de ces expulsions, l'appelant a fait l'objet d'une enquête en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Il a chaque fois affirmé qu'il était citoyen canadien, et qu'il détenait la citoyenneté canadienne de sa mère qui était canadienne au moment de sa naissance. Chaque fois qu'il a présenté ces affirmations on l'a informé qu'il n'était pas un citoyen et qu'il ne pouvait avoir acquis la citoyenneté de sa mère. (Dossier d'appel, onglet 6, pages 73, 82, 85, 103, 110, 119, 140, 145, 149, 154 et 162.)

[20] Le juge des requêtes a fait remarquer dans ses motifs que lors de ces enquêtes, lorsque la personne prétend être citoyen canadien, l'enquête doit être ajournée s'il est déterminé que, si ce n'était la revendication de citoyenneté de cette personne, une mesure de renvoi serait prise. L'ajournement a pour but de permettre à la personne visée de présenter une demande de certificat de citoyenneté aux termes du paragraphe 12(1) de la Loi. En l'instance, on n'a pas présenté de demande de cette nature à l'occasion des ajournements et l'arbitre, après avoir examiné la preuve pertinente quant à la revendication de citoyenneté de l'appelant, a conclu à chacune de ces occasions qu'il n'avait pas établi son droit à la citoyenneté.

[21] Néanmoins, l'avocate a soutenu que rien dans la preuve ne démontrait que l'appelant avait invoqué les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* en tant que telles, puisqu'il n'avait jamais fait une demande formelle de citoyenneté canadienne ou de reconnaissance de sa citoyenneté canadienne.

[22] Selon moi, cette distinction importe peu. Le statut de citoyen d'une personne (ou l'absence de ce statut) a des conséquences non seulement en vertu de la *Loi sur la citoyenneté*, mais aussi en vertu d'autres lois qui font appel à cette notion. Par conséquent, le moment qui importe au vu du critère adopté par la Cour suprême dans l'arrêt *Benner* n'est pas la date à laquelle M. Benner avait fait une demande en vertu de la *Loi sur la citoyenneté*, mais bien la date à laquelle il s'est pour la première fois «heurté à un texte de loi qui tenait compte du fait qu'il n'était pas citoyen canadien».

[23] Dans l'arrêt *Benner*, ce moment est arrivé lorsque M. Benner a demandé la citoyenneté et où on

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143, it was when Mr. Andrews sought admission to the British Columbia Bar and was refused. In this instance, it was when the appellant resisted being deported on the ground that he was a Canadian citizen and it was held that he was not. The moment in question in each case is when the status of those concerned was held against them so as to disentitle them to a benefit.

[24] Applying the test framed by the Supreme Court in *Benner* to the facts in issue leads to the clear conclusion that the appellant was confronted by and engaged the provisions of the Act well before the Charter came into force. In my view, the Motions Judge committed no error when he held that the appellant was seeking to apply the Charter retroactively.

[25] For these reasons, I would dismiss the appeal. As no costs were sought, none are awarded.

EVANS J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

la lui a refusée. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, ce moment se situe au moment où M. Andrews a demandé à être admis au barreau de la Colombie-Britannique et s'est vu opposer un refus. En l'instance, ce moment se situe à la date à laquelle l'appellant s'est opposé à son expulsion au motif qu'il était un citoyen canadien et qu'on a décidé que ce n'était pas le cas. Dans chacun de ces cas, le moment en cause est celui où le statut de la personne en question lui a été reproché et l'a privée du droit d'obtenir un avantage.

[24] L'application du critère énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Benner* aux faits en l'instance mène tout droit à la conclusion que l'appellant connaissait bien les dispositions de la Loi et qu'il les avait maintes fois invoquées avant que la Charte n'entre en vigueur. Selon moi, le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que l'appellant recherchait une application rétroactive de la Charte.

[25] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel. Les parties ne les ayant pas réclamés, aucuns dépens ne seront adjugés.

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

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

T-273-99
2001 FCT 81

T-273-99
2001 CFPI 81

Diane McKeown (*Applicant*)

v.

Royal Bank of Canada and Barry B. Fisher (*Respondents*)

INDEXED AS: McKEOWN v. ROYAL BANK OF CANADA (T.D.)

Trial Division, O'Keefe J.—Toronto, November 1, 2000; Ottawa, February 15, 2001.

Labour relations — Judicial review of two decisions made by Adjudicator under Canada Labour Code — Applicant dismissed by Royal Bank after two loan customers defaulted — Filed unjust dismissal complaint under Code, s. 240 — Applicant charged with fraud but Crown later withdrawing charges — Commenced civil action against Bank, seeking damages for defamation of character, malicious prosecution — Applicant's motion for leave to lead evidence of condonation, to cross-examine Bank's witnesses denied — Motion to withdraw Labour Code complaint in favour of civil remedy also denied — Applicable standard of review in respect of withdrawal decision patent unreasonableness — Application for judicial review of evidentiary decision commenced out of time — Dismissed as no explanation for delay — Adjudicator having no jurisdiction to proceed further once applicant withdrew complaint — Decision refusing to allow applicant to withdraw unjust dismissal complaint patently unreasonable, made without jurisdiction.

Practice — Limitation of Actions — Applicant filing Canada Labour Code complaint of unjust dismissal — Application for judicial review of August 4, 1998 evidentiary decision made by Adjudicator filed on February 22, 1999 — Out of time under Federal Court Act, s. 18.1(2) — Application dismissed as no explanation for delay.

These were applications for judicial review of two interlocutory decisions made by an adjudicator under Part III of the *Canada Labour Code*. The applicant was dismissed from employment by the Royal Bank of Canada in July 1995, after two customers for whom she had authorized loans had defaulted, triggering an investigation by the Bank.

Diane McKeown (*demanderesse*)

c.

La Banque Royale du Canada et Barry B. Fisher (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: McKEOWN c. BANQUE ROYALE DU CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge O'Keefe—Toronto, 1^{er} novembre 2000; Ottawa, 15 février 2001.

Relations du travail — Contrôle judiciaire de deux décisions rendues par un arbitre sous le régime du Code canadien du travail — La demanderesse a été congédiée par la Banque Royale par suite du défaut de paiement de deux clients — Elle a déposé une plainte de congédiement injuste en vertu de l'art. 240 du Code — La demanderesse a été inculpée de fraude, mais la Couronne a retiré les accusations — Elle a intenté contre la banque une action en dommages-intérêts pour cause de diffamation et poursuite abusive — La requête de la demanderesse en vue d'être autorisée à présenter une preuve de pardon et à contre-interroger trois témoins de la banque a été rejetée — La requête en vue de retirer la plainte portée en vertu du Code du travail afin de demander une réparation civile a également été rejetée — La norme de contrôle de la décision relative au retrait est celle de la décision manifestement déraisonnable — La demande de contrôle judiciaire visant la décision relative à la preuve était prescrite — Elle a été rejetée étant donné qu'aucune explication ne justifiait son retard — L'arbitre n'avait plus compétence pour agir une fois que la demanderesse avait retiré sa plainte — La décision de refuser à la demanderesse l'autorisation de retirer sa plainte de congédiement injuste était manifestement déraisonnable et dépassait la compétence de l'arbitre.

Pratique — Prescription — La demanderesse a déposé une plainte de congédiement injuste sous le régime du Code canadien du travail — Une demande de contrôle judiciaire visant une décision relative à la preuve rendue par l'arbitre le 4 août 1998 a été déposée le 22 février 1999 — Demande prescrite aux termes de l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale — Rejet de la demande en l'absence d'explication justifiant ce retard.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire visant deux décisions interlocutoires rendues par un arbitre sous le régime de la partie III du *Code canadien du travail*. La demanderesse, qui travaillait à la Banque Royale du Canada, a été congédiée en juillet 1995, par suite du défaut de paiement de deux clients dont elle avait approuvé la de-

She filed a complaint of unjust dismissal under section 240 of the Code. Later on, she was charged with two counts of fraud in connection with the loans. Those charges were subsequently withdrawn by the Crown. In May 1998, the applicant commenced a civil action against the Bank, seeking damages for defamation of character and malicious prosecution. Shortly after, she brought a motion before the Adjudicator seeking leave to introduce evidence of condonation and to further cross-examine three of the Bank's witnesses. That motion was denied (the evidentiary decision). Furthermore, the applicant sought to withdraw her unjust dismissal complaint in favour of a civil remedy; that motion was also dismissed by the Adjudicator (the withdrawal decision). The issues herein were: (1) whether the application for judicial review of the evidentiary decision should be dismissed as out of time, and (2) what standard of review should apply to the withdrawal decision and whether the Adjudicator erred in law or jurisdiction by denying the applicant the right to withdraw her complaint.

Held, the application for judicial review of the evidentiary decision should be dismissed; the application for judicial review of the withdrawal decision should be allowed.

(1) Subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act* states that an application for judicial review shall be made within 30 days after the date the decision was first communicated to the party directly affected thereby or within such further time as a judge of the Court may allow. The application for judicial review of the August 4, 1998 evidentiary decision was not filed until February 22, 1999, long after the prescribed deadline. There was no explanation for the delay in bringing this application nor any indication that the applicant had an intention, within the 30-day period fixed by the Act, to apply for judicial review. Based on these findings, the Court refused to grant an extension of time. The application for judicial review of the evidentiary decision was out of time and accordingly dismissed.

(2) The applicable standard of review in respect of the withdrawal decision was patent unreasonableness. The applicant submitted that the *Canada Labour Code* does not provide the Adjudicator with any expressed authority to rule on the withdrawal of a complaint and that, without such authorization, the Adjudicator had no jurisdiction to rule on the matter. The respondents argued that subsection 242(3) of the Code makes the consideration of a complaint and a report mandatory and that an adjudicator lacks discretion to stop the process, midstream, by allowing a complainant to

mande de prêt, ce qui avait décidé la banque de faire enquête. La demanderesse a déposé une plainte de congédiement injuste en vertu de l'article 240 du Code. Plus tard, elle a été inculpée de deux chefs d'accusation de fraude à l'égard des deux prêts. Par la suite, ces accusations ont été retirées par la Couronne. En mai 1998, la demanderesse a intenté contre la banque une action en dommages-intérêts pour cause de diffamation et de poursuite abusive. Peu de temps après, la demanderesse a présenté devant l'arbitre une requête en vue d'être autorisée à présenter une preuve de pardon et de soumettre trois témoins de la banque à un contre-interrogatoire plus poussé. Cette requête a été rejetée (la décision relative à la preuve). De plus, la demanderesse a tenté de retirer sa plainte de congédiement injuste afin de demander une réparation civile; cette requête a également été rejetée par l'arbitre (la décision relative au retrait). Voici les questions en litige: 1) la demande de contrôle judiciaire visant la décision relative à la preuve devrait-elle être rejetée parce qu'elle était prescrite? et 2) quelle norme de contrôle devrait s'appliquer à la décision relative au retrait et l'arbitre a-t-il commis une erreur de droit ou de compétence en refusant de permettre à la demanderesse de retirer sa plainte?

Jugement: la demande de contrôle judiciaire visant la décision relative à la preuve doit être rejetée; la demande de contrôle judiciaire visant la décision relative au retrait doit être accueillie.

1) Selon le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, les demandes de contrôle judiciaire doivent être présentées dans les 30 jours qui suivent la première communication de la décision à la partie concernée ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut accorder. La demande de contrôle judiciaire concernant la décision en date du 4 août 1998, soit la décision relative à la preuve, n'a été déposée que le 22 février 1999, longtemps après la date limite prévue. Il n'y avait aucune explication au sujet du retard à présenter la demande non plus qu'aucun indice permettant de croire que la demanderesse avait formé l'intention, dans le délai de 30 jours fixé par la Loi, de demander le contrôle judiciaire. Compte tenu de cette conclusion, la Cour a refusé d'accorder un délai supplémentaire. La demande de contrôle judiciaire visant la décision relative à la preuve a donc été rejetée parce qu'elle était prescrite.

2) La norme s'appliquant à l'examen de la décision relative au retrait était celle de la décision manifestement déraisonnable. La demanderesse a soutenu que le *Code canadien du travail* n'accorde pas à l'arbitre le pouvoir explicite de se prononcer sur le retrait d'une plainte et que, en l'absence de ce pouvoir, l'arbitre n'avait pas compétence pour trancher cette question. Les défendeurs ont allégué que, selon le paragraphe 242(3) du Code, l'examen d'une plainte et la communication de la décision sont obligatoires et qu'il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire permettant à l'arbitre

withdraw a complaint. With the withdrawal of the complaint the foundation for the tribunal to continue was gone. Once the applicant withdrew her complaint, the Adjudicator had no jurisdiction to proceed any further. His decision refusing to allow the applicant to withdraw her complaint of unjust dismissal was a patently unreasonable decision, made without jurisdiction. It must therefore be quashed.

d'interrompre la procédure à mi-chemin en permettant au plaignant de retirer sa plainte. Par suite du retrait de la plainte, la poursuite des fonctions du tribunal n'était plus justifiée. Une fois que la demanderesse avait retiré sa plainte, l'arbitre n'avait plus compétence pour agir. La décision de refuser à la demanderesse l'autorisation de retirer sa plainte de congédiement injuste était une décision qui, en plus d'être manifestement déraisonnable, dépassait la compétence de l'arbitre. Par conséquent, cette décision doit être annulée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 240 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15), 241, 242 (as am. *idem*, s. 16; S.C. 1998, c. 26, s. 58), 243, 244, 245, 246.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Aylward v. McMaster University (1991), 79 D.L.R. (4th) 119; 47 Admin. L.R. 198 (Ont. Gen. Div.); *Grisdale and Ontario Southland Railway Inc.*, [1997] C.L.A.D. No. 228 (QL).

CONSIDERED:

Council of Canadians et al. v. Director of Investigation and Research, Competition Act et al. (1997), 212 N.R. 254 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Browne v. Dunn (1893), 6 R. 67 (H.L.); *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471; (1993), 101 D.L.R. (4th) 494; 11 Admin. L.R. (2d) 21; 93 CLLC 12,104; 148 N.R. 209; 53 Q.A.C. 171; *Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106, et al.*, [1982] 2 S.C.R. 888; (1982), 144 D.L.R. (3d) 673; 83 CLLC 14,023; 47 N.R. 34; *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; *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of the Township of Vespra et al.*, [1981] 2 S.C.R. 145; (1981), 123 D.L.R. (3d) 530; 15 M.P.L.R. 250; 37 N.R. 43; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; (1995), 125

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15), 241, 242 (mod., *idem*, art. 16; L.C. 1998, ch. 26, art. 58), 243, 244 (mod. par L.C. 1993, ch. 42, art. 34), 245, 246.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Aylward v. McMaster University (1991), 79 D.L.R. (4th) 119; 47 Admin. L.R. 198 (Div. gén. Ont.); *Grisdale and Ontario Southland Railway Inc.*, [1997] C.L.A.D. n° 228 (QL).

DÉCISION EXAMINÉE:

Conseil des Canadiens et al. c. Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence et al. (1997), 212 N.R. 254 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

Browne v. Dunn (1893), 6 R. 67 (H.L.); *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471; (1993), 101 D.L.R. (4th) 494; 11 Admin. L.R. (2d) 21; 93 CLLC 12,104; 148 N.R. 209; 53 C.A.Q. 171; *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106, et autres*, [1982] 2 R.C.S. 888; (1982), 144 D.L.R. (3d) 673; 83 CLLC 14,023; 47 N.R. 34; *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; *Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra et autres*, [1981] 2 R.C.S. 145; (1981), 123 D.L.R. (3d) 530; 15 M.P.L.R. 250; 37 N.R. 43; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; (1995), 125

D.L.R. (4th) 583; 30 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.E.L. (2d) 1; 24 C.C.L.T. (2d) 217; 95 CLLC 210-027; 30 C.R.R. (2d) 1; 183 N.R. 241; 82 O.A.C. 321; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Air Canada v. Davis* (1994), 72 F.T.R. 283 (F.C.T.D.); *Atomic Energy of Canada Ltd. v. Jindal* (1996), 110 F.T.R. 221 (F.C.T.D.); affd (1998), 229 N.R. 212 (F.C.A.); *Guelph General Hospital and O.N.A., Re* (1992), 25 L.A.C. (4th) 260 (Ont.); *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; 112 D.L.R. (4th) 683; 1 C.C.E.L. (2d) 161; 94 CLLC 12,110; 68 O.A.C. 284 (C.A.).

AUTHORS CITED

Ball, S. R. *Canadian Employment Law*, loose-leaf ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996.

APPLICATIONS for judicial review of two interlocutory decisions ([1999] C.L.A.D. No. 31 (Q.L.)) made by an Adjudicator denying applicant leave to lead evidence and to further cross-examine employer's witnesses (evidentiary decision), and not allowing applicant to withdraw her complaint of unjust dismissal (withdrawal decision). Application for judicial review of evidentiary decision dismissed as out of time; application for judicial review of withdrawal decision allowed.

APPEARANCES:

Ernest J. Guiste for applicant.
Daniel V. MacDonald for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Ernest Guiste & Associates, Toronto, for applicant.
McMillan Binch, Toronto, for respondents.

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

[1] O'KEEFE J.: This is an application dated February 22, 1999, for judicial review of two interlocutory decisions made by Barry B. Fisher sitting as an adjudicator (the Adjudicator) pursuant to Part III of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 (the

D.L.R. (4th) 583; 30 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.E.L. (2d) 1; 24 C.C.L.T. (2d) 217; 95 CLLC 210-027; 30 C.R.R. (2d) 1; 183 N.R. 241; 82 O.A.C. 321; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Air Canada c. Davis* (1994), 72 F.T.R. 283 (C.F. 1^{re} inst.); *Énergie atomique du Canada Ltée c. Jindal* (1996), 110 F.T.R. 221 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1998), 229 N.R. 212 (C.A.F.); *Guelph General Hospital and O.N.A., Re* (1992), 25 L.A.C. (4th) 260 (Ont.); *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; 112 D.L.R. (4th) 683; 1 C.C.E.L. (2d) 161; 94 CLLC 12,110; 68 O.A.C. 284 (C.A.).

DOCTRINE

Ball, S. R. *Canadian Employment Law*, loose-leaf ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996.

DEMANDES de contrôle judiciaire visant deux décisions interlocutoires ([1999] C.L.A.D. n° 31 (Q.L.)) par lesquelles un arbitre a refusé à la demanderesse l'autorisation de présenter une preuve et de soumettre trois témoins de l'employeur à un contre-interrogatoire plus poussé (la décision relative à la preuve) et ne lui a pas permis de retirer sa plainte de congédiement injuste (la décision relative au retrait). Demande de contrôle judiciaire visant la décision relative à la preuve rejetée pour cause de prescription; demande de contrôle judiciaire visant la décision relative au retrait accueillie.

ONT COMPARU:

Ernest J. Guiste pour la demanderesse.
Daniel V. MacDonald pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ernest Guiste & Associés, Toronto, pour la demanderesse.
McMillan Binch, Toronto, pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE O'KEEFE: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire datée du 22 février 1999 à l'égard de deux décisions interlocutoires que Barry B. Fisher, agissant en qualité d'arbitre (l'arbitre), a rendues sous le régime de la partie III du *Code canadien du travail*,

Code). In the first decision dated August 4, 1998 (evidentiary decision), the Adjudicator denied Diane McKeown (the applicant) leave to lead evidence and to further cross-examine employer's witnesses. In the second decision dated January 22, 1999 (withdrawal decision) [*McKeown and Royal Bank of Canada*, [1999] C.L.A.D. No. 31 (QL)], the Adjudicator decided that the applicant could not withdraw her complaint filed pursuant to section 240 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15] of the Code.

Order Sought

[2] The applicant seeks an order setting aside the decision of January 22, 1999, and allowing the applicant to withdraw her complaint and pursue her civil action. In the alternative, the applicant seeks an order setting aside the decision of August 4, 1998, or an order remitting the matter for hearing before a new adjudicator. The applicant also seeks costs.

Background Facts

[3] The applicant was dismissed from her job at the Royal Bank of Canada (the Bank) on July 26, 1995. At the time, she was assistant manager of personal banking and empowered to authorize loans. Two customers for whom she had authorized loans had defaulted, triggering an investigation by the Bank. The investigation completed by Mr. Hodgins ultimately led to her dismissal. She filed a complaint under section 240 of the Code alleging unjust dismissal (the complaint). The Adjudicator was appointed in January, 1996, to hear the complaint at her request. She was represented by her solicitor Bram Lecker at the time.

[4] On February 1, 1996, the applicant was charged with two counts of fraud under the *Criminal Code* of Canada [R.S.C., 1985, c. C-46] in connection with the two above loans. She retained Dan Lawson to defend her in this matter.

L.R.C. (1985), ch. L-2 (le Code). Dans la première décision en date du 4 août 1998 (la décision relative à la preuve), l'arbitre a refusé à Diane McKeown (la demanderesse) l'autorisation de présenter des éléments de preuve et de continuer à contre-interroger certains témoins de l'employeur. Dans la seconde décision, datée du 22 janvier 1999 (la décision relative au retrait) [*McKeown et Banque royale du Canada*, [1999] C.L.A.D. n° 31 (QL)], l'arbitre a statué que la demanderesse ne pouvait retirer la plainte qu'elle avait déposée en application de l'article 240 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15] du Code.

L'ordonnance demandée

[2] La demanderesse veut obtenir une ordonnance annulant la décision en date du 22 janvier 1999 et l'autorisant à retirer sa plainte et à poursuivre son action civile. Subsidiairement, la demanderesse veut obtenir une ordonnance annulant la décision du 4 août 1998 ou une ordonnance renvoyant la question à un nouvel arbitre. La demanderesse demande également des frais.

Les faits à l'origine du litige

[3] La demanderesse, qui travaillait à la Banque Royale du Canada (la banque), a été congédiée le 26 juillet 1995. À l'époque, elle était directrice adjointe des services bancaires personnels et pouvait autoriser des prêts. Par suite du défaut de paiement de deux clients dont elle avait approuvé la demande de prêt, la banque a décidé de faire enquête. Celle-ci a été effectuée par M. Hodgins et a finalement mené au congédiement de la demanderesse, qui a déposé une plainte de congédiement injuste (la plainte) en vertu de l'article 240 du Code. L'arbitre a été nommé en janvier 1996 et chargé d'entendre la plainte à la demande de la demanderesse, qui était alors représentée par M^e Bram Lecker.

[4] Le 1^{er} février 1996, la demanderesse a été inculpée de deux chefs d'accusation de fraude en vertu du *Code criminel* du Canada [L.R.C. (1985), ch. C-46] à l'égard des deux prêts susmentionnés. Elle a alors retenu les services de M^e Dan Lawson pour la défendre relativement à ces accusations.

[5] Returning to the complaint, the Bank was first to present its evidence. The Bank called 14 witnesses on 10 hearing dates beginning on April 22, 1996. Testimony on April 22 and 24, 1996, by Lee Enrico, Manager, Personal Banking of the Brampton Branch, introduced exhibits into evidence concerning policies, procedures and rules for granting of loans. Mr. Lecker cross-examined Mr. Enrico. The Adjudicator advised Mr. Lecker that if the applicant were to present a contradictory presentation of the facts, he should put those facts to Mr. Enrico for his response. During cross-examination of Mr. Enrico, the Bank put Mr. Lecker on notice that if he sought to introduce contrary evidence than that given by Mr. Enrico without giving him an opportunity to respond to it during cross-examination, the Bank would object on the basis that such evidence would violate the rule in *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.). The Bank finished its case in chief on March 31, 1997.

[6] The applicant commenced her case with herself as her first witness. In her evidence in chief, she tried to introduce evidence of alleged loan applications in which policies and procedures had not been followed (and that failure to so follow had allegedly been endorsed by bank managers called as witnesses by the Bank). On September 8, 1997, the Adjudicator ruled that to allow this evidence would offend the rule in *Browne v. Dunn*, *supra* as the Bank's witnesses did not have a chance to respond to these allegations against them.

[7] In September 1997, Mr. Guiste was hired to replace Mr. Lecker and Mr. Lawson, and to handle both the criminal defence and the Code complaint for the applicant.

[8] On May 4, 1998, the criminal charges against the applicant were withdrawn.

[5] En ce qui concerne la plainte, la banque a été la première à présenter sa preuve et a fait témoigner 14 personnes au cours de dix auditions qui ont commencé le 22 avril 1996. Lorsqu'il a été interrogé les 22 et 24 avril 1996, Lee Enrico, le directeur des services bancaires de la succursale de Brampton, a présenté en preuve des pièces concernant les politiques, règles et procédures relatives à l'octroi de prêts. Lorsque M^e Lecker a contre-interrogé M. Enrico, l'arbitre a avisé l'avocat que, s'il avait l'intention d'invoquer des faits allant à l'encontre du témoignage susmentionné, il devrait informer M. Enrico de ces faits afin que celui-ci puisse répondre aux allégations. Lors du contre-interrogatoire de M. Enrico, la banque a informé M^e Lecker que, s'il avait l'intention de présenter des éléments de preuve allant à l'encontre du témoignage de cette personne sans lui donner la possibilité de répondre pendant son contre-interrogatoire, elle formulerait une objection au motif que cette preuve va à l'encontre de la règle énoncée dans l'arrêt *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (C.L.). La banque a terminé la présentation de sa preuve principale le 31 mars 1997.

[6] La demanderesse a commencé la présentation de sa preuve en témoignant d'abord elle-même. Au cours de son interrogatoire principal, elle a tenté de présenter en preuve des demandes de prêt à l'égard desquelles les politiques et procédures n'auraient pas été suivies (lequel manquement aurait été appuyé par les directeurs appelés à témoigner pour la banque). Le 8 septembre 1997, l'arbitre a statué que l'admission de cette preuve irait à l'encontre de la règle énoncée dans l'arrêt *Browne v. Dunn*, précité, étant donné que les témoins de la banque n'ont pas eu la possibilité de répondre aux allégations formulées contre eux.

[7] En septembre 1997, la demanderesse a retenu les services de M^e Guiste en remplacement de M^{es} Lecker et Lawson, afin qu'il s'occupe à la fois de la défense contre les accusations criminelles portées contre elle et de la plainte qu'elle avait déposée en vertu du Code.

[8] Le 4 mai 1998, les accusations criminelles portées contre la demanderesse ont été retirées.

[9] By statement of claim dated May 6, 1998, the applicant commenced a civil action against the Bank and Mr. Hodgins, seeking damages for defamation of character and malicious prosecution among other things. The Bank and Mr. Hodgins filed statements of defence (Mr. Hodgins' included a counterclaim).

[10] On July 28, 1998, the applicant brought a motion seeking an order to permit her to lead evidence of condonation, and an order for the Bank to return three witnesses for further cross-examination. In a decision dated August 4, 1998 (evidentiary decision), for which judicial review is now sought, the Adjudicator denied the applicant's motion.

[11] By letter dated October 9, 1998, Mr. Guiste attempted to withdraw the applicant's complaint. The letter reads:

Further hearings in this matter are no longer necessary.

Our client has elected to withdraw her complaint of unjust dismissal in favor [*sic*] of exercising her right to seek a civil remedy pursuant to section 246(1) of the Canada Labour Code Part III. As you know, Mr. Harris and I were not counsel on the Canada Labour Code manner [*sic*] until very late in the process.

We trust this is satisfactory.

[12] The Bank requested the Adjudicator to rule that the complaint be dismissed with prejudice. A motion concerning the applicant's attempt to withdraw the complaint was heard before the Adjudicator October 20, 1998 (withdrawal decision). In a decision dated January 22, 1999, for which judicial review is now sought, the Adjudicator dismissed the applicant's motion for withdrawal.

Issues

[13] 1. With respect to the August 4, 1998 decision (the evidentiary decision):

[9] Dans une déclaration datée du 6 mai 1998, la demanderesse a intenté contre la banque et M. Hodgins une action en dommages-intérêts pour cause de diffamation et de poursuite abusive, entre autres motifs. La banque et M. Hodgins ont déposé des défenses (M. Hodgins a joint à la sienne une demande reconventionnelle).

[10] Le 28 juillet 1998, la demanderesse a présenté une requête visant à obtenir une ordonnance qui l'autoriserait à présenter une preuve de pardon ainsi qu'une ordonnance sommant la banque de renvoyer trois témoins en vue d'un contre-interrogatoire plus poussé. Dans une décision datée du 4 août 1998 (la décision relative à la preuve), qui est visée par la présente demande de contrôle judiciaire, l'arbitre a rejeté la requête de la demanderesse.

[11] Dans une lettre datée du 9 octobre 1998, M^e Guiste a tenté de retirer la plainte de la demanderesse:

[TRADUCTION] Aucune autre audience n'est nécessaire dans la présente affaire.

Notre cliente a décidé de retirer sa plainte de congédiement injuste afin d'exercer son droit de demander une réparation civile conformément au paragraphe 246(1) du Code canadien du travail (partie III). Comme vous le savez, M^e Harris et moi-même ne sommes intervenus que très tard dans l'affaire concernant le Code canadien du travail.

Espérant le tout conforme, nous vous prions d'agréer l'expression de nos meilleurs sentiments.

[12] La banque a demandé à l'arbitre de rejeter la plainte de façon définitive. Une requête portant sur la tentative de la demanderesse de retirer sa plainte a été entendue devant l'arbitre le 20 octobre 1998 (la décision relative au retrait). Dans une décision en date du 22 janvier 1999, qui est visée par la présente demande de contrôle judiciaire, l'arbitre a rejeté la requête de la demanderesse en vue d'obtenir l'autorisation de retirer sa plainte.

Les questions en litige

[13] 1. Voici les questions concernant la décision du 4 août 1998 (la décision relative à la preuve):

(1) Should the application be dismissed as a result of the applicant's failure to apply for judicial review within the time provided for by the subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act*?

(2) Did the Adjudicator err in law or jurisdiction by not allowing the applicant to lead evidence of condonation?

(3) Did the Adjudicator err in law or jurisdiction by virtue of his ruling on the applicant's request to recall Carlos Harper, Darlene Grylls and Lloyd Hodgins for further cross-examination?

(4) What standard of review should the Court apply to the evidentiary decision?

2. With respect to the January 22, 1999 decision (the withdrawal decision):

(1) What standard of review should apply to the January 22, 1999 decision?

(2) Did the Adjudicator err in law and or jurisdiction by denying the applicant the right to withdraw her complaint without prejudice or potential prejudice to her other civil claims against the respondent bank and others having regard to subsection 246(1) of the Code and all of the facts and circumstances detailed in the record?

Relevant Statutory Provisions

[14] Subsection 18.1(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-17 (the Act) states:

18.1 (1)

(2) An application for judicial review in respect of a decision or order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within thirty days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected thereby, or within such further time as a judge of the Trial Division may, either before or after the expiration of those thirty days, fix or allow.

1) La demande devrait-elle être rejetée au motif que la demanderesse n'a pas présenté sa demande de contrôle judiciaire à l'intérieur du délai prévu par le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*?

2) L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit ou de compétence en refusant à la demanderesse l'autorisation de présenter une preuve de pardon?

3) L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit ou de compétence en tranchant comme il l'a fait la demande de la demanderesse en vue de rappeler Carlos Harper, Darlene Grylls et Lloyd Hodgins pour poursuivre leur contre-interrogatoire?

4) Quelle est la norme de contrôle que la Cour devrait appliquer à la décision relative à la preuve?

2. Voici les questions concernant la décision du 22 janvier 1999 (la décision relative au retrait):

1) Quelle norme de contrôle devrait s'appliquer à la décision du 22 janvier 1999?

2) L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit ou de compétence en refusant de permettre à la demanderesse de retirer sa plainte sans porter atteinte aux autres recours civils qu'elle pourrait avoir contre la banque défenderesse et d'autres personnes, eu égard au paragraphe 246(1) du Code et à tous les autres faits et circonstances exposés de façon détaillée dans le dossier?

Les dispositions législatives pertinentes

[14] Le paragraphe 18.1(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (la Loi), est ainsi libellé:

18.1 (1) [. . .]

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Section de première instance peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

[15] Sections 240 to 246 [s. 242 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16; S.C. 1998, c. 26, s. 58)] of the *Canada Labour Code* state:

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.

(2) Subject to subsection (3), a complaint under subsection (1) shall be made within ninety days from the date on which the person making the complaint was dismissed.

(3) The Minister may extend the period of time referred to in subsection (2) where the Minister is satisfied that a complaint was made in that period to a government official who had no authority to deal with the complaint but that the person making the complaint believed the official had that authority.

241. (1) Where an employer dismisses a person described in subsection 240(1), the person who was dismissed or any inspector may make a request in writing to the employer to provide a written statement giving the reasons for the dismissal, and any employer who receives such a request shall provide the person who made the request with such a statement within fifteen days after the request is made.

(2) On receipt of a complaint made under subsection 240(1), an inspector shall endeavour to assist the parties to the complaint to settle the complaint or cause another inspector to do so.

(3) Where a complaint is not settled under subsection (2) within such period as the inspector endeavouring to assist the parties pursuant to that subsection considers to be reasonable in the circumstances, the inspector shall, on the written request of the person who made the complaint that the complaint be referred to an adjudicator under subsection 242(1),

(a) report to the Minister that the endeavour to assist the parties to settle the complaint has not succeeded; and

(b) deliver to the Minister the complaint made under subsection 240(1), any written statement giving the reasons for the dismissal provided pursuant to subsection (1) and any other statements or documents the inspector has that relate to the complaint.

[15] Voici le texte des articles 240 à 246 [art. 242 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 16; L.C. 1998, ch. 26, art. 58), 244 (mod. par L.C. 1993, ch. 42, art. 34)] du *Code canadien du travail*:

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.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la plainte doit être déposée dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la date du congédiement.

(3) Le ministre peut proroger le délai fixé au paragraphe (2) dans les cas où il est convaincu que l'intéressé a déposé sa plainte à temps mais auprès d'un fonctionnaire qu'il croyait, à tort, habilité à la recevoir.

241. (1) La personne congédiée visée au paragraphe 240(1) ou tout inspecteur peut demander par écrit à l'employeur de lui faire connaître les motifs du congédiement; le cas échéant, l'employeur est tenu de lui fournir une déclaration à cet effet dans les quinze jours qui suivent la demande.

(2) Dès réception de la plainte, l'inspecteur s'efforce de concilier les parties ou confie cette tâche à un autre inspecteur.

(3) Si la conciliation n'aboutit pas dans un délai qu'il estime raisonnable en l'occurrence, l'inspecteur, sur demande écrite du plaignant à l'effet de saisir un arbitre du cas:

a) fait rapport au ministre de l'échec de son intervention;

b) transmet au ministre la plainte, l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement et tous autres déclarations ou documents relatifs à la plainte.

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 Industrial 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.

(3.1) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where

(a) that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; or

(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.

(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.

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 industrielles 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.

(3.1) L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste;

b) la présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

(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) 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.

244. (1) Any person affected by an order of an adjudicator under subsection 242(4), or the Minister on the request of any such person, may, after fourteen days from the date on which the order is made, or from the date provided in it for compliance, whichever is the later date, file in the Federal Court a copy of the order, exclusive of the reasons therefor.

(2) On filing in the Federal Court under subsection (1), an order of an adjudicator shall be registered in the Court and, when registered, has the same force and effect, and all proceedings may be taken thereon, as if the order were a judgment obtained in that Court.

245. The Governor in Council may make regulations for the purposes of this Division defining the absences from employment that shall be deemed not to have interrupted continuity of employment.

246. (1) No civil remedy of an employee against his employer is suspended or affected by sections 240 to 245.

(2) Section 189 applies for the purposes of this Division.

Applicant's Submissions on Evidentiary Decision— August 4, 1998

[16] The applicant cites certain passages in her memorandum of argument from the Adjudicator's decision denying her leave to lead evidence on condonation and to further cross-examine Carlos Harper, Darlene Grylls and Lloyd Hodgins.

[17] The applicant argues that evidence of condonation could not reasonably be characterized as evidence to impeach a witness' credibility. As such, the rule in *Browne v. Dunn*, *supra* (which in the applicant's submission, holds that if you intend to lead evidence which has as its purpose to impeach the credibility of a witness, you then have an obligation to put that evidence to the witness in cross-examination first) was improperly applied by the Adjudicator as there is no obligation on the applicant to cross-examine on that issue.

(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.

244. (1) La personne intéressée par l'ordonnance d'un arbitre visée au paragraphe 242(4), ou le ministre, sur demande de celle-ci, peut, après l'expiration d'un délai de quatorze jours suivant la date de l'ordonnance ou la date d'exécution qui y est fixée, si celle-ci est postérieure, déposer à la Cour fédérale une copie du dispositif de l'ordonnance.

(2) Dès le dépôt de l'ordonnance de l'arbitre, la Cour fédérale procède à l'enregistrement de celle-ci; l'enregistrement confère à l'ordonnance valeur de jugement de ce tribunal et, dès lors, toutes les procédures d'exécution applicables à un tel jugement peuvent être engagées à son égard.

245. Le gouverneur en conseil peut, par règlement, préciser, pour l'application de la présente section, les cas d'absence qui n'ont pas pour effet d'interrompre le service chez l'employeur.

246. (1) Les articles 240 à 245 n'ont pas pour effet de suspendre ou de modifier le recours civil que l'employé peut exercer contre son employeur.

(2) L'article 189 s'applique dans le cadre de la présente section.

Les arguments de la demanderesse au sujet de la décision relative à la preuve—4 août 1998

[16] La demanderesse cite dans son mémoire certains extraits de la décision dans laquelle l'arbitre lui a refusé l'autorisation de présenter une preuve de pardon ainsi que de poursuivre le contre-interrogatoire de Carlos Harper, Darlene Grylls et Lloyd Hodgins.

[17] La demanderesse soutient que la preuve de pardon ne pourrait raisonnablement être considérée comme une preuve visant à attaquer la crédibilité d'un témoin. Par conséquent, l'arbitre a mal appliqué la règle énoncée dans l'arrêt *Browne v. Dunn*, précité (selon la demanderesse, cette règle obligerait toute personne qui a l'intention de présenter une preuve visant à attaquer la crédibilité d'un témoin, à informer d'abord le témoin de cette preuve au cours du contre-interrogatoire), parce que la demanderesse n'est nullement tenue de contre-interroger le témoin à ce sujet.

[18] The applicant further argues that a refusal to admit relevant evidence infringes the rules of natural justice, particularly where the excluded evidence is in the nature of a defence or justification. In support of her submission, the applicant cites the cases of *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471; *Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106, et al.*, [1982] 2 S.C.R. 888 and *Cardinal et al v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643.

[19] Lastly, the applicant argues that denial of her fundamental right to cross-examine is a reviewable error of law and submits *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of the Township of Vespra et al.*, [1981] 2 S.C.R. 145 in support of this proposition.

Issue 1(1)

1. With respect to the August 4, 1998 decision (the evidentiary decision):

(1) Should the application be dismissed as a result of the applicant's failure to apply for judicial review within the time provided for by subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act*?

[20] The application for judicial review of the August 4, 1998 evidentiary decision was not filed until February 22, 1999. Subsection 18.1(2) of the Act states that an application for judicial review shall be made within 30 days after the date the decision was first communicated to the party directly affected thereby or within such further time as a judge of this Court may allow. The extension of time may be granted before or after the expiration of the 30-day period. In *Council of Canadians et al. v. Director of Investigation and Research, Competition Act et al.* (1997), 212 N.R. 254 (F.C.A.), Hugessen J.A. stated at page 255:

In the first place, we do not think that the judge considered an irrelevant factor when he asked himself if the Council had formed an intention to apply for judicial review within the time fixed by law. There is no immutable check list of matters that must be reviewed whenever the grant of

[18] La demanderesse ajoute que le refus d'admettre une preuve pertinente va à l'encontre des règles de justice naturelle, notamment lorsque la preuve exclue est une preuve de défense ou de justification. Au soutien de cet argument, la demanderesse invoque les arrêts suivants: *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471; *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camion, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, s. local 106 et autres*, [1982] 2 R.C.S. 888, et *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643.

[19] En dernier lieu, la demanderesse fait valoir que le déni de son droit fondamental de contre-interroger un témoin constitue une erreur de droit susceptible de révision et cite à cet égard l'arrêt *Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra et autres*, [1981] 2 R.C.S. 145.

Question 1(1)

1. Question concernant la décision du 4 août 1998 (la décision relative à la preuve):

(1) La demande devrait-elle être rejetée au motif que la demanderesse n'a pas présenté sa demande de contrôle judiciaire à l'intérieur du délai prévu par le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*?

[20] La demande de contrôle judiciaire concernant la décision en date du 4 août 1998, soit la décision relative à la preuve, n'a été déposée que le 22 février 1999. Selon le paragraphe 18.1(2) de la Loi, les demandes de contrôle judiciaire doivent être présentées dans les 30 jours qui suivent la première communication de la décision à la partie concernée ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut accorder. La prorogation de délai peut être accordée avant ou après l'expiration du délai de 30 jours. Dans l'affaire *Conseil des canadiens et al. c. Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence et al.* (1997), 212 N.R. 254 (C.A.F.), le juge Hugessen, J.C.A., s'est exprimé comme suit à la page 255:

Premièrement, nous ne croyons pas que le juge a pris en compte un facteur non pertinent lorsqu'il s'est demandé si le Conseil avait eu l'intention de présenter une demande de contrôle judiciaire dans le délai prescrit par la loi. Il n'existe pas de liste de contrôle immuable à vérifier chaque fois

an extension of time is being considered; the most that can be said is that the court will generally look at whether there is an adequate explanation for the failure to act timely and whether the applicant has an arguable case. The question that the judge put to himself was certainly relevant to the first of those matters.

In the second place, we are also not satisfied that the judge's alleged failure to take account of other considerations said to be relevant could have the effect of vitiating his decision. The case principally relied on by the appellants is this court's decision in **Grewal v. Minister of Employment and Immigration**, [1985] 2 F.C. 263; 63 N.R. 106 (F.C.A.). In that case, Thurlow C.J., said:

Among the matters to be taken into account in resolving the first of these questions is whether the applicant intended within the 10-day period to bring the application and had that intention continuously thereafter. Any abandonment of that intention, any laxity or failure of the applicant to pursue it as diligently as could reasonably be expected of him could but militate strongly against his case for an extension. The length of the period for which an extension is required and whether any and what prejudice to an opposing party will result from an extension being granted are also relevant. But in the end, whether or not the explanation justifies the necessary extension must depend on the facts of the particular case and it would, in my opinion, be wrong to attempt to lay down rules which would fetter a discretionary power which Parliament has not fettered. (at pages 277-278 [F.C.]

[21] I have reviewed the material filed on this application and I can find no explanation for the delay in bringing this application nor any indication that the applicant had an intention, within the 30-day period fixed by the Act, to apply for judicial review. Based on these findings, I am not prepared to grant an extension of time in which to file the application for judicial review of the evidentiary decision. The application for judicial review of the August 4, 1998 evidentiary decision is therefore out of time and is therefore dismissed.

Issue 2(1)

2. With respect to the January 22, 1999 decision (the withdrawal decision):

qu'une demande de prolongation de délai est examinée; le plus que l'on puisse dire est que la Cour examinera généralement si une explication adéquate a été fournie pour l'omission d'agir en temps opportun et si la cause du requérant est défendable. La question que le juge s'est posée était certainement pertinente à la première de ces deux questions.

Deuxièmement, nous ne sommes pas convaincus que le fait pour le juge d'avoir omis de prendre en compte certains autres facteurs censément pertinents pourrait avoir vicié sa décision. Les appelants se fondent principalement sur la décision rendue par la présente Cour dans **Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration**, [1985] 2 C.F. 263; 63 N.R. 106 (C.A.F.). Dans cette affaire, le juge en chef Thurlow a dit:

Pour répondre à la première de ces questions, il faut notamment se demander si le requérant avait, dans le délai de 10 jours, l'intention de présenter sa demande et s'il a toujours eu cette intention par la suite. Tout abandon de cette intention, tout relâchement ou défaut du requérant de poursuivre cette fin avec la diligence qui pouvait raisonnablement être exigée de lui ne pourrait que nuire considérablement à ses chances d'obtenir la prorogation. La longueur de la période pour laquelle la prorogation est exigée et la question de savoir si cette prorogation causerait un préjudice à la partie adverse et, si c'est le cas, la nature de ce préjudice, sont également pertinentes. Cependant, en dernière analyse, la question de savoir si l'explication donnée justifie la prorogation nécessaire doit dépendre des faits de l'espèce et, à mon avis, nous commettrions une erreur si nous tentions d'énoncer des règles qui auraient l'effet de restreindre un pouvoir discrétionnaire que le Parlement n'a pas jugé bon de restreindre. (aux pages 277 et 278 [C.F.]

[21] Après avoir examiné les documents déposés en l'espèce, je ne puis trouver aucune explication au sujet du retard à présenter la demande non plus qu'aucun indice permettant de croire que la demanderesse avait formé l'intention, dans le délai de 30 jours fixé par la Loi, de demander le contrôle judiciaire. Compte tenu de cette conclusion, je ne suis pas disposé à accorder un délai supplémentaire pour permettre à la demanderesse de déposer la demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision relative à la preuve. La demande de contrôle judiciaire se rapportant à la décision du 4 août 1998 (la décision relative à la preuve) est donc rejetée parce qu'elle est prescrite.

Question 2(1)

2. Question concernant la décision en date du 22 janvier 1999 (la décision relative au retrait):

(1) What standard of review should apply to the January 22, 1999 decision?

[22] The first question that must be answered is what standard of review applies to my consideration of the January 22, 1999 decision (the withdrawal decision). There is no doubt that the Adjudicator had initial jurisdiction to hear the complaint. He was appointed pursuant to the Act to hear the applicant's complaint. However, the applicant, through her counsel wrote the Adjudicator on October 9, 1998 and withdrew her complaint. After reviewing this letter, the Adjudicator scheduled a motion to hear representations as to the effect of the applicant's withdrawal letter. The Adjudicator ruled that the applicant could not withdraw her complaint and dismissed the motion for withdrawal. I propose to apply a standard of patent unreasonableness to review the withdrawal decision.

Issue 2(2)

2. With respect to the January 22, 1999 decision (the withdrawal decision):

(2) Did the learned Adjudicator err in law and or jurisdiction by denying the applicant the right to withdraw her complaint without prejudice or potential prejudice to her other civil claims against the respondent, Bank and others having regard to subsection 246(1) of the Code and all of the facts and circumstances detailed in the record?

[23] It now remains to be determined whether the Adjudicator came to a patently unreasonable decision in not allowing the applicant to withdraw her complaint.

Applicant's Arguments on Withdrawal Decision—January 22, 1999

[24] The applicant alleges the Adjudicator made this decision based on "irrelevant considerations" and that the Adjudicator had an "apprehension of bias". In her submissions, the applicant cites certain passages from his decision denying her withdrawal of the complaint.

(1) Quelle norme de contrôle devrait s'appliquer à la décision du 22 janvier 1999?

[22] La première question à trancher est celle de la norme de contrôle applicable à la décision du 22 janvier 1999 (la décision relative au retrait). Il est indubitable que l'arbitre avait initialement compétence pour entendre la plainte. Il a été nommé en vertu de la Loi pour entendre la plainte de la demanderesse. Toutefois, le 9 octobre 1998, la demanderesse a écrit à l'arbitre par l'entremise de son avocat pour retirer sa plainte. Après avoir pris connaissance de cette lettre, l'arbitre a fixé une audition afin d'entendre les observations des parties au sujet des conséquences de la lettre de retrait de la demanderesse. L'arbitre a statué que la demanderesse ne pouvait retirer sa plainte et a rejeté la requête portant retrait. J'ai l'intention d'appliquer la norme de la décision manifestement déraisonnable pour examiner la décision relative au retrait.

Question 2(2)

2. Question concernant la décision du 22 janvier 1999 (la décision relative au retrait):

(2) L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit ou de compétence en refusant de permettre à la demanderesse de retirer sa plainte sans porter atteinte aux autres recours civils qu'elle pourrait avoir contre la banque défenderesse et d'autres personnes, eu égard au paragraphe 246(1) du Code et à tous les autres faits et circonstances exposés de façon détaillée dans le dossier?

[23] Il reste maintenant à décider si l'arbitre a rendu une décision manifestement déraisonnable en refusant de permettre à la demanderesse de retirer sa plainte.

Les arguments de la demanderesse au sujet de la décision relative au retrait—22 janvier 1999

[24] La demanderesse allègue que la décision de l'arbitre est fondée sur des «facteurs non pertinents» et qu'elle soulève une «crainte de partialité». Dans ses observations, la demanderesse cite certains extraits de la décision dans laquelle l'arbitre lui a refusé le droit de retirer la plainte.

[25] The applicant submits the Adjudicator embarked on an irrelevant consideration (the question of cost of the litigation to the Bank) and placed great reliance on it in coming to his decision. In particular:

- The Code allows the Adjudicator to award costs only to the unjustly dismissed employee and not to a successful employer;
- He failed to consider the costs thrown away by the applicant;
- He does not consider that the applicant has changed counsel when concluding, based on no evidence, that somehow she will have an advantage over the Bank because she has already cross-examined its witnesses; and
- The Bank clearly had no trouble getting Ms. Grylls and Mr. Harper to testify earlier.

[26] The applicant further submits:

- The Code does not provide the Adjudicator with any expressed authority to rule on the withdrawal of a complaint. Without such authorization, the Adjudicator has no jurisdiction to so rule;
- The Code was drafted to be remedial with a marked and substantial departure from the common law. It would be inconsistent with the spirit and objective of the legislation to deprive the worker the right to withdraw her complaint without any adverse legal consequences;
- Her right under the Code in the case at bar is an individual one and not a collective one as per collective bargaining, this individual's right may overlap with others as recognized by subsection 246(1) of the Code which states, "No civil remedy of an employee against his employer is suspended or affected by sections 240 to 245." The applicant submits this subsection to support her contention that there is an expressed effort not to impair those other rights.

[25] La demanderesse soutient que l'arbitre a examiné un facteur non pertinent (la question du coût du litige pour la banque) et s'est fondé en grande partie sur ce facteur pour en arriver à sa décision. Plus précisément:

- Le Code autorise l'arbitre à adjuger des frais uniquement à l'employé injustement congédié et non à l'employeur qui a gain de cause;
- L'arbitre n'a pas tenu compte des frais que la demanderesse a dû engager;
- L'arbitre n'a pas tenu compte du fait que la demanderesse a changé d'avocat lorsqu'il a conclu, malgré l'absence de preuve à ce sujet, qu'elle sera avantagée par rapport à la banque, étant donné qu'elle a déjà contre-interrogé les témoins de celle-ci;
- De toute évidence, la banque n'a pas eu de mal à faire venir M^{me} Grylls et M. Harper antérieurement pour qu'ils témoignent.

[26] La demanderesse invoque également les arguments suivants:

- Le Code n'accorde pas à l'arbitre le pouvoir explicite de se prononcer sur le retrait d'une plainte. En l'absence de ce pouvoir, l'arbitre n'a pas compétence pour trancher cette question;
- Le Code vise des objectifs de réparation et s'éloigne sensiblement des règles de common law. Refuser au salarié le droit de retirer sa plainte sans conséquence juridique défavorable irait à l'encontre de l'esprit et de l'objectif du texte législatif;
- Le droit que le Code reconnaît à la demanderesse en l'espèce est un droit individuel et non collectif, comme celui qui découle de la négociation collective, et ce droit individuel peut exister de façon concurrente avec d'autres droits, comme l'indique le paragraphe 246(1) du Code: «Les articles 240 à 245 n'ont pas pour effet de suspendre ou de modifier le recours civil que l'employé peut exercer contre son employeur». Selon la demanderesse, cette disposition lui permet de soutenir que le législateur avait manifestement l'intention de ne pas porter atteinte à ces autres droits;

- There is, for the most part, generally no other forum to deal with collective agreements other than collective bargaining legislation. *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929 is offered in support of this submission.

- The deemed dismissal of a withdrawal complaint in this case has a profound impact on various legal rights beyond the applicant and the Bank (for example, actions for defamation, abuse of process, intentional infliction of mental distress and malicious prosecution may be impaired by such a ruling).

[27] The applicant cites *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048 for the proposition that where the main problem in a case of judicial review is determining the jurisdiction of the tribunal, the courts should ask if the legislator intended that such a matter be within the jurisdiction conferred on the tribunal. The applicant argues the Code is clear in providing the Adjudicator with the limited authority to adjudicate on whether or not a person has been unjustly dismissed. Thus, the Adjudicator is not vested with authority to rule on the question of whether or not she can withdraw her complaint.

Respondent's Submissions on Withdrawal Decision—January 22, 1999

[28] What standard of review should this Court apply to this decision?

The respondent argues this decision can be distinguished from the circumstances in *Air Canada v. Davis* (1994), 72 F.T.R. 283 (F.C.T.D.) and *Atomic Energy of Canada Ltd. v. Jindle* (1996), 110 F.T.R. 221 (F.C.T.D.) (affd. (1998), 229 N.R. 212 (F.C.A.)). In this case, there is no issue that the complaint was properly referred to the Adjudicator pursuant to subsection 241(1) of the Code. Hence, the limitation on his jurisdiction found in subsection 242(3.1) is not relevant here.

- De façon générale, il n'existe pas de fondement autre que les textes législatifs concernant la négociation collective pour l'application des conventions collectives. L'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, est invoqué au soutien de cet argument;

- Le rejet présumé d'une demande de retrait en l'espèce a de graves répercussions sur différents droits autres que ceux de la demanderesse et de la banque (par exemple, cette décision peut avoir des répercussions sur les actions en diffamation ou les actions découlant de l'utilisation abusive des procédures, de l'infliction intentionnelle de souffrances morales et de poursuites abusives).

[27] La demanderesse cite l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048 pour soutenir que, lorsque le principal problème à régler dans une demande de contrôle judiciaire réside dans la compétence du tribunal, les cours de justice devraient se demander si le législateur voulait que cette question relève de la compétence accordée au tribunal. Selon la demanderesse, le Code indique clairement que l'arbitre est investi du pouvoir restreint de décider si une personne a ou non été injustement congédiée. L'arbitre n'a donc pas le pouvoir de décider si un plaignant peut ou non retirer sa plainte.

Les arguments de la défenderesse au sujet de la décision relative au retrait—22 janvier 1999

[28] Quelle norme de contrôle la Cour devrait-elle appliquer à cette décision?

Selon la défenderesse, les circonstances de la présente affaire peuvent être distinguées de celles des arrêts *Air Canada c. Davis* (1994), 72 F.T.R. 283 (C.F. 1^{re} inst.), et *Énergie atomique du Canada Ltée c. Jindle* (1996), 110 F.T.R. 221 (C.F. 1^{re} inst.) (conf. par (1998), 229 N.R. 212 (C.A.F.)). Dans la présente affaire, il est indubitable que la plainte a été soumise en bonne et due forme à l'arbitre conformément au paragraphe 241(1) du Code. Par conséquent, la restriction énoncée au paragraphe 242(3.1) en ce qui concerne la compétence de l'arbitre n'est pas pertinente en l'espèce.

The respondent further submits this decision should be held to the patently unreasonable standard of review. Paragraph 242(2)(b) provides the Adjudicator shall determine the procedure to be followed. According to the respondent, this is such a decision and it was made within the jurisdiction provided by the statute.

[29] Was the Adjudicator's decision patently unreasonable, in the alternative, was it correct?

Subsection 242(2) of the Code provides that the Adjudicator shall consider the complaint. Thus, the respondent contends there is no discretion for the Adjudicator to not consider a complaint, aside from subsection 242(3.1), and there is no discretion to allow the complainant to withdraw a complaint. It is the Minister, not the complainant who refers the complaint to the Adjudicator.

The respondent submits subsection 242(3) makes the consideration of a complaint and a report mandatory and that there is no discretion provided to stop the process, midstream, by allowing a complainant to withdraw the complaint.

The respondent refers to S. R. Ball, *Canadian Employment Law*, loose-leaf ed., Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1996 to support its view that the Adjudicator was correct in considering decisions of arbitrators under collective agreements for guidance on the question before him. Arbitral jurisprudence shows two possible approaches:

1. An arbitrator has jurisdiction to decide upon whether or not a union should be allowed to withdraw a grievance and, if so, upon what terms. The respondent submits the Adjudicator chose to follow this line and relied upon the arbitrator decision of *Guelph General Hospital and O.N.A., Re* (1992), 25 L.A.C. (4th) 260 (Ont.), at page 261.
2. The dismissal of a grievance is tantamount to an adjudication on the merits of the allegations made

La défenderesse ajoute que la décision de l'arbitre devrait être examinée en fonction de la norme du caractère manifestement déraisonnable. L'alinéa 242(2)(b) énonce que l'arbitre fixe lui-même la procédure à suivre. Selon la défenderesse, la décision examinée en l'espèce est une décision de cette nature et relevait de la compétence prévue dans le texte législatif.

[29] La décision de l'arbitre était-elle manifestement déraisonnable ou, subsidiairement, était-elle correcte?

Le paragraphe 242(2) du Code prévoit que l'arbitre doit examiner la plainte. Par conséquent, selon la défenderesse, l'arbitre n'a pas le pouvoir discrétionnaire de ne pas examiner la plainte, exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 242(3.1), et n'a pas non plus le pouvoir discrétionnaire de permettre à la partie plaignante de retirer sa plainte. C'est le ministre, et non la plaignante, qui saisit l'arbitre de la plainte.

La défenderesse ajoute que, selon le paragraphe 242(3), l'examen d'une plainte et la communication de la décision sont obligatoires et il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire permettant à l'arbitre d'interrompre la procédure à mi-chemin en permettant au plaignant de retirer sa plainte.

La défenderesse cite l'ouvrage de S. R. Ball, *Canadian Employment Law*, publication à feuillets mobiles, Aurora (Ontario): Canada Law Book, 1996, pour soutenir que l'arbitre a eu raison de se guider sur les sentences arbitrales rendues dans les litiges liés aux conventions collectives pour examiner la question dont il était saisi. Les sentences arbitrales indiquent deux tendances possibles:

1. Un arbitre a compétence pour décider si un syndicat devrait ou non être autorisé à retirer un grief et, dans l'affirmative, à quelles conditions. La défenderesse fait valoir que l'arbitre a choisi de suivre cette tendance et de se fonder sur la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Guelph General Hospital and O.N.A., Re* (1992), 25 L.A.C. (4th) 260 (Ont.), à la page 261.
2. Le rejet d'un grief équivaut à une décision sur le fond au sujet des allégations à l'origine du grief et

in the grievance, and an arbitral finding that they are not established and are without merit. The respondent submits this is less favourable to the applicant and was urged upon the Adjudicator by the respondent, however, the Adjudicator preferred the first approach in his decision.

The Adjudicator, according to the respondent, considered all relevant factors in its decision, including whether prejudice would arise to the Bank from a withdrawal of a complaint.

The respondent contends the decision does not interfere with subsection 246(1) of the Code as it does not stop the applicant from seeking a civil remedy. The decision recognizes the reality that the Adjudicator's final decision on the complaint, when rendered, may be considered by a court hearing a civil proceeding. It has been held that an Adjudicator's award may create an issue estoppel in subsequent proceedings (*Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), at pages 277-284).

Analysis and Decision

[30] There is very little jurisprudence with respect to the withdrawal of a complaint filed under the *Canada Labour Code*. In *Aylward v. McMaster University* (1991), 79 D.L.R. (4th) 119 (Ont. Gen. Div.) Flinn J. stated, at pages 126-128:

Counsel for the applicant invited the court to find, first, that the decision of the tribunal to continue on its own was void *ab initio* on the ground that once the complaint had been withdrawn the tribunal had no jurisdiction and, secondly, on the basis of structural bias, that under the provisions of the rules of procedure established by the senate the tribunal could not be a judge in its own case. In other words, it should not be judge and prosecutor.

In that regard counsel for the applicant referred to the judgment of Beetz J. in *Re Harelkin and University of Regina* (1979), 96 D.L.R. (3d) 14 at p. 47, [1979] 2 S.C.R. 561, [1979] 3 W.W.R. 676, where he cited with approval the words of Lord Devlin in *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C.

à une conclusion de l'arbitre selon laquelle les allégations ne sont ni prouvées ni justifiées. La défenderesse fait valoir que cette position est moins favorable à la demanderesse et a demandé à l'arbitre de suivre cette tendance, mais l'arbitre a préféré la première interprétation aux fins de sa décision.

Selon la défenderesse, l'arbitre a examiné tous les facteurs pertinents dans sa décision, notamment la question de savoir si le retrait d'une plainte causerait un préjudice à la banque.

La défenderesse allègue que la décision ne va pas à l'encontre du paragraphe 246(1) du Code, parce qu'elle n'empêche pas la demanderesse d'exercer un recours civil. La décision a pour effet de reconnaître la réalité, soit la possibilité pour une cour de justice saisie d'une action civile d'examiner la décision définitive rendue par l'arbitre au sujet de la plainte. Il a été décidé qu'une sentence arbitrale peut donner lieu à une irrecevabilité à remettre en cause une question dans des instances subséquentes (*Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), aux pages 277 à 284).

Analyse et décision

[30] Très peu de décisions ont été rendues au sujet du retrait d'une plainte déposée sous le régime du *Code canadien du travail*. Dans l'affaire *Aylward v. McMaster University* (1991), 79 D.L.R. (4th) 119 (Div. gén. Ont.), le juge Flinn a formulé les remarques suivantes aux pages 126 à 128:

[TRADUCTION] L'avocat du requérant a demandé à la cour de conclure, d'abord, que la décision du tribunal de poursuivre les procédures de son propre chef était nulle *ab initio*, parce que, une fois que la plainte avait été retirée, le tribunal n'avait plus compétence et, en second lieu, compte tenu des règles de procédure établies par le Sénat, le tribunal ne pouvait être juge dans sa propre affaire (la partialité institutionnelle). Autrement dit, il ne devrait pas agir à la fois en qualité de juge et de poursuivant.

À cet égard, l'avocat du requérant a cité le jugement que le juge Beetz a prononcé dans l'affaire *Harelkin c. Université de Regina* (1979), 96 D.L.R. (3d) 14, à la page 47, [1979] 2 R.C.S. 561, à la page 583, [1979] 3 W.W.R. 676, où il a cité avec approbation les propos de lord Devlin dans

40 (H.L.) at pp. 138-9:

“It is argued for the appellant that the effect is to avoid ab initio the decision of the committee. That must mean that the committee had no statutory authority to make any decision at all. If they had, then, although the decision they had made might be a bad one and one that could be quashed by the court by virtue of the supervisory jurisdiction over the proceedings of inferior tribunals, it would not be void ab initio but would be good until quashed. To make it void ab initio there must be some condition precedent to the conferment of authority on the committee which has not been fulfilled.”

As to structural bias, counsel for the applicant referred to *Hajee v. York University* (1985), 11 O.A.C. 72 (Div. Ct.), where the senate committee decided that the student could only cross-examine the witnesses through the committee chairman who allegedly had the discretion whether or not to ask the proposed questions. Krever J., at p. 73, said:

It would be impossible to think of any greater insult to the integrity of an academic institution or to an academic community than that of dishonesty whether it is called intellectual dishonesty or fraud. One can therefore sympathize with the desire to uncover it and treat it with the condemnation it deserves when it is thought to exist. This gives rise to an obligation to refrain from concluding that it exists lightly. It creates a concomitant duty to give a person accused of dishonesty the benefit of reasonable safeguards to enable him or her to meet the serious accusations that it entails.

Counsel for the respondent took the view that the proceedings could not be considered a nullity. The tribunal was properly constituted, it dealt with subject matter over which it had jurisdiction. Counsel’s argument was that when the complaint was withdrawn the action of the committee in proceeding on its own initiative could only be challenged on the basis that it was patently unreasonable and not being patently unreasonable the court should not interfere.

This court holds the view that the hearing was not a nullity because it was a hearing by a tribunal properly constituted for which due notice had been given and which tribunal was ready and willing to hear the representations of counsel for the professor, for the applicant student and, indeed, its own witnesses if such would have been called. In *Dayco (Canada) Ltd. v. C.A.W.* (1990), 73 D.L.R. (4th) 718, 90 C.L.L.C. ¶14,040, 74 O.R. (2d) 648, the Ontario Court of Appeal, commenting on the decision of Beetz J. in

Ridge v. Baldwin, [1964] A.C. 40 (C.L.), aux pages 138 et 139:

[TRADUCTION] «L’appelant prétend qu’il cherche à invalider ab initio la décision du comité. Ceci doit vouloir dire que le comité n’avait pas le pouvoir statuaire de prendre une décision. S’il l’avait eu, alors, bien que la décision prise puisse être mauvaise ou infirmée par la cour en vertu de son pouvoir de surveillance des procédures des tribunaux d’instance inférieure, sa décision ne serait pas nulle ab initio mais serait valide jusqu’à ce qu’elle soit infirmée. Pour qu’elle soit nulle ab initio, il faut qu’une condition qui confère le pouvoir au comité n’ait pas été respectée.»

En ce qui a trait à la partialité institutionnelle, l’avocat du requérant a cité l’arrêt *Hajee v. York University* (1985), 11 O.A.C. 72 (C. div.), où le comité du sénat a décidé que l’étudiant pouvait contre-interroger les témoins uniquement par l’entremise du président du comité, qui avait apparemment le pouvoir discrétionnaire de poser ou non les questions proposées. Voici comment le juge Krever s’est exprimé à la page 73:

[TRADUCTION] Il n’y a pas d’offense plus grave à l’endroit de l’intégrité d’un établissement universitaire ou d’un corps professoral que celle de la malhonnêteté, qu’il s’agisse d’une malhonnêteté de nature intellectuelle ou d’une fraude. Le désir de mettre à jour cette malhonnêteté et d’infliger à ses auteurs la punition qu’ils méritent est donc compréhensible, lorsque cette malhonnêteté semble exister. En revanche, il faut à tout prix éviter de conclure à la légèreté à l’existence de celle-ci. Le droit de mettre à jour cette malhonnêteté crée une obligation correspondante de permettre à la personne qui est accusée de malhonnêteté d’invoquer les moyens de protection raisonnables à sa disposition pour être en mesure de répondre aux accusations graves découlant de ce droit.

L’avocat de la partie intimée a soutenu que les procédures ne pouvaient être considérées comme nulles. Le tribunal a été constitué en bonne et due forme et a examiné des questions qui relevaient de sa compétence. L’avocat a fait valoir que, lorsque la plainte a été retirée, la décision du comité de poursuivre les procédures de son propre chef pouvait être contestée uniquement parce qu’elle était manifestement déraisonnable et, tel n’étant pas le cas, la Cour ne devrait pas intervenir.

La cour est d’avis que l’audience n’était pas nulle, parce qu’elle a été tenue devant un tribunal constitué en bonne et due forme et précédée d’un avis donné de façon régulière; de plus, le tribunal était disposé et prêt à entendre les observations de l’avocat du professeur, de l’étudiant requérant et même ses propres témoins, s’ils avaient été appelés. Dans l’arrêt *Dayco (Canada) Ltd. v. C.A.W.* (1990), 73 D.L.R. (4th) 718, 90 C.L.L.C. ¶ 14,040, 74 O.R. (2d) 648, la Cour d’appel de l’Ontario, qui commentait le jugement

U.E.S., Local 298 v. Bibeault, [1988] 2 S.C.R. 1048, 35 Admin. L.R. 153, 89 C.L.L.C. ¶14,045, observed at pp. 728-9:

Mr. Justice Beetz described in *Bibeault* the method for applying his pragmatic and functional analysis to the determination of whether a question falls within the jurisdiction of a tribunal or an arbitrator. He said at p. 1088:

“ . . . the first step in the analysis necessary in the concept of a ‘patently unreasonable’ error involves determining the jurisdiction of the administrative tribunal. At this stage, the Court examines not only the wording of the enactment 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.”

Beetz J. then stated that the court must look to the nature of the question being answered by the tribunal and determine how it fits the administrative scheme. If the question is one that falls within the pragmatic and functional definition of the tribunal’s jurisdiction, a court can intervene only if the tribunal makes a patently unreasonable error. If, however, the question concerns a legislative provision limiting the tribunal’s jurisdiction, the decision of the tribunal is open to challenge if it is not correct. Once the standard of review is established, the court can then examine the merits of the application.

The issue that was to be decided by the tribunal here was clearly within its jurisdiction and judicial review would be precluded unless the tribunal lost jurisdiction by making a patently unreasonable decision.

That would appear to be the strongest position for the applicant. In *Harelkin*, *supra*, at p. 48, Beetz J. says:

In the case at bar, it cannot be doubted that the committee of the council had jurisdiction to hear and decide upon the appellant’s application or memorial. There was not want of jurisdiction. In the exercise of this jurisdiction, the committee of the council erred in failing to observe the rules of natural justice. While it can be said in a manner of speaking that such an error is “akin” to a jurisdictional error, it does not in my view entail the same type of nullity as if there had been a lack of jurisdiction in the committee, it simply renders the decision of the committee voidable at the instance of the aggrieved party and the decision remains appealable until quashed by a Superior Court or set aside by the senate.

qu’a prononcé le juge Beetz dans *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, 35 Admin. L.R. 153, 89 C.L.L.C. ¶14,045, a formulé les commentaires suivants aux pages 728 et 729:

[TRADUCTION] Dans l’arrêt *Bibeault*, le juge Beetz a décrit la méthode à suivre pour appliquer son analyse pragmatique et fonctionnelle afin de décider si une question relève de la compétence d’un tribunal ou d’un arbitre. Il a dit, à la page 1088:

«[. . .] la première étape de l’analyse nécessaire à la notion de l’erreur «manifestement déraisonnable» consiste à déterminer la compétence du tribunal. Pour ce faire, la Cour 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.»

Le juge Beetz a poursuivi en disant que la cour doit examiner la nature de la question dont le tribunal est saisi et décider comment elle cadre avec le régime administratif. S’il s’agit d’une question visée par la définition pragmatique et fonctionnelle de la compétence du tribunal, une cour de justice ne pourra intervenir que si le tribunal commet une erreur manifestement déraisonnable. Cependant, si la question concerne une disposition législative restreignant la compétence du tribunal, la décision de celui-ci pourra être contestée si elle est erronée. Une fois que la norme de révision est établie, la cour peut examiner le fond de la demande.

La question que le tribunal devait trancher en l’espèce était une question qui relevait clairement de sa compétence et la décision s’y rapportant ne pourrait faire l’objet d’une révision judiciaire, à moins que le tribunal n’ait perdu sa compétence en rendant une décision manifestement déraisonnable.

Cette position semblerait correspondre à la situation la plus favorable que la partie requérante puisse invoquer. Dans l’affaire *Harelkin*, précitée, le juge Beetz s’exprime comme suit à la p. 48:

Il ne fait aucun doute qu’en l’espèce le comité du conseil avait compétence pour entendre et trancher la demande ou la requête de l’appelant. Il n’y avait pas absence de compétence. En exerçant cette compétence, le comité du conseil a erré en n’observant pas les règles de justice naturelle. Bien que d’un certain point de vue on puisse dire que cette erreur est «assimilable» à une erreur d’ordre juridictionnel, il ne s’ensuit pas que la décision est entachée de la même nullité que si le comité n’avait pas été compétent. La décision du comité est simplement annulable à la demande de la partie lésée et peut être portée en appel jusqu’à ce qu’elle soit annulée par une cour supérieure ou infirmée par le Sénat.

In this case once the complaint was withdrawn the foundation for the tribunal to continue was gone. Observations made in nullity cases are appropriate in going further and considering whether or not the action or decision to proceed is patently unreasonable.

Counsel for the respondents took the view that academic dishonesty was a university concern and we agree that it is a vitally important issue within the university community. It is no less so for the student and, hence, it carries the concomitant duty in dealing with allegations of academic dishonesty to ensure procedural fairness. Whether the professor's actions amounted to an actual withdrawal of the charge or, alternatively, a withdrawal of his participation by carrying the burden of proof, does not have to be decided. In either event the prosecutorial balance in the adversarial equation disappeared. The board's decision to proceed merged the functions of prosecutor and judge as was demonstrated by the board's inquiry about the professor's availability to give evidence. There was no prescribed procedural framework to enable the board to continue as a prosecutor or to embark on an investigative or inquisitorial proceeding. Therefore, that decision was beyond its *quasi*-judicial role and its authority and as such was:

- (a) patently unreasonable;
- (b) constituted a structural defect in the proceeding giving rise to the reasonable apprehension that it would not act in an entirely impartial manner; and
- (c) was in excess of jurisdiction and in violation of the rules of natural justice.

Having come to the conclusion that the essential function of the tribunal was *quasi*-judicial in deciding questions of academic dishonesty and that the decision to continue was patently unreasonable, can appropriate relief be achieved within the parameters of the rules of procedure established by the senate?

Although this case was set in university surroundings, the issue now before me is the same. What is the effect of a complaint being withdrawn?

[31] I agree that with the withdrawal of the complaint the "foundation for the tribunal to continue was gone". Pursuant to subsections 242(1) and (2) of the Act, the task of the Adjudicator is to "hear and adjudicate on the complaint". By virtue of the applicant's letter to the Adjudicator, the complaint is gone. He no longer has anything to hear and adjudicate. The only

Dans la présente affaire, une fois que la plainte a été retirée, la poursuite des fonctions du tribunal n'était plus justifiée. Les observations formulées dans les affaires de nullité permettent d'aller plus loin et de se demander si la décision de procéder est manifestement déraisonnable.

L'avocat des intimés a fait valoir que la malhonnêteté d'un membre du corps professoral est un problème qui concerne l'université et nous convenons qu'il s'agit d'une question ayant une importance vitale à l'intérieur du milieu universitaire. Elle l'est tout autant pour l'étudiant et, par conséquent, elle comporte l'obligation correspondante d'assurer l'équité procédurale lors de l'examen des allégations connexes. Il n'est pas nécessaire de décider si la conduite du professeur constituait un retrait réel de l'accusation ou, subsidiairement, un retrait de sa participation, par le transfert du fardeau de la preuve. Dans un cas comme dans l'autre, l'équilibre de la poursuite dans le débat contradictoire est rompu. La décision du conseil de poursuivre a entraîné une fusion des fonctions du poursuivant avec celles du juge, comme l'a démontré l'enquête du conseil au sujet de la disponibilité du professeur pour témoigner. Il n'existe aucun cadre procédural permettant au conseil de poursuivre les procédures en qualité de poursuivant ou de s'engager dans une procédure de la nature d'une enquête. Par conséquent, cette décision dépassait son rôle quasi judiciaire et son pouvoir et, pour cette raison,

- a) elle était manifestement déraisonnable;
- b) elle constituait une faille institutionnelle permettant raisonnablement de craindre que le conseil n'agisse pas de manière tout à fait impartiale;
- c) elle dépassait la compétence et allait à l'encontre des règles de justice naturelle.

Compte tenu de la conclusion selon laquelle la fonction essentielle du tribunal était une fonction quasi judiciaire en ce qui a trait à l'examen des questions de malhonnêteté de l'établissement et selon laquelle la décision de poursuivre était manifestement déraisonnable, est-il possible d'accorder une réparation satisfaisante à l'intérieur des paramètres des règles de procédure établies par le Sénat?

Même si cette affaire concernait un milieu universitaire, la question dont je suis saisi en l'espèce est la même. Quel est l'effet d'une plainte retirée?

[31] Je reconnais que, par suite du retrait de la plainte, [TRADUCTION] «la poursuite des fonctions du tribunal n'était plus justifiée». Selon les paragraphes 242(1) et (2) de la Loi, la tâche de l'arbitre consiste à «entendre et trancher l'affaire». En raison de la lettre que la demanderesse a fait parvenir à l'arbitre, la plainte n'existe plus. L'arbitre n'est saisi

authority the Adjudicator had was given to him by statute. I am of the view that once the applicant withdrew her complaint, the Adjudicator had no jurisdiction to proceed any further. I find that his decision to refuse to allow the applicant to withdraw her application was not only a patently unreasonable decision, but it was a decision made without jurisdiction. The decision of the Adjudicator must therefore be quashed.

[32] A similar conclusion was reached by Adjudicator I. A. Hunter in *Grisdale and Ontario Southland Railway Inc.*, [1997] C.L.A.D. No. 228 (QL). This was also an adjudication pursuant to the same sections of the *Canada Labour Code* as the instant case. Arbitrator Hunter stated at paragraphs 4 to 7 of his decision:

On the evening of May 6, 1997 I received a fax, and a subsequent telephone conversation, from Ms. Neelam Jolly, Counsel for both Complainants. The fax read as follows:

“Dear Mr. Hunter,

Re: Ontario Southland Railway

Further to our telephone conversation of May 6, 1997, I am writing to confirm that I have been instructed by Mr. Sabourin and Mr. Grassdale to withdraw their complaints. I apologize for the last minute nature of the notification. However, I only received my instructions today at approximately 4:50 p.m. Please note that I have left a voicemail message for opposing counsel regarding my clients’ instructions.”

At the hearing on May 7, 1997 neither the Complainant, nor their counsel, appeared. However, Mr. Campbell did appear and (1) objected to the unilateral withdrawal of the complaint, particularly at the eleventh-hour, as it were; (2) submitted that once the complaints are in my hands as adjudicator, I am seized of them. Since his client had expended time and money in the preparation for the constitutional issue, he submitted that I should hear evidence and make a determination on that issue.

Accordingly, the novel issue before me is whether Complainants may unilaterally withdraw a complaint

d’aucune autre question à entendre et à trancher. Le seul pouvoir dont l’arbitre disposait est celui qui lui a été accordé par le texte législatif. J’estime qu’une fois que la demanderesse a retiré sa plainte, l’arbitre n’avait plus compétence pour agir. À mon avis, la décision de refuser à la demanderesse l’autorisation de retirer sa demande était une décision qui, en plus d’être manifestement déraisonnable, dépassait la compétence de l’arbitre. Par conséquent, cette décision de l’arbitre doit être annulée.

[32] Dans l’affaire *Grisdale and Ontario Southland Railway Inc.*, [1997] C.L.A.D. n° 228 (QL), l’arbitre I. A. Hunter en est arrivé à une conclusion similaire. Cette affaire portait également sur un arbitrage fondé sur les dispositions du *Code canadien du travail* qui sont invoquées en l’espèce. L’arbitre Hunter s’est exprimé comme suit aux paragraphes 4 à 7 de sa décision:

[TRADUCTION] Le soir du 6 mai 1997, j’ai reçu une télécopie et un appel téléphonique subséquent de M^e Neelam Jolly, l’avocate des deux plaignants. Le texte suivant figurait sur la télécopie:

[TRADUCTION]

Monsieur Hunter,

Objet: Ontario Southland Railway

Par suite de notre conversation téléphonique en date du 6 mai 1997, je vous écris pour confirmer que j’ai reçu de M. Sabourin et de M. Grassdale des directives m’ enjoignant de retirer leurs plaintes. Je m’excuse de vous donner cet avis à la dernière minute. Toutefois, je n’ai reçu mes directives qu’aujourd’hui, vers 16h50. Veuillez noter que j’ai laissé un message sur la boîte vocale de l’avocat de la partie adverse pour l’informer des directives de mes clients.

Au cours de l’audience du 7 mai 1997, aucun des plaignants n’a comparu, ni même leur avocate. Toutefois, M. Campbell a comparu et (1) s’est opposé au retrait unilatéral de la plainte, surtout à la toute dernière minute, (2) a soutenu qu’une fois que les plaintes sont portées à mon attention en qualité d’arbitre, je suis saisi de ces plaintes. Étant donné que son client a consacré du temps et de l’argent à se préparer en ce qui concerne la question constitutionnelle, l’avocat a fait valoir que je devrais entendre la preuve et rendre une décision au sujet de cette question.

Par conséquent, la nouvelle question qui m’est posée est celle de savoir si les plaignants peuvent retirer unilatérale-

submitted pursuant to Section 242 of the Canada Labour Code.

In reaching my decision, I note that I am a creature of the Canada Labour Code. My jurisdiction derives totally from the statute, and I must base my decision on the provisions of the statute.

And at paragraphs 9 and 10:

In my judgement the statutory pre-requisite to the exercise of any of these powers is "the complaint". In the instant case there is no longer a "complaint" before me. Mr. Grisdale and Mr. Sabourin made the complaint and, in my opinion, are unilaterally entitled to withdraw the complaint, notwithstanding the discourtesy shown to the Respondent, to Mr. Campbell and to me, by the late and abrupt manner of withdrawal.

If I were to accede to Mr. Campbell's request and to schedule another hearing on the constitutional issue, I would then be hearing an important legal issue with only one side represented. Much as I regret the cost and inconvenience to which the Respondent has been put, I am not a Court hearing a constitutional reference, nor even a law professor giving an advisory opinion on a constitutional issue. I am an adjudicator appointed to decide whether two individuals, Grisdale and Sabourin, were, as they once alleged, unjustly dismissed. Grisdale and Sabourin having withdrawn the allegation that they were unjustly dismissed, I am without jurisdiction to go further. I am, with respect, *functus officio*.

I agree with the conclusion of Arbitrator Hunter, but I do not necessarily adopt the basis of *functus officio*.

[33] The application for judicial review of the withdrawal decision of January 22, 1999 is allowed.

[34] As success has been divided, there shall be no order as to costs.

ORDER

[35] It is ordered that the application for judicial review with respect to the decision of August 4, 1998 (the evidentiary decision) is dismissed.

ment une plainte présentée sous le régime de l'article 242 du Code canadien du travail.

Pour en arriver à ma décision, je souligne que je suis désigné en vertu du Code canadien du travail. Ma compétence découle entièrement de ce texte législatif et je dois me fonder sur celui-ci pour rendre ma décision.

L'arbitre ajoute les commentaires suivants aux paragraphes 9 et 10:

[TRADUCTION] À mon avis, la condition préliminaire d'origine législative qui sous-tend l'exercice de l'un ou l'autre de ces pouvoirs réside dans «la plainte». Dans la présente affaire, il n'y a plus de «plainte» devant moi. MM. Grisdale et Sabourin ont formulé la plainte et, à mon sens, ils ont le droit unilatéral de la retirer, malgré le manque de courtoisie démontré à l'endroit de l'intimé, de M. Campbell et de moi-même par la façon abrupte dont ils ont agi.

Si je devais faire droit à la demande de M. Campbell et fixer une autre audience au sujet de la question constitutionnelle, j'entendrais les arguments d'une seule des parties au sujet d'une question de droit importante. Malgré les frais et inconvénients occasionnés à l'intimé, je ne suis pas une cour de justice qui entend un renvoi constitutionnel, ni même un professeur de droit donnant un avis consultatif sur une question constitutionnelle. Je suis un arbitre chargé de décider si deux individus, en l'occurrence, Grisdale et Sabourin, ont été congédiés injustement, comme ils l'ont allégué à un moment donné. Grisdale et Sabourin ont retiré cette allégation et je n'ai plus la compétence voulue pour poursuivre. Je suis *functus officio*.

Je souscris à la conclusion de l'arbitre Hunter, mais pas nécessairement à son point de vue au sujet du statut de *functus officio*.

[33] La demande de contrôle judiciaire concernant la décision relative au retrait en date du 22 janvier 1999 est accueillie.

[34] Étant donné que chacune des parties a eu partiellement gain de cause, aucune ordonnance n'est rendue au sujet des frais.

ORDONNANCE

[35] La demande de contrôle judiciaire se rapportant à la décision du 4 août 1998 (la décision relative à la preuve) est rejetée.

[36] It is further ordered that the application for judicial review with respect to the decision of January 22, 1999 (the withdrawal decision) is allowed.

[37] And it is further ordered that there shall be no order as to costs.

[36] La demande de contrôle judiciaire se rapportant à la décision du 22 janvier 1999 (la décision relative au retrait) est accueillie.

[37] Aucune ordonnance n'est rendue au sujet des frais.

T-936-99
2001 FCT 137

T-936-99
2001 CFPI 137

Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. and Novartis AG (Applicants)

v.

RhoxalPharma Inc. and The Minister of Health (Respondents)

INDEXED AS: NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. v. RHOXALPHARMA INC. (T.D.)

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Ottawa, February 5, March 1, 2001.

Patents — Infringement — Courts must adopt purposive construction of patent claims to be fair to patentee, public — No infringement if essential element different or omitted in allegedly infringing device — Patent for pharmaceutical preparations including, as active ingredient, cyclosporin in form of hydrosol for intravenous injection not infringed by cyclosporin capsule not containing hydrosol but forming hydrosol in situ after ingestion.

The applicant, Novartis AG, was the owner of a patent relating in part to pharmaceutical preparations which included, as the active ingredient, cyclosporin in the form of a hydrosol (fine dispersion of solid particles in an aqueous medium). The applicant Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. has obtained a number of notices of compliance in respect of a number of dosage strengths of cyclosporin capsules. The respondent, RhoxalPharma Inc., has forwarded a notice of allegation to the applicants in which the respondent alleged that it would not infringe the patent by the making, using or selling of its cyclosporin capsules which did not contain a hydrosol, but which relied on the formation of a hydrosol *in situ* after ingestion of the capsule.

The applicants sought an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the respondent, RhoxalPharma Inc., in connection with 100 mg. capsules of the drug cyclosporin for oral administration until after the expiration of the applicants' patent.

Held, the application should be dismissed.

The issue was whether the formation of a hydrosol after ingestion of a capsule was an infringement of the patent.

The applicants bear the initial burden of proof. Where a notice of allegation alleges non-infringement, the Court

Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. et Novartis AG (demandereses)

c.

RhoxalPharma Inc. et Le ministre de la Santé (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. c. RHOXALPHARMA INC. (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—Ottawa, 5 février, 1^{er} mars 2001.

Brevets — Contrefaçon — Les tribunaux doivent adopter une interprétation téléologique à l'égard des revendications de brevet pour être équitable pour le titulaire du brevet et pour le public — Il n'y a pas contrefaçon si un élément essentiel est différent ou omis dans un dispositif censément contrefait — Le brevet se rapportant aux préparations pharmaceutiques qui comprennent, comme ingrédient actif, de la cyclosporine sous forme d'hydrosol se prêtant à l'injection par voie intraveineuse n'est pas contrefait par un comprimé de cyclosporine qui ne renferme pas d'hydrosol, mais qui forme un hydrosol in situ après ingestion.

La demanderesse, Novartis AG, était titulaire d'un brevet se rapportant en partie aux préparations pharmaceutiques qui comprenaient, comme ingrédient actif, de la cyclosporine sous forme d'hydrosol (une fine dispersion de particules solides dans un milieu aqueux). La demanderesse Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. a obtenu un certain nombre d'avis de conformité à l'égard d'un certain nombre de doses différentes de comprimés de cyclosporine. La défenderesse, RhoxalPharma Inc., a envoyé aux demandereses un avis d'allégation dans lequel il est allégué que la fabrication, l'utilisation ou la vente des comprimés de cyclosporine qui ne renferment pas d'hydrosol, mais qui reposent sur la formation d'un hydrosol *in situ* après ingestion du comprimé, ne constituerait pas une contrefaçon du brevet.

Les demandereses sollicitaient une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à la défenderesse, RhoxalPharma Inc., à l'égard de comprimés de 100 mg de cyclosporine destinés à être administrés par voie orale jusqu'après l'expiration du brevet des demandereses.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Il s'agissait de savoir si la formation d'un hydrosol après ingestion d'un comprimé constitue une contrefaçon du brevet.

Les demandereses ont la charge initiale de la preuve. Lorsque la non-contrefaçon est alléguée dans un avis

starts from the proposition that the allegations of fact in the notice of allegation are true except to the extent that the contrary has been shown by the applicant.

In *Free World Trust v. Électro Santé Inc. and Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, the Supreme Court of Canada has made it clear that, in order to arrive at an interpretation of patent claims that is reasonable and fair to both the patentee and the public, the courts must adopt a purposive construction of patent claims. The Court stated that the interpretative task of a court is to distinguish a patent's essential elements from non-essential elements on the basis of the common knowledge of a worker skilled in the art to which the patent relates as of the date the patent is published. There is no infringement if an essential element is different or omitted in an allegedly infringing device, but there may be infringement if non-essential elements are substituted or omitted. It also sent a clear message that the claims should receive only one interpretation for all purposes.

Here, on a reasonable and fair interpretation of the patent claims, the respondent's capsules did not infringe the patent. The patent only covered pre-ingestion solutions. The disclosure of the patent clearly indicated that the invention involved a stable, pharmaceutically acceptable hydrosol preparation suited for intravenous injection of particles of cyclosporin which were small enough to avoid clogging blood vessels. Neither the disclosure nor the patent claims referred to a hydrosol formed *in situ*. An ingested pharmaceutical preparation which formed a hydrosol *in situ* was not covered by the patent. The respondent's capsules did not perform "substantially the same function in substantially the same way to obtain substantially the same result" as the applicants' invention.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.08.004.

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2(4) (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4).

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6(1) (as am. by SOR/98-166, s. 5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (1994), 55 C.P.R. (3d)

d'allégation, la Cour présume en premier lieu que les allégations de fait contenues dans l'avis d'allégation sont avérées sauf dans la mesure où le demandeur prouve le contraire.

Dans *Free World Trust c. Électro Santé Inc. et Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, la Cour suprême du Canada a précisé que, pour en arriver à une interprétation des revendications de brevet qui soit raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public, les tribunaux doivent adopter une interprétation téléologique à l'égard de pareilles revendications. La Cour a déclaré que, en exerçant ses fonctions en matière d'interprétation, un tribunal doit faire une distinction entre les éléments essentiels d'un brevet et les éléments non essentiels en se fondant sur les connaissances communes de l'ouvrier versé dans l'art auquel le brevet se rapporte à la date de la publication du brevet. Il n'y a pas contrefaçon si un élément essentiel est différent ou omis dans un dispositif censément contrefait, mais il peut y avoir contrefaçon si des éléments non essentiels sont substitués ou omis. De plus, la Cour a clairement fait savoir que les revendications doivent recevoir une seule et même interprétation à toutes les fins.

En l'espèce, selon une interprétation raisonnable et équitable des revendications de brevet, les comprimés de la défenderesse ne constituaient pas une contrefaçon du brevet. Le brevet ne s'appliquait qu'aux solutions avant l'ingestion. La divulgation du brevet indiquait clairement que l'invention concerne une préparation sous la forme d'un hydrosol stable, pharmacocompatible se prêtant à l'injection par voie intraveineuse de particules de cyclosporine qui sont suffisamment petites pour éviter l'obstruction des vaisseaux sanguins. Il n'était fait mention nulle part dans la divulgation ou dans les revendications de brevet d'un hydrosol se formant *in situ*. Le brevet ne s'appliquait pas à une préparation pharmaceutique ingérée qui forme un hydrosol *in situ*. Les comprimés de la défenderesse n'accomplissaient pas «essentiellement la même fonction, d'une manière essentiellement identique pour obtenir essentiellement le même résultat» que l'invention des demanderesse.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2(4) (édicé par L.C. 1993, ch. 2, art. 4).

Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.004.

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6(1) (mod. par DORS/98-166, art. 5).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (1994), 55

302; 169 N.R. 342 (F.C.A.); *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024; (2000), 194 D.L.R. (4th) 232; 9 C.P.R. (4th) 168; 263 N.R. 150; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88.

DISTINGUISHED:

Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories Ltd., [1978] R.P.C. 153 (H.L.).

REFERRED TO:

Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co., 339 U.S. 605 (1950).

APPLICATION for an order pursuant to subsection 55.2(4) of the *Patent Act* and subsection 6(1) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to RhoxalPharma Inc. in connection with 100 mg capsules of the drug cyclosporin for oral administration. Application dismissed.

APPEARANCES:

Anthony George Creber and Jennifer L. Wilkie for applicants.

Jean-François Buffoni, Marie Lafleur and Martin Sheehan for respondent RhoxalPharma Inc.

No one appearing for respondent Minister of Health.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson, Ottawa, for applicants.

Fasken Martineau DuMoulin, Montréal, for respondent RhoxalPharma Inc.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of Health.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] TREMBLAY-LAMER J.: Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. and Novartis AG (the applicants) seek an order pursuant to subsection 55.2(4) of the *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4 (as enacted by S.C. 1993, c. 2,

C.P.R. (3d) 302; 169 N.R. 342 (C.A.F.); *Free World Trust c. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024; (2000), 194 D.L.R. (4th) 232; 9 C.P.R. (4th) 168; 263 N.R. 150; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories Ltd., [1978] R.P.C. 153 (H.L.).

DÉCISION CITÉE:

Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co., 339 U.S. 605 (1950).

DEMANDE d'ordonnance conformément au paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* et au paragraphe 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à RhoxalPharma Inc. à l'égard de comprimés de 100 mg de cyclosporine destinés à être administrés par voie orale. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Anthony George Creber et Jennifer L. Wilkie pour les demandereses.

Jean-François Buffoni, Marie Lafleur et Martin Sheehan pour la défenderesse RhoxalPharma Inc.

Personne n'a comparu pour le défendeur le ministre de la Santé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling Lafleur Henderson, Ottawa, pour les demandereses.

Fasken Martineau DuMoulin, Montréal, pour la défenderesse RhoxalPharma Inc.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur le ministre de la Santé.

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

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. et Novartis AG (les demandereses) sollicitent une ordonnance conformément au paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* [L.R.C.

s. 4)] and subsection 6(1) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* [SOR/93-133 (as am. by SOR/98-166, s. 5)] prohibiting the Minister of Health from issuing a notice under section C.08.004 of the *Food and Drug Regulations* [C.R.C., c. 870] (a notice of compliance) to RhoxalPharma Inc. (the respondent) in connection with 100 mg capsules of the drug cyclosporin for oral administration until after the expiration of Canadian Letters Patent 1,308,656 entitled “Hydrosols of Pharmacologically Active Agents and their Pharmaceutical Compositions Comprising Them” granted on October 13, 1992 (the patent).

FACTS

[2] Cyclosporin is an immunosuppressant and is sold in Canada in relation to its application to recipients of organ transplants, e.g. kidney or heart transplants, as well as for the therapy of certain autoimmune diseases.¹ The patent on cyclosporin itself has expired.

[3] Novartis AG is the owner of Canadian Patent 1,308,656. Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. has obtained a number of notices of compliance in respect of a number of dosage strengths of cyclosporin capsules, including the 100 mg dosage strength. Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. has filed patent lists in connection with its cyclosporin notices of compliance and the Minister of Health has listed the Novartis AG patents in respect of cyclosporin products of Novartis Pharmaceuticals Canada Inc.²

[4] The patent relates, in part, to pharmaceutical preparations which include as the active ingredient, cyclosporin in the form of a hydrosol. Hydrosols comprise a fine dispersion of solid particles in an aqueous medium, e.g. water.

[5] The patent claims are directed to pharmaceutical preparations in the form of hydrosols. Claim 1 of the patent refers to pharmaceutical preparations for intravenous administration:

(1985), ch. P-4 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art 4)] et au paragraphe 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133 (mod. par DORS/98-166, art. 5)] interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis en vertu de l'article C.08.004 du *Règlement sur les aliments et drogues* [C.R.C., ch. 870] (avis de conformité) à RhoxalPharma Inc. (la défenderesse) à l'égard de comprimés de 100 mg de cyclosporine destinés à être administrés par voie orale jusqu'après l'expiration des lettres patentes canadiennes 1,308,656 intitulées: «Hydrosols of Pharmacologically Active Agents and their Pharmaceutical Compositions Comprising Them», délivrées le 13 octobre 1992 (le brevet).

LES FAITS

[2] La cyclosporine est un médicament immunosuppresseur; ce médicament est vendu au Canada; il est destiné à être utilisé dans les cas de transplantations d'organes, à savoir des greffes de rein ou du cœur, ainsi que pour traiter certaines maladies auto-immunes¹. Le brevet relatif à la cyclosporine elle-même est expiré.

[3] Novartis AG est titulaire du brevet canadien 1,308,656. Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. a obtenu un certain nombre d'avis de conformité à l'égard d'un certain nombre de doses différentes de comprimés de cyclosporine, notamment des comprimés de 100 mg. Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. a déposé des listes de brevets à l'égard de ses avis de conformité relatifs à la cyclosporine et le ministre de la Santé a établi la liste des brevets de Novartis AG à l'égard des produits de cyclosporine de Novartis Pharmaceuticals Canada Inc.²

[4] Le brevet se rapporte en partie aux préparations pharmaceutiques qui comprennent, comme ingrédient actif, de la cyclosporine sous forme d'hydrosol. Les hydrosols forment une fine dispersion de particules solides dans un milieu aqueux, à savoir de l'eau.

[5] Les revendications de brevet se rapportent à des préparations pharmaceutiques sous la forme d'hydrosols. La première revendication se rapporte à des préparations pharmaceutiques destinées à être administrées par voie intraveineuse:

1. A pharmaceutical preparation for intravenous administration the active agent of which comprises a cyclosporin, said preparation comprising either:

(a) a hydrosol, the particles of which comprises said active agent in solid form, have a diameter of from 1 to 10,000 nanometres, and which are stabilized whereby the particle size distribution of said particles is maintained constant; or

(b) the stabilized particulate phase of the above hydrosol in dry or isolated form.³

[6] Claim 2 of the patent refers to pharmaceutical preparations without specifying the route of administration:

2. A pharmaceutical preparation the active agent of which comprises a cylosporin said preparation comprising either:

(a) a hydrosol, the particles of which comprises said active agent in solid form, have a diameter of from 1 to 10,000 nanometres, and which are stabilized whereby the particle size distribution of said particles is maintained constant; or

(b) the stabilized particulate phase of the above hydrosol in dry or isolated form.⁴

[7] By letter dated April 12, 1999, the respondent forwarded a notice of allegation to the applicants in which the respondent alleged, amongst others, that it would not infringe the patent by the making, using or selling of its cyclosporin capsules:

We have available cyclosporine soft gel capsules which will not contain a hydrosol and, more precisely, will not contain the hydrosol as described and claimed in the patent. Accordingly, since at least one essential feature of each claim will not be found in our product, the patent will not be infringed.⁵

[8] The notice of allegation states that the respondent's capsules do not contain a hydrosol. This has been admitted by the applicants.⁶

SUBMISSIONS

[9] The applicants take the position that there would be infringement of the patent either directly or indirectly by the sale of the respondent's capsules.

[10] The applicants argue that Claim 2 of the patent refers to pharmaceutical preparations irrespective of

1. Une préparation pharmaceutique pour administration par voie intraveineuse, dont l'agent actif contient une cyclosporine, ladite préparation renfermant soit:

a) un hydrosol, dont les particules contiennent ledit agent actif sous forme solide, ont un diamètre de 1 à 10 000 nanomètres, et sont stabilisées de telle façon que leur distribution granulométrique demeure constante; soit

b) la phase particulaire stabilisée de l'hydrosol ci-dessus sous forme sèche ou isolée³.

[6] La deuxième revendication se rapporte à des préparations pharmaceutiques sans préciser les modalités d'administration:

2. Une préparation pharmaceutique dont l'agent actif contient une cyclosporine, ladite préparation renfermant soit:

a) un hydrosol, dont les particules contiennent ledit agent actif sous forme solide, ont un diamètre de 1 à 10 000 nanomètres, et sont stabilisées de telle façon que leur distribution granulométrique demeure constante; soit

b) la phase particulaire stabilisée de l'hydrosol ci-dessus sous forme sèche ou isolée⁴.

[7] Par une lettre en date du 12 avril 1999, la défenderesse a envoyé aux demanderesse un avis d'allégation dans lequel il est entre autres allégué que la fabrication, l'utilisation ou la vente des comprimés de cyclosporine ne constituerait pas une contrefaçon du brevet:

[TRADUCTION] Nous avons à notre disposition des comprimés de cyclosporine sous forme de gel mou qui ne renferment pas d'hydrosol et, plus précisément, qui ne renferment pas l'hydrosol tel qu'il est décrit et revendiqué dans le brevet. Par conséquent, étant donné qu'au moins un élément essentiel de chaque revendication ne se trouve pas dans notre produit, le brevet n'est pas contrefait⁵.

[8] Dans l'avis d'allégation, il est déclaré que les comprimés de la défenderesse ne renferment pas d'hydrosol. Les demanderesse l'ont admis⁶.

ARGUMENTS

[9] Les demanderesse soutiennent que la vente des comprimés de la défenderesse constituerait une contrefaçon du brevet.

[10] Les demanderesse affirment que la deuxième revendication de brevet se rapporte à des préparations

the route of administration, and therefore such claim covers the respondent's capsules.

[11] The applicants submit that a "pharmaceutical preparation" can exist in several forms obtained prior or after the ingestion. The respondent's capsule itself need not contain a hydrosol to infringe the patent. It will infringe as long as a hydrosol is formed in aqueous medium, e.g. addition to water or gastrointestinal fluid, by following the manufacturer's instructions, for example, through ingestion.

[12] The applicants also allege that the respondent is infringing the patent by inducing patients and others to infringe it by virtue of complying with the instructions which will be attached to the respondent's capsules.

[13] The respondent takes the position that there is no infringement of the patent because, at the time of sale of its capsules, there is no hydrosol.

[14] The respondent argue that "pharmaceutical preparation" referred to in Claim 2 of the patent does not cover a hydrosol formed *in situ*. Neither the disclosure nor the patent claims refer to a hydrosol formed *in situ*.

[15] The respondent also allege that there can be no inducement to infringe because its capsules do not infringe the patent. In any event, the respondent argues that the applicants have not established that it would be such.

ISSUE

Are the respondent's 100 mg capsules of cyclosporin in infringement of Claim 2 of the patent?

ANALYSIS

[16] The sole issue in the present case is whether the formation of a hydrosol after ingestion of a capsule is an infringement of the patent.

pharmaceutiques indépendamment des modalités d'administration et que cette revendication s'applique donc aux comprimés de la défenderesse.

[11] Les demanderesse déclarent qu'une «préparation pharmaceutique» peut exister sous plusieurs formes obtenues avant ou après l'ingestion. Pour que le brevet soit contrefait, le comprimé de la défenderesse en soi n'a pas à renfermer un hydrosol. Il y aura contrefaçon dans la mesure où un hydrosol est formé dans un milieu aqueux, à savoir l'ajout d'eau ou d'un fluide gastro-intestinal, en suivant les instructions du fabricant, par exemple, au moyen de l'ingestion.

[12] Les demanderesse allèguent également que la défenderesse contrefait le brevet en incitant les patients et d'autres personnes à contrefaire celui-ci du fait qu'ils suivent les instructions qui sont jointes à ses comprimés.

[13] La défenderesse soutient qu'il n'y a pas de contrefaçon du brevet, parce que, au moment où les comprimés sont vendus, il n'y a pas d'hydrosol.

[14] La défenderesse affirme que la «préparation pharmaceutique» mentionnée dans la deuxième revendication de brevet ne s'applique pas à un hydrosol formé *in situ*. Il n'est nulle part fait mention d'un hydrosol formé *in situ* dans la divulgation ou dans les revendications de brevet.

[15] La défenderesse allègue également qu'il ne peut pas y avoir incitation à la contrefaçon parce que ses comprimés ne contrefont pas le brevet. La défenderesse soutient que de toute façon les demanderesse n'ont pas établi qu'il en serait ainsi.

LE POINT LITIGIEUX

Les comprimés de cyclosporine de 100 mg de la défenderesse constituent-ils une contrefaçon de la deuxième revendication de brevet?

ANALYSE

[16] En l'espèce, il s'agit uniquement de savoir si la formation d'un hydrosol après ingestion d'un comprimé constitue une contrefaçon du brevet.

[17] The applicants bear the initial burden of proof. As stated by the Federal Court of Appeal in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, that burden “is a difficult one since it must be to disprove some or all of the allegations in the notice of allegation which, if left unchallenged, would allow the Minister to issue a notice of compliance.”⁷

[18] Where a notice of allegation alleges non-infringement, the Court should start from the proposition that the allegations of fact in the notice of allegation are true except to the extent that the contrary has been shown by the applicant. In determining whether or not the allegations are justified, the Court must then decide on a balance of probabilities whether, on the basis of such facts as have been assumed or proven, the allegations would give rise in law to the conclusion that the patent would not be infringed by the respondent.⁸

[19] In assessing infringement, the Court must first construe the applicants’ patent claims, and, second, compare the respondent’s capsules to the claims as construed to determine whether it falls within the scope of those claims.

[20] Two recent decisions of the Supreme Court of Canada, *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*⁹ and *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*¹⁰ have resolved the controversy as to whether a literal interpretation of patent claims or a more generous approach identifying the “pith and marrow” or “substance” of the invention represented the proper method of construing patent claims. It is clear now that courts must adopt a purposive construction of patent claims.

[21] The Supreme Court emphasized that the objective of purposive construction is to arrive at an interpretation of a patent claims that is reasonable and fair to both the patentee and the public. The interpretative task of a court is to distinguish a patent essential elements from non-essential elements on the basis of

[17] Les demanderesse ont la charge initiale de la preuve. Comme l’a dit la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, cette charge est «difficile puisqu’il s’agit de réfuter certaines ou l’ensemble des conclusions de l’avis d’allégation, conclusions qui, si elles n’étaient pas contestées, permettraient au ministre de délivrer l’avis de conformité»⁷.

[18] Lorsque la non-contrefaçon est alléguée dans un avis d’allégation, la Cour devrait en premier lieu présumer que les allégations de fait contenues dans l’avis d’allégation sont avérées sauf dans la mesure où le demandeur prouve le contraire. Pour décider si les allégations sont fondées, la Cour doit examiner selon la prépondérance des probabilités si, à la lumière des faits tels qu’ils sont présumés ou prouvés, les allégations permettraient en droit de conclure que le brevet ne serait pas contrefait par le défendeur⁸.

[19] En appréciant la question de la contrefaçon, la Cour doit tout d’abord interpréter les revendications des demanderesse et, en second lieu, comparer les comprimés de la défenderesse aux revendications telles qu’elles sont interprétées de façon à déterminer si ces comprimés sont visés par la portée des revendications.

[20] Dans deux décisions récentes, *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*⁹ et *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*¹⁰, la Cour suprême du Canada a réglé la controverse qui existait au sujet de la question de savoir s’il convient d’interpréter littéralement les revendications de brevet ou s’il convient d’adopter une approche plus libérale indiquant l’«essence» ou l’«essentiel» de l’invention. Il est maintenant clair que les tribunaux doivent adopter une interprétation téléologique à l’égard de pareilles revendications.

[21] La Cour suprême a insisté sur le fait que l’interprétation téléologique vise à en arriver à une interprétation des revendications de brevet qui soit raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public. En exerçant ses fonctions en matière d’interprétation, un tribunal doit faire une

the common knowledge of the worker skilled in the art to which the patent relates as of the date the patent is published.

[22] The Supreme Court of Canada stated that there is no infringement if an essential element is different or omitted in an allegedly infringing device. There may be infringement however if non-essential elements are substituted or omitted. For a particular element to be considered non-essential, it must be shown that the skilled reader at the date of publication of the patent would have appreciated that element was clearly not intended to be essential in that it could be substituted or omitted without affecting the working of the invention.

[23] Purposive construction properly directs itself to the words of the claims interpreted knowledgeably and in the context of the specification as a whole.¹¹

[24] With respect to the appropriateness of utilizing a method of claim construction other than purposive construction in a judicial proceeding other than an infringement action, I am of the view that the Supreme Court of Canada in *Whirlpool Corp.* sent a clear message that the claims received only one interpretation for all purposes:

(b) Acceptance of the appellants' argument could result in a different claims construction for the purpose of validity than for the purpose of infringement (assuming purposeful construction is retained for infringement issues). However, it has always been a fundamental rule of claims construction that the claims receive one and the same interpretation for all purposes.¹² [Emphasis added.]

[25] For the following reasons I find that the respondent's capsules do not infringe the patent.

[26] The applicants' position is that the term pharmaceutical preparation as used in the patent covers a hydrosol formed *in situ*.

distinction entre les éléments essentiels d'un brevet et les éléments non essentiels en se fondant sur les connaissances communes de l'ouvrier versé dans l'art auquel le brevet se rapporte à la date de la publication du brevet.

[22] La Cour suprême du Canada a dit qu'il n'y a pas contrefaçon si un élément essentiel est différent ou omis dans un dispositif censément contrefait. Toutefois, il peut y avoir contrefaçon si des éléments non essentiels sont substitués ou omis. Pour qu'un élément particulier soit considéré comme non essentiel, il doit être démontré que le lecteur versé dans l'art à la date de la publication du brevet se serait rendu compte que cet élément n'était clairement pas destiné à être essentiel en ce sens qu'il pouvait être substitué ou omis sans influencer sur le fonctionnement de l'invention.

[23] L'interprétation téléologique est à juste titre axée sur le libellé des revendications, interprété en toute connaissance et dans le contexte du mémoire descriptif dans son ensemble¹¹.

[24] Quant à la question de savoir s'il convient d'employer une méthode d'interprétation des revendications autre que l'interprétation téléologique dans une procédure judiciaire autre qu'une action en contrefaçon, j'estime que dans l'arrêt *Whirlpool Corp.* la Cour suprême du Canada a clairement fait savoir que les revendications doivent recevoir une seule et même interprétation à toutes les fins:

b) L'acceptation de l'argument des appelantes pourrait faire en sorte que l'interprétation des revendications lorsqu'il est question de validité soit différente de celle donnée lorsqu'il est question de contrefaçon (à supposer que l'interprétation téléologique soit retenue pour les questions de contrefaçon). Toutefois, une règle fondamentale d'interprétation des revendications a toujours voulu que les revendications reçoivent une seule et même interprétation à toutes les fins¹². [Je souligne.]

[25] Pour les motifs ci-après énoncés, je conclus que les comprimés des défenderesses ne constituent pas une contrefaçon du brevet.

[26] Selon les demanderesses, l'expression «préparation pharmaceutique» telle qu'elle est employée dans le brevet s'applique à un hydrosol formé *in situ*.

[27] On a reasonable and fair interpretation of the patent claims, I am unable to agree with the applicants' position.

[28] Claim 2 of the patent is directed to a pharmaceutical preparation comprising the drug cyclosporin which requires either the presence of a hydrosol or a "dry or isolated form" of the hydrosol.

[29] The disclosure of the patent clearly indicates that the invention involves a stable, pharmaceutically acceptable hydrosol preparation suited for intravenous injection of particles of cyclosporin which are small enough to avoid clogging blood vessels.

[30] The patent specification indicates that the pharmaceutical preparation referred to in Claim 2 of the patent covers intravenous solutions:

The invention provides a hydrosol of a pharmacological active agent in an intravenous applicable, stabilised, pharmaceutically acceptable form, which form is suspended or is dry and re-suspendible in an aqueous medium.

...

The invention provides in particular a hydrosol of solid active agent particles in such a form which, when in water suspended and administered, behaves, regarding pharmacological activity, as an injectable solution.¹³

[31] Nowhere in the patent could I find any reference to a hydrosol that could be formed after ingestion in the body. The patent teaches variations of a process, requiring human intervention, for making an intravenous solution consisting of a hydrosol:

A solution of the active agent in a solvent which is miscible with water is mixed with a comparatively large amount of water. Mixing preferably is effected rapidly to promote formation of the particles at the same time and in a narrow distribution. Rapid mixing also produces large numbers of colloidal particles. Permanent fixing of the particle size is possible if the influence of the organic solvent is in minimised and for that reason the solvent is preferably removed. Removal may take place by evaporation, e.g. in a rotary

[27] Selon une interprétation raisonnable et équitable des revendications de brevet, je ne puis souscrire à la position des demanderesse.

[28] La deuxième revendication se rapporte à une prépondérance pharmaceutique comprenant de la cyclosporine qui exige la présence d'un hydrosol ou une «forme sèche ou isolée» de l'hydrosol.

[29] La divulgation du brevet indique clairement que l'invention concerne une préparation sous la forme d'un hydrosol stable, pharmacocompatible se prêtant à l'injection par voie intraveineuse de particules de cyclosporine qui sont suffisamment petites pour éviter l'obstruction des vaisseaux sanguins.

[30] Selon le mémoire descriptif, la préparation pharmaceutique mentionnée dans la deuxième revendication de brevet s'applique aux solutions intraveineuses:

L'invention concerne un hydrosol d'un agent à action pharmacologique, sous une forme applicable par voie intraveineuse, stabilisée et pharmacocompatible, forme qui est une suspension, ou qui est à l'état sec et peut être remise en suspension, dans un milieu aqueux.

[. . .]

L'invention concerne en particulier un hydrosol de particules solides d'un agent actif, sous une forme qui, en suspension dans l'eau et administrée telle quelle, se comporte du point de vue de l'action pharmacologique, comme une solution injectable¹³.

[31] Je n'ai pu trouver nulle part dans le brevet une mention d'un hydrosol qui pourrait être formé après ingestion par le patient. Le brevet enseigne des variantes d'un procédé, exigeant une intervention humaine, aux fins de la fabrication d'une solution intraveineuse composée d'un hydrosol:

Une solution de l'agent actif dans un solvant miscible à l'eau, est mélangée avec, comparativement, une grande quantité d'eau. Le mélange est effectué de préférence rapidement de façon à activer la formation des particules en même temps et selon une distribution étroite. Le mélange rapide produit également un grand nombre de particules colloïdales. La taille des particules peut être fixée de façon durable en réduisant au minimum l'effet du solvant organique, solvant qui sera donc de préférence éliminé.

evaporator. Evaporation can be continued so that the water of the hydrosol is also evaporated. Preferably this is effected by lyophilisation, so as to facilitate redispersibility. Upon complete evaporation of the water, a dry lyophilisate may be formed, especially with Cyclosporin A, gelatin, mannitol and acid additive.¹⁴

[32] The portion of the disclosure identifying stable, solid cyclosporin particles in a “dry and re-suspendible” form as falling within the scope of the invention clearly indicates that the inventor intended such particles to be re-suspended for use in an intravenous application.

[33] The patent provides 12 examples illustrating the invention. In each example, the hydrosol forms by a series of mechanical operations involving dissolving the active agent in an alcohol, adding water and stirring. The resulting preparation is suitable for intravenous injection. The hydrosol never spontaneously generates, and never generates *in situ*. The examples do not contemplate oral administration.

[34] Neither the disclosure nor the patent claims refer to a hydrosol formed *in situ*. The lack of such a reference in what is otherwise a complete description of the hydrosol, its advantages, uses and the process by which it is made, leads to the conclusion that an ingested pharmaceutical preparation which forms a hydrosol *in situ* is not covered by the patent.

[35] Although Claim 2 is silent with regards to the route of administration and therefore may not be limited only to pharmaceutical preparations for intravenous use, I am satisfied that a contextual examination of the patent can only lead to the conclusion that it covers pre-ingestion solutions.

[36] The applicants cite *Beecham Group Limited* as determinative of the issue. In *Beecham*, the patent covered the medicine ampicillin. The defendant's

L'élimination peut être effectuée par évaporation, p. ex. dans un évaporateur rotatif. On peut poursuivre l'évaporation de façon à faire évaporer également l'eau de l'hydrosol. Cela est effectué de préférence par lyophilisation, afin de faciliter la redispersion. Après l'évaporation complète de l'eau, un lyophilisat sec peut être obtenu, particulièrement avec la cyclosporine A, la gélatine, le mannitol et un additif acide¹⁴.

[32] La partie de la divulgation dans laquelle il est dit que les particules solides stables de cyclosporine sous une forme «qui est à l'état sec et peut être remise en suspension» sont visées par la portée de l'invention montre clairement que l'inventeur voulait que pareilles particules soient remises en suspension pour utilisation sous une forme applicable par voie intraveineuse.

[33] Le brevet présente 12 exemples illustrant l'invention. Dans chacun d'entre eux, l'hydrosol est obtenu par une série d'opérations mécaniques, consistant à dissoudre l'agent actif dans un alcool, à ajouter de l'eau et à agiter. La préparation ainsi formée peut être injectée par voie intraveineuse. L'hydrosol ne se forme jamais spontanément, et ne se forme jamais *in situ*. Dans les exemples, l'administration par voie orale n'est pas envisagée.

[34] Il n'est fait mention nulle part dans la divulgation ou dans les revendications de brevet d'un hydrosol se formant *in situ*. L'absence de pareille mention dans ce qui constitue par ailleurs une description complète de l'hydrosol, de ses avantages, de ses emplois et du procédé par lequel il est fabriqué permet de conclure que le brevet ne s'applique pas à une préparation pharmaceutique ingérée qui forme un hydrosol *in situ*.

[35] La deuxième revendication ne dit rien au sujet des modalités d'administration et elle ne peut donc pas être limitée aux préparations pharmaceutiques destinées à être administrées par voie intraveineuse, mais je suis convaincue qu'un examen contextuel du brevet peut uniquement nous amener à conclure qu'il s'applique aux solutions avant l'ingestion.

[36] Les demanderesse affirment que la décision *Beecham Group Limited* est déterminante. Dans la décision *Beecham*, le brevet s'appliquait à de l'ampi-

drug, hetacillin, converted to ampicillin on ingestion. The House of Lords held that the pith and marrow of the plaintiff's patent had been taken since hetacillin had no antibacterial activity of its own. Its only value as an antibacterial agent arose by virtue of converting into ampicillin.¹⁵

[37] The present case differs in material respects. As pointed out by the respondent, it is not the value of cyclosporin which must be considered but that of the hydrosol. The purpose of the applicants' invention is to provide a hydrosol with small, stable pharmacologically active agent particles for intravenous use. Obviously, that is not the purpose of the respondent's product which is administered orally. Simply, the respondent's capsules do not perform "substantially the same function in substantially the same way to obtain substantially the same result" as the applicants' invention.¹⁶

[38] As stated by Binnie J. in *Free World Trust*:

. . . the ingenuity of the patent lies not in the identification of a desirable result but in teaching one particular means to achieve it. The claims cannot be stretched to allow the patentee to monopolize anything that achieves the desirable result.¹⁷

[39] For the above reasons, the applicants have failed to show that the respondent's capsules would infringe the patent. The notice of compliance proceedings are therefore dismissed.

cilline. Le médicament de la défenderesse, l'hétacilline, se transformait en ampicilline lorsqu'il était ingéré. La Chambre des lords a statué que l'on s'était attribué l'essence du brevet de la demanderesse puisque l'hétacilline n'avait pas en soi d'activité antibactérienne. Sa seule valeur en tant qu'agent antibactérien découlait du fait qu'elle se transformait en ampicilline¹⁵.

[37] La présente affaire est différente sur plusieurs points importants. Comme l'a souligné la défenderesse, ce n'est pas la valeur de la cyclosporine dont il faut tenir compte, mais celle de l'hydrosol. L'invention des demanderesse vise à fournir un hydrosol de petites particules stables d'un agent à action pharmacologique pour administration par voie intraveineuse. De toute évidence, tel n'est pas le but du produit de la défenderesse qui est administré par voie orale. Bref, les comprimés de la défenderesse n'accomplissent pas «essentiellement la même fonction, d'une manière essentiellement identique pour obtenir essentiellement le même résultat» que l'invention des demanderesse¹⁶.

[38] Comme l'a dit le juge Binnie dans l'arrêt *Free World Trust*:

[. . .] l'ingéniosité propre à un brevet ne tient pas à la détermination d'un résultat souhaitable, mais bien à l'enseignement d'un moyen particulier d'y parvenir. La portée des revendications ne peut être extensible au point de permettre au breveté d'exercer un monopole sur tout moyen d'obtenir le résultat souhaité¹⁷.

[39] Pour les motifs susmentionnés, les demanderesse n'ont pas réussi à démontrer que les comprimés de la défenderesse constituent une contrefaçon de son brevet. Les procédures relatives à l'avis de conformité sont donc rejetées.

¹ Application record, Vol. 1, Tab 2, Canadian Patent 1,308,656, at pp. 5-7.

² Application record, Vol. 1, Tab 3, Rousseau affidavit, paras. 5 and 6.

³ Application record, Vol. 1, Tab 2, Canadian Patent 1,308,656, at p. 28.

⁴ *Ibid.*

⁵ Application record, Vol. 1, Tab 4, notice of allegation, at p. 37.

¹ Dossier de la demande, vol. 1, onglet 2, brevet canadien 1,308,656, aux p. 5 à 7.

² Dossier de la demande, vol. 1, onglet 3, affidavit Rousseau, aux par. 5 et 6.

³ Dossier de la demande, vol. 1, onglet 2, brevet canadien 1,308,656, à la p. 28.

⁴ *Ibid.*

⁵ Dossier de la demande, vol. 1, onglet 4, avis d'allégation, à la p. 37.

⁶ Application record, Vol. 3, Tab 15, memorandum of points of argument, para. 71.

⁷ (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.), at para. 23.

⁸ *Ibid.*

⁹ [2000] 2 S.C.R. 1024.

¹⁰ [2000] 2 S.C.R. 1067.

¹¹ *Ibid.*, at paras. 42-50.

¹² *Ibid.*, at para. 49.

¹³ Application record, Vol. 1, Tab 2, Canadian Patent 1,308,656, at pp. 10 and 12.

¹⁴ Application record, Vol. 1, Tab 2, Canadian Patent 1,308,656, at pp. 20-21.

¹⁵ *Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories Ltd.*, [1978] R.P.C. 153 (H.L.), at pp. 197 and 202.

¹⁶ *Supra*, note 9, at para. 28 (citing *Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co.*, 339 U.S. 605 (1950), at p. 608).

¹⁷ *Ibid.*, at para. 32.

⁶ Dossier de la demande, vol. 3, onglet 15, mémoire des points d'argument, au par. 71.

⁷ (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.F.), au par. 23.

⁸ *Ibid.*

⁹ [2000] 2 R.C.S. 1024.

¹⁰ [2000] 2 R.C.S. 1067.

¹¹ *Ibid.*, aux par. 42 à 50.

¹² *Ibid.*, au par. 49.

¹³ Dossier de la demande, vol. 1, onglet 2, brevet canadien, 1,308,656, aux p. 10 et 12.

¹⁴ Dossier de la demande, vol. 1, onglet 2, brevet canadien 1,308,656, aux p. 20 et 21.

¹⁵ *Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories Ltd.*, [1978] R.P.C. 153 (H.L.), aux p. 197 et 202.

¹⁶ *Supra*, note 9, au par. 28 (citant *Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co.*, 339 U.S. 605 (1950), à la p. 608).

¹⁷ *Ibid.*, par. 32.

A-533-00/A-539-00

A-533-00/A-539-00

The Commissioner of Competition (*Applicant*)

v.

Superior Propane Inc. and ICG Propane Inc.
(*Respondents*)*INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION)*
v. *SUPERIOR PROPANE INC. (C.A.)*Court of Appeal, Linden J.A.—Ottawa, September 8,
9, 18 and 19, 2000.

Competition — Pratique — Motion for stay of Competition Tribunal decisions, continuing hold separate order with respect to merger of respondents — Not necessary to prevent eggs from being scrambled — Irreparable harm not established as feasible to divide merged business within reasonable time period.

In December 1998, Superior Propane Inc. agreed to merge with ICG Propane Inc. The Commissioner of Competition challenged the merger before the Competition Tribunal and obtained an order to hold separate, in effect until August 30, 2000. The Tribunal allowed the merger to proceed, a finding of substantial lessening of competition notwithstanding, on the ground that subsection 96(1) of the Act provided a defence. These motions were for a stay of the Tribunal decisions pending determination of the Commissioner's appeals. The respondents, alleging a \$2,500,000 loss per month because of the delay, wished to proceed with the merger pending the appeal.

Held, the motions for a stay should be dismissed.

To obtain a stay, the applicant must meet the three-prong test set out by the Supreme Court of Canada in *RJR — MacDonald v. Canada*: serious issue, irreparable harm, balance of convenience.

While a serious issue was raised herein (the meaning of section 96 of the *Competition Act*), the applicant has failed to establish irreparable harm. Although it has been common practice in both the United States and Canada to impose hold separate orders on merging parties because it was considered that it would be almost impossible to undo the damage caused by the merger in the event of success on appeal, that view was not adhered to.

Le commissaire de la concurrence (*requérant*)

c.

Supérieur Propane Inc. et ICG Propane Inc.
(*intimées*)*RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)*
c. *SUPÉRIEUR PROPANE INC. (C.A.)*Cour d'appel, juge Linden, J.C.A.—Ottawa, 8, 9, 18
et 19 septembre 2000.

Concurrence — Pratique — Requête en sursis à l'exécution de décisions du Tribunal de la concurrence, aux fins de maintenir en vigueur une ordonnance de garder à part relative à la fusion des intimées — Elle n'est pas indispensable pour empêcher que les œufs ne soient brouillés — L'existence d'un préjudice irréparable n'a pas été établie, car il est possible de scinder l'entreprise fusionnée dans un délai raisonnable.

En décembre 1998, Supérieur Propane Inc. a convenu de fusionner avec ICG Propane Inc. Le commissaire de la concurrence a contesté la fusion devant le Tribunal de la concurrence et obtenu une ordonnance de garder à part devant expirer le 30 août 2000. Le Tribunal a autorisé le fusionnement, même s'il avait également conclu à une diminution sensible de la concurrence, en raison du moyen de défense prévu au paragraphe 96(1) de la Loi. Ces requêtes avaient pour but d'obtenir un sursis à l'exécution des décisions du Tribunal jusqu'à ce que les appels du commissaire soient tranchés. Les intimées, alléguant une perte de 2 500 000 \$ par mois causée par le délai, souhaitent procéder au fusionnement avant que l'issue des appels ne soit connue.

Arrêt: les requêtes en sursis sont rejetées.

Pour obtenir un sursis, le requérant doit satisfaire au critère à trois volets qui a été énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *RJR — MacDonald c. Canada*: question sérieuse à juger; préjudice irréparable; balance des inconvénients.

Bien qu'une question sérieuse ait été soulevée en l'espèce (le sens de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*), le requérant n'a pu prouver qu'un préjudice irréparable sera causé. Quoique des ordonnances de garder à part soient couramment rendues tant aux États-Unis qu'au Canada à l'égard de fusions, car si on autorise la démarche de fusionnement, il sera pour ainsi dire impossible de réparer les dommages occasionnés de ce fait dans l'éventualité où on interjetterait appel avec succès, cette thèse n'a pas été retenue.

A merged company is not like scrambled eggs which cannot be unscrambled. It can be broken up, though it may be difficult to do so. Competition can be restored. It is not enough for it to be hard or inconvenient to do so. In the United States, great corporations such as AT&T and Standard Oil have been divided up. An expert made reference to some 100 divestitures in the last 3 years. According to the persuasive evidence of one witness, it was feasible to divide the merged business within a reasonable time period so as to create two viable competitors in the national and local markets. While the applicant has not given any undertaking as to damages, not only have the respondents voluntarily undertaken to refrain from divesting themselves of certain assets, but there was evidence that they could cover any costs associated with a possible divestiture, mainly out of the savings they will achieve during the period of the appeal process.

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].

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 1.1 (as enacted *idem*), 92 (as enacted *idem*, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37), 96 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45), 104 (as enacted *idem*, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 164 N.R. 1.

REFERRED TO:

President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents), [2000] 4 F.C. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385; 7 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.); *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1987), 21 C.P.C. (2d) 260; 23 O.A.C. 378 (Ont. C.A.); *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2000] C.C.T.D. No. 15 (QL).

La situation d'une société fusionnée n'est pas tout à fait la même que celle des œufs brouillés qu'il est effectivement impossible de remettre dans leur état initial. L'entité peut en effet être séparée de nouveau, malgré les difficultés liées à cette démarche, et la concurrence peut être rétablie. Il ne suffit pas que cette démarche soit difficile ou qu'elle occasionne des inconvénients. Aux États-Unis, de grandes sociétés comme AT&T et Standard Oil ont été divisées. Un expert a donné des exemples de 100 dessaisissements au cours des trois dernières années. Selon le témoignage très convaincant d'un témoin, il est possible de scinder l'entreprise fusionnée dans un délai raisonnable de manière à créer deux concurrents viables qui se livreront une concurrence efficace sur le marché national et sur les marchés locaux concernés. Bien que le requérant n'ait souscrit aucun engagement quant aux dommages-intérêts, non seulement les intimées se sont volontairement engagées à s'abstenir de se départir de certains éléments d'actif, mais encore un témoin a affirmé qu'elles peuvent payer tous les frais liés à pareil dessaisissement, principalement à même les économies qu'elles réaliseront jusqu'à ce que l'appel soit tranché.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), art. 1.1 (édicte, *idem*), 92 (édicte, *idem*, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37), 96 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45), 104 (édicte, *idem*, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1994] 1 R.C.S. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 164 N.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets), [2000] 4 C.F. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385; 7 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc.); *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1987), 21 C.P.C. (2d) 260; 23 O.A.C. 378 (C.A. Ont.); *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2000] D.T.C.C. n° 15 (QL).

MOTIONS for a stay of two Competition Tribunal decisions pending determination of the appeals therefrom. Motions dismissed.

APPEARANCES:

William J. Miller and Jo'Anne Strekaf for appellant.

Neil Finkelstein, Melanie Aitken and Brian N. Radnoff for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Davies, Ward & Beck, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for order delivered orally in English by

LINDEN J.A.:

Introduction

[1] These four motions have been brought in order to obtain a stay of two decisions of the Competition Tribunal pending the determination of the appeals that have been launched in both cases, as well as for an order expediting both appeals and seeking directions.

[2] One of the decisions being appealed, dated August 30, 2000 [[2000] C.C.T.D. No. 15 (QL)] dismissed the Commissioner's application pursuant to section 92 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37] of the *Competition Act*, R.S.C., 1985 c. C-34 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19]. The other decision being appealed found that an interim hold separate order dated December 11, 1998 (HSO) made pursuant to section 104 [as enacted *idem*; S.C. 1999, c. 2, s. 37] automatically terminated with the decision of August 30, 2000 (and denying a stay).

[3] The factual background is too complicated to set out in detail, but suffice it to say that the respondent

REQUÊTES visant à obtenir un sursis à l'exécution de deux décisions du Tribunal de la concurrence jusqu'à ce que le sort des appels interjetés dans les deux affaires soit tranché. Requêtes rejetées.

ONT COMPARU:

William J. Miller et Jo'Anne Strekaf pour l'appellant.

Neil Finkelstein, Melanie Aitken et Brian N. Radnoff pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

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

Davies, Ward & Beck, Toronto, pour les intimées.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance prononcés à l'audience par

LE JUGE LINDEN, J.C.A.:

Introduction

[1] Les quatre requêtes en l'espèce ont pour but d'obtenir un sursis à l'exécution de deux décisions du Tribunal de la concurrence jusqu'à ce que le sort des appels interjetés dans les deux affaires soit tranché, ainsi qu'une ordonnance visant à accélérer l'audition des deux appels et à obtenir des directives.

[2] Dans une des décisions portées en appel, qui est en date du 30 août 2000 [[2000] D.T.C.C. n° 15 (QL)], la demande du commissaire fondée sur l'article 92 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37] de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 34 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19] a été rejetée. Dans l'autre décision portée en appel, le Tribunal de la concurrence a conclu qu'une ordonnance provisoire de garder à part en date du 11 décembre 1998 (OGP), qui avait été rendue conformément à l'article 104 [édicte, *idem*; L.C. 1999, ch. 2, art. 37], prenait automatiquement fin lors de la décision en date du 30 août 2000 (où la demande de sursis a été rejetée).

[3] Les faits à l'origine du litige sont très complexes et il n'y a pas lieu de les relater en détail ici; il suffit

Superior Propane Inc. on December 7, 1998 agreed to merge with ICG Propane Inc., which was challenged and investigated by the Commissioner of Competition. At the 48-day hearing in which 91 witnesses were called, including 17 expert witnesses, the Tribunal, in a 108 page, 516 paragraph decision, allowed the merger to proceed, even though there was a finding of substantial lessening of competition, on the ground that subsection 96(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45] provided a defence.

[4] Soon after the Commissioner's challenge was undertaken, an interim order to "hold separate" (HSO) was entered on consent of both parties on December 11, 1998, which order was held to have expired automatically on August 30, 2000.

[5] The Commissioner wishes to keep this order in effect pending the determination of this appeal, but the respondents wish to proceed with the merger pending the appeal. The respondents are confident of success but, if they are not successful, they are of the view that the steps toward merger taken in the meantime can be undone. They are frustrated, not only by the delay, but by the fact that they are losing \$2,500,000 per month in efficiencies because of it.

[6] These motions began as an urgent motion for a temporary stay on Friday, September 8, 2000, immediately following the decision of the Tribunal; the argument proceeded on Saturday, September 9, 2000, and was adjourned to be continued on September 18 and 19, 2000 so that the Court would have all the written reasons of the Tribunal and better material could be prepared for the hearing. This Court must now decide whether it will dismiss the stay motions and let the merger proceed pending the appeal, or whether it will issue a stay continuing in force the HSO dated December 11, 1998. In either event, the parties are agreed that both appeals should be expedited and have indicated a willingness to cooperate in order to facilitate an early hearing.

de dire que, le 7 décembre 1998, l'intimée Supérieur Propane Inc. a convenu de fusionner son entreprise avec celle d'ICG Propane Inc. et que ce fusionnement a fait l'objet d'une enquête et d'une contestation de la part du commissaire de la concurrence. Après l'audience relative à cette affaire, qui a duré 48 jours et au cours de laquelle 91 personnes ont témoigné, y compris 17 témoins experts, le Tribunal a autorisé le fusionnement dans une décision de 108 pages (516 paragraphes), même s'il avait également conclu à une diminution sensible de la concurrence, en raison du moyen de défense prévu au paragraphe 96(1) [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45].

[4] Peu après le dépôt de la contestation du commissaire, une ordonnance provisoire de «garder à part» (OGP) a été inscrite suivant le consentement des deux parties le 11 décembre 1998, laquelle ordonnance a expiré automatiquement le 30 août 2000, selon la décision du Tribunal.

[5] Le commissaire désire que cette ordonnance demeure en vigueur jusqu'à ce que le présent appel soit tranché, tandis que les intimées souhaitent procéder au fusionnement. Les intimées sont convaincues qu'elles auront gain de cause; cependant, dans la négative, elles estiment que les mesures entreprises pour le fusionnement pourront être annulées. Elles sont frustrées non seulement par le délai, mais par la perte en efficacités qu'il occasionne, soit un montant de 2 500 000 \$ par mois.

[6] Les présentes requêtes ont d'abord été présentées à titre de procédure urgente visant à obtenir un sursis temporaire le vendredi 8 septembre 2000, immédiatement après la décision du Tribunal; les plaidoiries se sont poursuivies le samedi 9 septembre 2000 et l'audience a été ajournée et reportée aux 18 et 19 septembre 2000, de façon que la Cour ait en main tous les motifs écrits du Tribunal, ce qui permettrait une meilleure préparation de la documentation en vue de l'audience. La Cour doit maintenant décider si elle rejettera les requêtes en sursis et autorisera le fusionnement pendant l'appel ou si elle accordera un sursis ayant pour effet de maintenir en vigueur l'OGP datée du 11 décembre 1998. Dans un cas comme dans l'autre, les parties reconnaissent que les deux appels

Analysis

[7] Both parties agree that the three element test set out in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, even though it was a Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] case, is the applicable one, that is,

- (1) there must be a serious question raised by the appeal
- (2) irreparable harm must be suffered by the applicant, and
- (3) the balance of convenience must favour a stay.

Upon an appeal, the burden on an applicant may be somewhat heavier than before a trial, but it is still not a heavy one; there must be a serious question raised but, according to Justice Sopinka in *RJR — MacDonald, supra*, “the threshold is a low one”, the applicant being required to show only that the application was not “vexatious or frivolous”. Even if the appeal is unlikely to succeed, the motions judge should consider the second and third elements because a prolonged examination of the merits is “neither necessary nor desirable”.

[8] In this case there is a disagreement between the parties about whether the standard of review is correctness or reasonableness in a case like this. There is discord about whether the issues here are questions of law or questions of fact or mixed questions of law and fact. Some deference may well have to be accorded to certain aspects of the decision, but, in my view, there are other issues which are of great legal significance and may well have to be decided on the basis of

devraient être entendus le plus rapidement possible et ont indiqué qu’elles étaient disposées à collaborer à cette fin.

Analyse

[7] Les deux parties conviennent que le critère à trois volets qui a été énoncé dans l’arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, s’applique en l’espèce, même si l’affaire *RJR—MacDonald* concernait un litige relevant 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]]. Selon ce critère:

- 1) l’appel doit soulever une question sérieuse à juger;
- 2) la partie requérante doit subir un préjudice irréparable;
- 3) la balance des inconvénients doit favoriser un sursis.

En appel, il se peut que le fardeau de la partie requérante soit plus lourd qu’il l’était avant l’instruction, mais il demeure relativement peu exigeant; une question sérieuse à juger doit exister, mais comme l’a dit le juge Sopinka dans l’arrêt *RJR — MacDonald*, précité, «les exigences minimales ne sont pas élevées», la partie requérante étant tenue de prouver uniquement que la demande n’était «ni futile ni vexatoire». Même s’il y a peu de chances que la partie appelante ait gain de cause en appel, le juge des requêtes devrait étudier les deuxième et troisième éléments, parce qu’un examen prolongé du fond n’est «ni nécessaire ni souhaitable».

[8] Dans la présente affaire, les parties ne s’entendent pas sur la question de savoir si la norme de contrôle judiciaire est celle de la décision correcte ou de la décision raisonnable dans une situation semblable à celle dont la Cour est saisie. Les parties ne s’entendent pas non plus sur la question de savoir si les points en litige sont des questions de droit, des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit. Une certaine retenue s’impose sans doute à

correctness. (See *President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2000] 4 F.C. 528 (C.A.)). The Court cannot abdicate completely to the Tribunal its task of monitoring the development of competition law.

[9] Thus, despite the valiant effort of Mr. Finkelstein to persuade me that there are absolutely no serious issues raised in this appeal, to my mind, there is at least one major legal issue involved in this appeal (applicant's one and two) that must be resolved by this Court and which amounts by itself to a serious legal question, whatever the standard of review. That issue is the meaning of section 96 of the Act in light of the purposes of the Act as set out in section 1.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19] of the Act. It is a key issue of enormous importance in the administration of the Act. The majority of the Tribunal employed one method of interpreting that section, but a dissenting member of the Tribunal completely disagreed. The Commissioner has taken inconsistent positions on its meaning in the past in the MEG's and elsewhere. A former Chair of the Tribunal, Justice Reed, in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.), at page 339, expressed herself, in an *obiter dictum* perhaps, in terms that may be taken to be inconsistent with the majority decision in this case, even though she only raised the question and did not finally decide it. It seems to me quite clear that this complex and significant issue, the meaning of section 96, is so fundamental a legal question, that the decision of the Tribunal must be evaluated by this Court, even though in the final analysis the Court might well give deference to it.

[10] It is not necessary, therefore, for me to consider the seriousness of the other two issues raised by the

l'égard de certains aspects de la décision; cependant, à mon sens, il y a d'autres questions qui ont une grande importance sur le plan juridique et qu'il sera peut-être nécessaire de trancher en fonction de la norme de la décision correcte. (Voir l'arrêt *President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire au brevets)*, [2000] 4 C.F. 528 (C.A.)). La Cour ne peut déléguer en entier au Tribunal sa responsabilité liée au contrôle de l'évolution du droit de la concurrence.

[9] Par conséquent, malgré les efforts louables que M^c Finkelstein a déployés pour tenter de me convaincre de l'absence de questions sérieuses à juger en l'espèce, j'estime qu'il existe au moins une question de droit majeure que la Cour doit trancher dans le présent appel (appels un et deux du requérant) et qui constitue en soi une question de droit sérieuse, indépendamment de la norme de contrôle applicable. Il s'agit du sens de l'article 96 de la Loi à la lumière des objets de celle-ci qui sont énoncés à son article 1.1 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19]. C'est là une question clé qui a une importance majeure pour l'application de la Loi. La majorité des membres du Tribunal ont utilisé une méthode pour interpréter cette disposition, mais un membre dissident du Tribunal était tout à fait en désaccord avec cette méthode. Dans le passé, le commissaire a formulé des positions incompatibles sur le sens de cette disposition dans l'affaire MEG et dans d'autres cas. Dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc.), à la page 339, M^{me} le juge Reed, qui a déjà présidé le Tribunal dans le passé, a formulé des remarques, incidentes peut-être, mais qui pourraient être considérées comme des remarques incompatibles avec la décision que la majorité a rendue dans cette affaire, même si elle a uniquement soulevé la question sans se prononcer de manière définitive à ce sujet. Il m'apparaît évident que cette question à la fois complexe et importante du sens de l'article 96 est une question de droit tellement fondamentale que la Cour doit évaluer la décision du Tribunal, même s'il est possible qu'elle s'en remette à cette décision en dernier ressort.

[10] Par conséquent, il n'est pas nécessaire que j'examine l'importance des deux autres questions que

applicant concerning the onus matter nor the situation of “merger to monopoly”. Neither is it necessary for me to comment on the section 104 issue concerning whether the Tribunal is *functus* in relation to the hold separate order following the issuance of its decision. As there is at least one serious issue raised here, the first hurdle has been met.

[11] I must now consider the second hurdle that must be overcome by the applicant, irreparable damage. Counsel for the Commissioner, basing himself on U.S. authorities, argued eloquently that once the eggs are scrambled, they cannot be unscrambled. In other words, if the two companies are allowed to proceed with the merger pending the appeal, it will be almost impossible to undo the damage caused by this in the event of success in the Court of Appeal. He referred to one judge’s description of a similar circumstance as potential “chaos”, if one had to undo the situation following the completion of this merger. (See *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1987), 21 C.P.C. (2d) 260 (Ont. C.A.)).

[12] In his report for the Commissioner attached to his affidavit, Professor Richard Schwindt of Simon Fraser University, British Columbia, concluded that the “integration of Superior Propane Inc. and ICG operations would at best impede, and at worst jeopardize an effective divestiture”, that is, the “relatively rapid restoration of vigorous competition in the industry”. This is hardly proof that the harm “could not be remedied”. (See *RJR — Macdonald*, at page 341.) It is argued that, since interim integration will “diminish or practically destroy ICG as a divestible entity”, the “public interest” will be “irreparably harmed” if a stay is refused. In other words, it is said that consumers would be subjected to the anti-competitive effect of this merger during the period awaiting the decision on the appeal. There is no doubt that divestiture would be difficult and costly if the merger proceeded, but the respondents are aware of that fact and willing, if necessary, to bear the cost of

le requérant a soulevées en ce qui a trait au fardeau de la preuve ou encore à la situation du [TRADUCTION] «fusionnement visant à obtenir le monopole». Il n’est pas nécessaire non plus que je commente la question liée à l’article 104, soit celle de savoir si le Tribunal est dessaisi en ce qui a trait à l’ordonnance de garder à part faisant suite au prononcé de sa décision. Étant donné qu’au moins une question sérieuse a été soulevée en l’espèce, le premier obstacle a été franchi.

[11] Je dois maintenant examiner la deuxième condition que le requérant est tenu de remplir, soit l’existence d’un préjudice irréparable. Invoquant les autorités américaines, l’avocat du commissaire a soutenu avec éloquence que lorsque les œufs sont brouillés, il est impossible de les remettre dans leur état initial. En d’autres termes, si les deux entreprises sont autorisées à poursuivre la démarche de fusionnement en attendant que l’appel soit tranché, il sera pour ainsi dire impossible de réparer les dommages occasionnés de ce fait dans l’éventualité où la Cour d’appel accueillerait l’appel. L’avocat a ajouté que l’obligation de défaire le fusionnement en question pourrait donner lieu à un «chaos», comme l’a dit le juge saisi d’une situation similaire dans l’affaire *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1987), 21 C.P.C. (2d) 260 (C.A. Ont.).

[12] Dans le rapport qu’il a préparé à l’intention du commissaire et qui est joint à son affidavit, le professeur Richard Schwindt, de la Simon Fraser University (Colombie-Britannique), a conclu que [TRADUCTION] «l’intégration de Supérieur Propane Inc. et d’ICG aurait pour effet, au mieux, de gêner et, au pire, de mettre en péril un dessaisissement, c’est-à-dire le «rétablissement relativement rapide d’une concurrence vigoureuse dans l’industrie». Cette opinion ne prouve guère qu’il s’agit d’un préjudice «auquel il ne peut être remédié». (Voir l’arrêt *RJR — Macdonald*, à la page 341.) L’avocat du commissaire fait valoir que, étant donné que l’intégration provisoire «réduira ou détruira à toutes fins utiles ICG comme entité pouvant être aliénée», «l’intérêt public» sera «lésé de façon irréparable» si la demande de sursis est refusée. En d’autres termes, les consommateurs subiront les conséquences négatives de ce fusionnement sur la concurrence au cours de la période précédant la

it. These costs have been expertly estimated, and it is clear that the money saved will more than offset the cost.

[13] In my view, the metaphor of scrambled eggs is dramatic, but not entirely apt. When one scrambles eggs it is impossible to unscramble them, but a merged company is not exactly like scrambled eggs. It can be broken up, though it is maybe difficult to do so. Competition can be restored. It is not enough for it to be hard or inconvenient to do so. To obtain a stay, the damage must be truly irreparable and proved to be so.

[14] In the past great corporations, like AT&T and Standard Oil have been divided up in the U.S. The U.S. Department of Justice is currently seeking to split up Microsoft. It can be done according to unchallenged evidence produced by the respondents. Bob Briggs, a senior partner in a Washington D.C. anti-trust firm that he claims is the largest private anti-trust practice in the world, in a report attached to an affidavit, states that “there is no reason, in principle, why post-acquisition divestitures cannot be as effective a remedy as divestiture before a merger”. He gave examples of many divestitures (100 in the last 3 years), some that have taken place even 25 years (Dupont) and 17 years (El Paso Natural Gas) after the original mergers took place. He states that there are agencies and courts capable of supervising the divestitures needed to enhance competition. He claims that this type of *ex post facto* remedy “permits society to reap the benefits of highly desired efficiencies, while providing a powerful incentive for management not to engage in opportunistic conduct that could trigger later calls for divestiture”.

décision qui sera rendue en appel. Il est indubitable que le dessaisissement serait difficile et coûteux en cas de fusionnement, mais les intimées sont conscientes de ces obstacles et disposées à en supporter les frais, au besoin. D’après l’expertise qui a été faite à ce sujet, il est indéniable que les économies réalisées compensent plus que largement ces frais.

[13] À mon avis, la métaphore des œufs brouillés est dramatique, mais ne convient pas tout à fait. Lorsque des œufs sont brouillés, il est effectivement impossible de les remettre dans leur état initial, mais la situation d’une société fusionnée n’est pas tout à fait la même que celle des œufs brouillés. L’entité peut en effet être séparée de nouveau, malgré les difficultés liées à cette démarche, et la concurrence peut être rétablie. Il ne suffit pas que cette démarche soit difficile ou qu’elle occasionne des inconvénients. Pour obtenir un sursis, il faut prouver que le préjudice est vraiment irréparable.

[14] Dans le passé, de grandes sociétés américaines comme AT&T et Standard Oil ont été divisées. Le ministère de la justice américain cherche actuellement à scinder Microsoft. Cette procédure est possible, selon la preuve non contestée que les intimées ont présentée. Dans un rapport joint à un affidavit, Bob Briggs, associé principal d’un cabinet de Washington D.C. spécialisé dans les affaires antitrust qui, selon lui, est le plus grand cabinet privé au monde en la matière, souligne [TRADUCTION] «qu’il n’y a aucune raison, en principe, pour laquelle les dessaisissements postérieurs à l’acquisition ne peuvent constituer un recours aussi efficace que ceux qui sont faits avant le fusionnement». Il a donné des exemples de nombreux dessaisissements (100 au cours des trois dernières années), dont certains ont été faits même 25 ans (Dupont) et 17 ans (El Paso Natural Gas) après les fusionnements initiaux. Selon M. Briggs, il existe des organismes et des tribunaux qui sont en mesure de surveiller les dessaisissements nécessaires pour accroître la concurrence. Ce type de recours *ex post facto* [TRADUCTION] «permet à la société de récolter les fruits d’efficacités grandement souhaitées tout en incitant fortement la direction à éviter de se livrer à une conduite opportuniste susceptible d’engendrer des demandes de dessaisissement».

[15] The evidence of Stephen Cole produced by the respondents is most persuasive. He spent hundreds of hours on this matter and supervised thousands of hours of research by his associates to conclude as follows:

It is feasible to divide the merged business within a reasonable time period so as to create two viable competitors who would compete effectively in the national market and in the relevant local markets.

Part of his reasons for this is that 85 percent of the people, trucks and tanks will be maintained in the integration process. Even though more of the attrition may come from ICG resources, that is still a significant fact here. Another fact to consider is that, if required, it might be possible to find a buyer for the remnants of ICG which could form the basis of a new stand alone competitor. Amerigas was mentioned as a possible purchaser, even though its interest was originally expressed as a buyer for ICG as a going concern. Other possible bidders were identified. Cole relied on the prior example of the CP divestiture that was undertaken in this country. He opines that it is "feasible to create two propane distribution competitors by divestiture of the integration". And he says that the respondents can handle any costs associated with that mainly out of the savings they will achieve in the period of the appeal process.

[16] Consequently, the evidence, in my view, is overwhelming that the applicant has not been able to establish, as it must, that there will be irreparable harm suffered if the stay is not granted.

[17] The third element is the balance of convenience, but I need not deal with that issue since I have concluded that the second requirement has not been met. The motion succeeds only if all three requirements are proved, and one of the elements has not been established. It is, however, clear that the financial costs to the respondents of the delay are large, 30 million dollars per year. The absence of an undertaking as to damages by the applicant is also significant here. In fact, the respondents have voluntarily undertaken in this Court to refrain from divesting themselves of the

[15] La version de Stephen Cole, qui a témoigné pour les intimées, est très convaincante. Après avoir consacré des centaines d'heures à la présente affaire et surveillé les recherches de ses associés, qui ont duré des milliers d'heures, il a conclu en ces termes:

[TRADUCTION] Il est possible de scinder l'entreprise fusionnée dans un délai raisonnable de manière à créer deux concurrents viables qui se livreront une concurrence efficace sur le marché national et sur les marchés locaux concernés.

Son opinion est fondée en partie sur le fait que 85 p. 100 des personnes, camions et réservoirs seront conservés au cours de l'intégration. Même s'il est possible que la plus grande partie de l'attrition soit faite à même les ressources d'ICG, ce fait demeure important. De plus, au besoin, il serait possible de trouver un acheteur qui ferait l'acquisition du reste d'ICG et qui pourrait devenir un nouveau concurrent indépendant. La société Amerigas a été mentionnée à titre d'acquéreur possible, même si elle disait à l'origine s'intéresser à ICG comme entreprise en activité. D'autres acquéreurs possibles ont été identifiés. Cole a cité l'exemple du dessaisissement de CP qui a eu lieu au Canada. Selon lui, [TRADUCTION] «il est possible de créer deux concurrents en matière de distribution de propane en défaisant l'intégration». Il ajoute que les intimées peuvent payer tous les frais liés à cette démarche principalement à même les économies qu'elles réaliseront jusqu'à ce que l'appel soit tranché.

[16] Par conséquent, la preuve indique de façon plus qu'évidente que le requérant n'a pu prouver, comme il doit le faire, qu'un préjudice irréparable sera causé si le sursis n'est pas accordé.

[17] Le troisième élément est celui de la balance des inconvénients, mais il n'est pas nécessaire que j'examine cette question, étant donné que j'en suis arrivé à la conclusion que le deuxième volet du critère n'a pas été établi. La requête peut être accueillie uniquement si les trois volets ont été établis, et l'un d'eux ne l'a pas été. Cependant, il est évident que les frais découlant du délai sont élevés pour les intimées, soit 30 000 000 \$ par année. L'absence d'engagement du requérant quant aux dommages-intérêts est également importante en l'espèce. En fait, les intimées se sont

trucks, tanks and realty, other than in the normal course of business, pending the appeal, a wise course to follow, but not one that I would impose on them, the Commissioner appearing to be uninterested in it.

[18] It has been said that the operations of the two companies cannot be merged during the winter months, that is until April 1, 2001, but the planning aspects of this complicated project could proceed in the next few months. It is in merging operation where the major savings can be achieved, two-thirds of them. It may be that by April 1, 2001, the Court of Appeal will have decided this appeal and, if the Commissioner is successful, the preliminary steps taken in the merger can be halted at that time. If unsuccessful, depending on the reasons of the Court, the Supreme Court of Canada might be asked by the Commissioner for a stay of further steps in the merger pending an appeal there.

[19] This motion for a stay will be dismissed with costs in the cause.

[20] As for the motion expediting the hearing of both appeals, and for directions, the parties have agreed to the following timetable leading to a hearing of both appeals on Tuesday, Wednesday and Thursday, January 9, 10 and 11, 2001:

(1) Appeal books will be served and filed by October 27, 2000;

(2) The memorandum of fact and law of the appellant will be served and filed by November 17, 2000;

(3) The memorandum of fact and law of the respondents will be served and filed by December 15, 2000.

It will be so ordered.

volontairement engagées devant la Cour à s'abstenir, avant l'issue de l'appel, de se départir des camions, des réservoirs et des biens immeubles autrement que dans le cours normal de leurs activités, ce qui est une mesure sage, mais que je ne leur imposerais pas, puisque le commissaire ne semble pas y tenir.

[18] Il a été mentionné que le fusionnement des deux entreprises ne peut être fait au cours des mois d'hiver, c'est-à-dire avant le 1^{er} avril 2001, mais la planification de ce projet complexe pourrait avoir lieu au cours des prochains mois. C'est au cours du fusionnement que la majeure partie des économies, soit les deux tiers, peut être réalisée. Il se peut que, d'ici le 1^{er} avril 2001, la Cour d'appel se soit prononcée dans l'appel et, si le commissaire a gain de cause, les mesures préliminaires qui auront été entreprises pourront être freinées. Dans le cas contraire, selon les motifs de la Cour, le commissaire pourra demander à la Cour suprême du Canada de suspendre la démarche relative au fusionnement jusqu'à ce qu'elle se prononce elle-même au sujet de l'appel.

[19] La présente requête visant à obtenir un sursis sera rejetée et les dépens suivront l'issue de la cause.

[20] En ce qui a trait à la requête visant à accélérer l'audition des deux appels et à obtenir des directives, les parties ont accepté le calendrier suivant qui mènerait à une audition des deux appels les mardi, mercredi et jeudi 9, 10 et 11 janvier 2001:

1) les dossiers d'appel seront signifiés et déposés d'ici le 27 octobre 2000;

2) le mémoire de l'appellant sera signifié et déposé d'ici le 17 novembre 2000;

3) le mémoire des intimées sera signifié et déposé d'ici le 15 décembre 2000.

Une ordonnance sera rendue en ce sens.

A-533-00
2001 FCA 104

A-533-00
2001 CAF 104

The Commissioner of Competition (*Appellant*)

v.

**Superior Propane Inc. and ICG Propane Inc.
(*Respondents*)**

*INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION)
v. SUPERIOR PROPANE INC. (C.A.)*

Court of Appeal, Stone, Létourneau and Evans J.J.A.
—Ottawa, January 9, 10, 11 and April 4, 2001.

Competition — “Efficiency defence” — Competition Tribunal dismissing application to dissolve merger of respondents or otherwise to remedy lessening of competition in propane market as result of merger — Competition Act, s. 96(1) preventing Tribunal from rendering dissolution order where efficiencies produced by anti-competitive merger greater than, offset anti-competitive effects — Balancing test required between efficiencies, anti-competitive effects — Whether “effects” of anti-competitive merger limited as matter of law to loss of resources to economy as whole (deadweight loss) — Act, s. 96 giving primacy to statutory objective of economic efficiency — Word “effects” including all anti-competitive effects of merger under s. 92, having regard to all statutory purposes in s. 1.1 — Narrow reading given by Tribunal to word “effects” not justified — Correct methodology for determining extent of anti-competitive effects of merger beyond limits of Court’s competence — Commissioner’s balancing weights approach meets requirements of Act and will narrow scope of efficiency defence.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Competition Tribunal finding merger of respondents would prevent, substantially lessen competition in propane market contrary to Competition Act, s. 92, but merger saved by “efficiency defence” — In holding word “effects” in s. 96 limited to deadweight loss, Tribunal clearly interpreting Act, deciding question of law — Composition of Tribunal indicating considerable level of expertise — Tribunal’s determinations of questions of law reviewable on correctness standard — In limiting factors to be considered as “effects”, Tribunal erred in law by failing to ensure all objectives of Competition Act be considered in balancing exercise mandated by s. 96 — Standard selected must be reflective

Le commissaire de la concurrence (*appelant*)

c.

**Supérieur Propane Inc. et ICG Propane Inc.
(*intimées*)**

*RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)
c. SUPÉRIEUR PROPANE INC. (C.A.)*

Cour d’appel, juges Stone, Létourneau et Evans,
J.C.A.—Ottawa, 9, 10 et 11 janvier et 4 avril 2001.

Concurrence — «Défense fondée sur les gains en efficacité» — Le Tribunal de la concurrence a rejeté une demande visant à dissoudre le fusionnement des intimées ou à remédier de toute autre manière à la diminution de la concurrence que le fusionnement entraînera sur le marché du propane — L’art. 96(1) de la Loi sur la concurrence empêche le Tribunal de prononcer une ordonnance de dissolution si les gains en efficacité découlant du fusionnement surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels — Il faut établir un critère qui met en balance les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels — Il s’agit de savoir si les «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel sont limités, en droit, à la perte de ressources pour l’économie dans son ensemble (la perte sèche) — L’art. 96 de la Loi accorde la primauté à l’objectif législatif de l’efficacité économique — Le terme «effets» comprend tous les effets anticoncurrentiels qu’entraîne un fusionnement auquel s’applique l’art. 92, compte tenu de tous les objectifs de la loi énumérés à l’art. 1.1 — L’interprétation étroite que le Tribunal a donnée du terme «effets» ne peut se justifier — La méthode correcte pour déterminer l’étendue des effets anticoncurrentiels d’un fusionnement est une question qui va au-delà de la compétence de la Cour — La méthode des coefficients pondérateurs adoptée par le commissaire satisfait aux exigences de la Loi et réduira la portée de la défense fondée sur les gains en efficacité.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Le Tribunal de la concurrence a conclu que le fusionnement des intimées empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence sur le marché du propane, à l’encontre de l’art. 92 de la Loi sur la concurrence, mais que le fusionnement était protégé par la «défense fondée sur les gains en efficacité» — En jugeant que le sens du terme «effets» à l’art. 96 est limité à la perte sèche, le Tribunal interprétait manifestement la Loi et décidait donc une question de droit — La composition du Tribunal indique un niveau d’expertise considérable — Les décisions du Tribunal sur les questions de droit sont soumises au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte — En limitant les facteurs à prendre

of various objectives of Competition Act.

This was an appeal from a decision of the Competition Tribunal dismissing an application by the Commissioner of Competition to dissolve the merger of the respondents, or otherwise to remedy the lessening of competition likely to occur in the propane delivery market in Canada as a result of the merger. At issue was the “efficiency defence”, a statutory defence whereby a merger must be permitted, even if it will lessen competition, if efficiency gains due to the merger exceed or offset the effects of reduced competition. The precise issue was whether, for the purpose of the efficiency defence, the “effects” of an anti-competitive merger are limited to the loss of resources to the economy as a whole (the deadweight loss), or include a wider range of effects of reduced competition. The latter would include wealth transfer from consumers to producers, elimination of smaller competitors and creation of a monopoly. The Tribunal held that the merger would substantially lessen or prevent competition in nearly all local propane markets in Canada, as well as in the market for national account coordination services associated with the delivery of propane. However, it concluded that, since the merger was likely to result in efficiency gains of \$29.2 million, and would result in only \$6 million of deadweight loss, the merger was saved by the efficiency defence. Using the “total surplus standard”, the Tribunal concluded that the deadweight loss was the sole “effect” of the lessening of competition that must be balanced against the efficiency gains, and treated all other effects as irrelevant. Counsel for the appellant submitted that the Tribunal should adopt a “balancing weights standard” as the basis for determining whether the efficiency gains from the merger of the respondents were greater than, and offset, its anti-competitive effects. The Tribunal rejected this approach in favour of the “total surplus standard” which looks only at the overall loss to the economy, that is deadweight loss. Three issues were raised on appeal: (1) what standard of review is applicable to the Tribunal’s determination of the “effects” of a merger to be considered under section 96 of the Act? (2) whether the Tribunal erred in law when it interpreted “effects” as limited to those identified by the total surplus standard, and (3) whether the Tribunal erred in law when it imposed on the Commissioner the legal burden of proving the effects of the merger.

en compte comme «effets», le Tribunal a commis une erreur en droit, parce qu’il n’a pas pris en compte tous les objectifs de la Loi sur la concurrence dans l’exercice de pondération prescrit par l’art. 96 — Le critère choisi doit refléter les différents objectifs de la Loi sur la concurrence.

Il s’agit d’un appel interjeté à l’encontre d’une décision du Tribunal de la concurrence rejetant une demande du commissaire de la concurrence visant à dissoudre le fusionnement des intimées ou à remédier de toute autre manière à la diminution de la concurrence que le fusionnement entraînera vraisemblablement sur le marché de la livraison du propane au Canada. La question concerne la portée de ce qu’on appelle la «défense fondée sur les gains en efficience». Selon ce moyen de défense prévu par la loi, un fusionnement doit être permis, même s’il diminuera la concurrence, si les gains en efficience découlant du fusionnement surpassent ou neutralisent les effets de la diminution de la concurrence. La question précise était de savoir si, dans le cadre de la défense fondée sur les gains en efficience, les «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel se limitent, en droit, à la perte de ressources pour l’économie dans son ensemble (la perte sèche), ou s’ils comprennent une gamme plus étendue d’effets d’une diminution de la concurrence. Cela comprendrait le transfert de richesse des consommateurs aux producteurs, l’élimination du marché des petits concurrents et la création d’un monopole. Le Tribunal a statué que le fusionnement empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence sur presque tous les marchés locaux de propane au Canada, ainsi que sur le marché des services de coordination des comptes nationaux associés à la livraison du propane. Il a toutefois conclu que le fusionnement était protégé par la défense fondée sur les gains en efficience, puisqu’il entraînerait vraisemblablement des gains en efficience de 29,2 millions de dollars et n’entraînerait que 6 millions de dollars de perte sèche. Appliquant le «critère du surplus total», le Tribunal a conclu que la perte sèche était le seul «effet» de la diminution de la concurrence qu’il fallait comparer avec les gains en efficience et il a traité comme non pertinents tous les autres effets. L’avocat de l’appelant a soutenu que le Tribunal devrait adopter la méthode des «coefficients pondérateurs» pour déterminer si les gains en efficience découlant du fusionnement des intimées surpassaient et neutralisaient ses effets anticoncurrentiels. Le Tribunal a rejeté cette approche, retenant plutôt le «critère du surplus total», qui ne prend en compte que la perte globale pour l’économie, c’est-à-dire la perte sèche. Trois questions ont été soulevées en appel: 1) quelle est la norme de contrôle applicable à la détermination par le Tribunal des «effets» d’un fusionnement à prendre en compte selon l’article 96 de la Loi? 2) le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en interprétant ces «effets» comme étant limités à ceux qui sont identifiés selon le critère du surplus total? 3) le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit lorsqu’il a imposé au commissaire le fardeau de prouver les effets de la fusion?

Held (Létourneau J.A. dissenting in part), the appeal should be allowed.

Per Evans J.A.: (1) In holding that the meaning of the word “effects”, in section 96 of the Act, is limited to the deadweight loss resulting from an anti-competitive merger, the Tribunal was clearly interpreting the Act and was thereby deciding a question of law. The Tribunal is an adjudicative body and its expertise may be assessed by reference to its composition. The composition of the Tribunal indicates a considerable level of expertise. Since the aims of the *Competition Act* are more economic than legal, it could be said that the Tribunal’s expertise lies in economics and commerce. There is nothing about the word “effects” to exclude the general principle that statutory interpretation is a question of law that is reviewable on a standard of correctness. The existence of an unrestricted right of appeal on questions of law, and of a modified right of appeal on questions of fact, indicates Parliament’s intention that the Tribunal’s determination of questions of law should be reviewable on appeal on a correctness standard. It is the Court’s function to determine whether the Tribunal was correct in deciding that the effects of an anti-competitive merger that may be considered under section 96 are limited to the loss of resources to the economy as a whole resulting from the merger, to the exclusion of effects that relate to other statutory objectives.

(2) By limiting the factors to be considered as “effects” to those determined by the application of the total surplus standard, the Tribunal erred in law as it failed to ensure that all the objectives of the *Competition Act*, and the particular circumstances of each merger, could be considered in the balancing exercise mandated by subsection 96(1) of the Act. This provision directs the Tribunal to consider whether the efficiencies produced by an anti-competitive merger are greater than, and offset, its anti-competitive effects. The question was whether, in the context of the *Competition Act*, the Tribunal was correct to narrow its meaning to the single effect of deadweight loss. Under section 1.1 of the Act, the word “effects” should not focus exclusively on one of the objectives of promoting competition, namely, promoting the efficiency and adaptability of the economy. On the other hand, section 96 gives primacy to the statutory objective of economic efficiency as it provides that, if efficiency gains exceed, and offset, the effects of an anti-competitive merger, the merger must be permitted to proceed, even though it would otherwise be prohibited by section 92. The ultimate preference for the objective of efficiency does not, however, restrict the countervailing “effects” to deadweight loss. Instead, the word “effects” should be interpreted as including all the anti-competitive effects to which a merger found to fall within section 92 gives rise, having regard to all the statutory purposes set out in section 1.1. The Act itself is not concerned with “economics” so narrowly conceived as

Arrêt (le juge Létourneau, J.C.A. dissident en partie): l’appel est accueilli.

Le juge Evans, J.C.A.: 1) En jugeant que le sens du terme «effets» à l’article 96 de la Loi est limité à la perte sèche découlant d’un fusionnement anticoncurrentiel, le Tribunal interprétait manifestement la Loi et décidait donc une question de droit. Le Tribunal est un organisme juridictionnel et son expertise peut s’apprécier en fonction de sa composition. La composition du Tribunal indique un niveau d’expertise considérable. Les objectifs de la *Loi sur la concurrence* étant davantage économiques que juridiques, il faut conclure que le champ d’expertise du Tribunal consiste dans les questions économiques et commerciales. Il n’y a rien dans le terme «effets» qui permette d’écarter le principe général selon lequel, en l’absence d’indications contraires, l’interprétation d’une loi est une question de droit, donnant lieu au contrôle judiciaire en fonction de la norme de la décision correcte. L’existence d’un droit d’appel absolu sur les questions de droit et d’un droit d’appel limité sur les questions de fait indique l’intention du législateur que les décisions du Tribunal sur les questions de droit soient soumises au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte. C’est la fonction de la Cour de déterminer si c’est à bon droit que le Tribunal a décidé que les effets d’un fusionnement anticoncurrentiel qui peuvent être pris en compte dans le cadre de l’article 96 sont limités à la perte de ressources pour l’économie dans son ensemble, à l’exclusion des effets qui se rattachent aux autres objectifs de la Loi.

2) En limitant ainsi les facteurs à prendre en compte comme «effets» à ceux déterminés par l’application du critère du surplus total, le Tribunal a commis une erreur en droit, parce qu’il n’a pas fait en sorte que tous les objectifs de la *Loi sur la concurrence* et les circonstances particulières de chaque fusionnement puissent être pris en compte dans l’exercice de pondération prescrit par le paragraphe 96(1) de la Loi. Cette disposition prescrit au Tribunal d’examiner si les gains en efficacité produits par un fusionnement anticoncurrentiel surpassent et neutralisent ses effets anticoncurrentiels. La question était de savoir si, dans le contexte de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal a eu raison de restreindre son sens au seul effet de la perte sèche. Selon l’article 1.1 de la Loi, le terme «effets» ne devrait pas porter exclusivement sur l’un des objectifs de la promotion de la concurrence, soit de stimuler l’adaptabilité et l’efficacité de l’économie canadienne. D’un autre côté, l’article 96 donne la primauté à l’objectif législatif de l’efficacité économique, parce qu’il dispose que, si les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets d’un fusionnement anticoncurrentiel, il faut permettre le fusionnement, malgré le fait qu’il serait autrement interdit par l’article 92. Cependant, la préférence ultime accordée à l’objectif de l’efficacité ne restreint d’aucune façon les «effets» à prendre en compte à la seule perte sèche. Il faut plutôt interpréter le terme «effets» de manière à comprendre tous les effets anticoncurrentiels qu’entraîne effectivement un fusionnement

to exclude from consideration under section 96 the redistributive effects of higher prices that consumers will have to pay as a result of the merger, or its impact on small and medium-sized businesses. Other effects related to the statutory purpose and objectives, including the interests of the consumers of the merged entity's products, must also be taken into account when the trade-off is made between efficiencies and anti-competitive effects.

Counsel for the respondents also argued that, since one of the objectives of the *Competition Act* set out in section 1.1 is to "promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy", business people should be able to predict whether or not a proposed merger was likely to receive regulatory approval. The predictability argument did not significantly buttress the Tribunal's interpretation of section 96 and was not sufficiently compelling to be the methodology mandated by section 96 for determining the "effects" of an anti-competitive merger in all cases. The Merger Enforcement Guidelines, relied on by the Tribunal and counsel for the respondents, are not law since they are not made under a grant of statutory authority and cannot determine the meaning of the Act. To the extent that they are inconsistent with the Act, they should be ignored. The narrow reading given by the Tribunal to the word "effects" in section 96 could not be justified by reference to the views of American lawyer-economists, however eminent they may be. That being said, the Court should not prescribe the "correct" methodology for determining the extent of the anti-competitive effects of a merger. Such a task is beyond the limits of its competence. Whatever standard is selected, it must be more reflective of the various objectives of the *Competition Act* than is the total surplus standard. The balancing weights approach, adopted by the Commissioner, meets the broad requirements of the Act, and is likely to narrow the scope of the efficiency defence.

(3) The Tribunal held that the merging parties had the burden of proving the efficiencies that would not have been generated but for the merger, while the Commissioner bore the burden of proving the anti-competitive effects, since he was in the better position to do so by virtue of the investigative powers conferred on him by the Act. The Tribunal was correct in distributing the legal onus of proof as it did, so that the respondents bear the onus of proving every aspect of the section 96 defence, save for the anti-competitive effects of the merger.

Per Létourneau J.A. (dissenting in part): The interpretation of the word "effects" in section 96 of the *Competition*

auquel s'applique l'article 92, compte tenu de tous les objectifs de la loi énumérés à l'article 1.1. La Loi ne s'intéresse pas à l'«économie» conçue de façon si étroite qu'il faille, dans le cadre de l'article 96, ne pas considérer les effets de redistribution des prix plus élevés que les consommateurs devront payer par suite du fusionnement, ou l'impact du fusionnement sur les petites et moyennes entreprises. Les autres effets liés à l'objet et aux objectifs de la Loi, notamment les intérêts des consommateurs des produits de l'entité fusionnée, doivent également être pris en compte dans l'analyse comparative des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels.

Les avocats des intimées ont également soutenu que, l'un des objectifs de la *Loi sur la concurrence* exposés à l'article 1.1 étant de «stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne», il était important pour les chefs d'entreprise d'être en mesure de prévoir si un fusionnement proposé recevrait vraisemblablement l'approbation réglementaire. L'argument de la prévisibilité n'étaye guère l'interprétation que le Tribunal donne de l'article 96 et n'est pas suffisamment convaincant pour établir que le critère du surplus total constitue la méthode prescrite par l'article 96 pour déterminer, dans tous les cas, les «effets» d'un fusionnement anticoncurrentiel. Les lignes directrices sur l'application de la Loi, invoquées par le Tribunal et par les avocats des intimées, n'ont pas valeur de loi, parce qu'elles ne sont pas établies en vertu d'une autorisation législative, et ne peuvent décider de la signification de la Loi. Dans la mesure où elles sont incompatibles avec la Loi, il ne faut pas en tenir compte. L'interprétation étroite que le Tribunal a donnée du terme «effets», à l'article 96, ne peut se justifier sur la base des opinions des avocats-économistes des États-Unis, si éminents soient-ils. Cela étant dit, la Cour n'a pas à prescrire la méthode «correcte» pour déterminer l'étendue des effets anticoncurrentiels d'un fusionnement. Cette tâche va au-delà des limites de sa compétence. Quel que soit le critère choisi, il doit refléter, mieux que ne le fait le critère du surplus total, les différents objectifs de la *Loi sur la concurrence*. La méthode des coefficients pondérateurs adoptée par le commissaire satisfait aux exigences générales de la Loi et réduira vraisemblablement la portée de la défense fondée sur les gains en efficience.

3) Le Tribunal a jugé que les parties au fusionnement avaient le fardeau de prouver les gains en efficience qui n'auraient pas été obtenus sans la fusion, tandis que le commissaire avait le fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels, puisqu'il était mieux placé pour le faire en raison des pouvoirs d'enquête qui lui sont conférés par la Loi. C'est à bon droit que le Tribunal a réparti le fardeau de preuve comme il l'a fait, de façon que les intimées aient la charge de prouver tous les aspects de la défense prévue à l'article 96, excepté les effets anticoncurrentiels du fusionnement.

Le juge Létourneau, J.C.A. (dissident en partie): L'interprétation du terme «effets» à l'article 96 de la *Loi sur la*

Act involves a pure question of law to be decided on a standard of correctness. The word “effects” in section 96 of the *Act* ought not to be limited, as the Tribunal did, to the effects identified by the total surplus standard. The interpretation of section 96 involves balancing market power and efficiency gains. The Tribunal, in view of its conclusion that efficiency is the paramount objective of the *Act*, ignored as an effect of the merger the fact that monopolies in certain product markets would ensue and failed to give any weight to that effect in its analysis under section 96. The latter was not meant to authorize the creation of monopolies since it would defeat the purpose of section 1.1. The application of a balancing test requires a flexibility that the total surplus standard does not provide. The Tribunal erred when it put on the Commissioner the legal burden of proving the effects of the lessening of competition. The legal burden was on the merging parties to convince the Tribunal, first, that the efficiency gains were of the amount that they have contended, second, that the effects of the lessening of competition are those that they have identified and not those submitted by the Commissioner, and third, that the efficiency gains are greater than, and will offset, the effects. The availability of statutory investigative powers, which enable the Commissioner to discharge his evidentiary burden of gathering and filing relevant evidence as to the effects of the lessening of competition, is not a sufficient reason to justify transferring the legal burden of proving these effects onto him. There was neither rationale nor justification for placing on the Commissioner the burden of persuasion with respect to one of the three components of the efficiency defence.

concurrency constitue une pure question de droit, à laquelle s’applique la norme de la décision correcte. Le terme «effets» à l’article 96 de la Loi ne devrait pas être limité, comme l’a fait le Tribunal, aux effets identifiés selon le critère du surplus total. L’interprétation de l’article 96 de la Loi suppose une comparaison de la puissance commerciale et des gains en efficience. Le Tribunal, en raison de sa conclusion que l’efficience est l’objectif premier de la Loi, n’a pas tenu compte parmi les effets du fusionnement du fait qu’il en résulterait des monopoles dans certains marchés du produit et n’a attaché aucune importance à cet effet dans son analyse fondée sur l’article 96. Cet article ne visait pas à autoriser la création de monopoles, car cela irait à l’encontre de l’objet défini à l’article 1.1. L’application d’un critère de pondération exige une souplesse que le critère du surplus total ne permet pas. C’est à tort que le Tribunal a imposé au commissaire le fardeau de prouver les effets de la diminution de la concurrence. Le fardeau de preuve incombe aux parties à la fusion; il leur incombe de convaincre le Tribunal, premièrement, que les gains en efficience correspondent au montant allégué, deuxièmement, que les effets de la diminution de la concurrence sont ceux qu’elles ont identifiés et non ceux qui ont été présentés par le commissaire et, troisièmement, que les gains en efficience surpassent et neutraliseront les effets. Les pouvoirs d’enquête conférés au commissaire par la Loi, qui lui permettent de s’acquitter de son fardeau de preuve en recueillant et en produisant des éléments de preuve au sujet des effets de la diminution de la concurrence, ne constituent pas une raison suffisante pour transférer au commissaire le fardeau de prouver ces effets. Rien ne permettait d’imposer au commissaire le fardeau de prouver l’un des trois éléments de la défense fondée sur les gains en efficience.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Bill C-29, *An Act to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof*, 2nd Sess., 32nd Parl., 1983-84.
- Bill C-42, *An Act to amend the Combines Investigation Act and to amend the Bank Act and other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, 2nd Sess., 30th Parl., 1976-77.
- Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 1.1 (as enacted *idem*), 92 (as enacted *idem*, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37), 96 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45).
- Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), ch. 19, Part I, ss. 2 “judicial member”, 3, 10(1), 12(1), 13.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 11; S.C. 1990, c. 8, s. 7).
- North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44.
- Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47.
- Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), art. 1.1 (édicte, *idem*), 92 (édicte, *idem*, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37), 96 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 27 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 51, art. 11; L.C. 1990, ch. 8, art. 7).
- Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, partie I, art. 2 «juge», 3, 10(1), 12(1), 13.
- Projet de loi C-29, *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois*, 2^e sess., 32^e lég., 1983-84.
- Projet de loi C-42, *Loi modifiant la Loi relative aux*

World Trade Organization Agreement Implementation Act, S.C. 1994, c. 47.

enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, 2^e sess., 30^e lég., 1976-77.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; affg (1995), 127 D.L.R. (4th) 329; 21 B.L.R. (2d) 68; 63 C.P.R. (3d) 67; 185 N.R. 291 (C.A.); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130.

CONSIDERED:

Canada (Director of Investigation and Research) v. Hilldown Holdings (Canada) Ltd. (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.).

REFERRED TO:

Standard Oil v. Federal Trade Commission, 340 U.S. 231 (1951); *A. E. Stanley Mfg. Co. v. Federal Trade Commission*, 135 F.2d 453 (7th Cir. 1943); *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2000] 4 F.C. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385; 7 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1995] 3 F.C. 557; (1995), 127 D.L.R. (4th) 263; 21 B.L.R. (2d) 1; 63 C.P.R. (3d) 1; 185 N.R. 321 (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; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; [1992] 3 W.W.R. 193; (1992), 7 B.C.A.C. 81; 67 B.C.L.R. (2d) 273; 71 C.C.C. (3d) 32; 12 C.R. (4th) 133; 134 N.R. 289.

AUTHORS CITED

Andretsch, David B. "Divergent Views in Antitrust Economics" (1988), 33 *Antitrust Bull.* 135.
Brodley, J. F. "The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress" (1987), 62 *N.Y.U.L. Rev.* 1021.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; conf. (1995), 127 D.L.R. (4th) 329; 21 B.L.R. (2d) 68; 63 C.P.R. (3d) 67; 185 N.R. 291 (C.A.); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hilldown Holdings (Canada) Ltd. (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc.).

DÉCISIONS CITÉES:

Standard Oil v. Federal Trade Commission, 340 U.S. 231 (1951); *A. E. Staley Mfg. Co. v. Federal Trade Commission*, 135 F.2d 453 (7th Cir. 1943); *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2000] 4 C.F. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385; 7 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1995] 3 C.F. 557; (1995), 127 D.L.R. (4th) 263; 21 B.L.R. (2d) 1; 63 C.P.R. (3d) 1; 185 N.R. 321 (C.A.); *Caimaw c. 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; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; [1992] 3 W.W.R. 193; (1992), 7 B.C.A.C. 81; 67 B.C.L.R. (2d) 273; 71 C.C.C. (3d) 32; 12 C.R. (4th) 133; 134 N.R. 289.

DOCTRINE

Andretsch, David B. «Divergent Views in Antitrust Economics» (1988), 33 *Antitrust Bull.* 135.
Brodley, J. F. «The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress» (1987), 62 *N.Y.U.L. Rev.* 1020.

- Canada. Bureau of Competition Policy. *Merger Enforcement Guidelines*/Director of Investigation and Research, Competition Act. Ottawa: Bureau of Competition Policy, Consumer and Corporate Affairs Canada, 1991.
- Canada. Competition Bureau. *Merger Enforcement Guidelines as Applied to a Bank Merger*. Industrie Canada, 1998.
- Canada. Department of Consumer and Corporate Affairs. *Combines Investigation Act Amendments: Background Information and Explanatory Notes*. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1984.
- Canada. Department of Consumer and Corporate Affairs. *Competition Law Amendments: A Guide*. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1985.
- Constantine, Lloyd. "An Antitrust Enforcer Confronts the New Economics" (1989), 58 *Antitrust L.J.* 661.
- Davidson, Roy M. "When Merger Guidelines Fail to Guide" (1991), 12:4 *Canadian Competition Policy Record* 44.
- Denis, P. T. "Advances of the 1992 Horizontal Merger Guidelines in the Analysis of Competitive Effects" (1993), 38 *Antitrust Bull.*
- Fisher, Alan A. *et al.* "Price Effects of Horizontal Mergers" (1989), 77 *Calif. L.R.* 777.
- Halliday, Jennifer. "The Recognition, Status and Form of the Efficiency Defence to a Merger: Current Situation and Prospects for the Future", [1999] *World Competition* 91.
- Hazledine, Tim. "Rationalism Rebuffed? Lessons from Modern Canadian and New Zealand Competition Policy" (1988), 13 *Review of Industrial Organization* 243.
- House of Commons Debates*, 1st Sess., 33rd Parl., Vol. VIII, 1986.
- Lande, Robert H. "The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust" (1988), 33 *Antitrust Bull.* 429.
- Ross, Stephen F. "Afterword—Did the Canadian Parliament Really Permit Mergers that Exploit Canadian Consumers so the World can be More Efficient?" (1997), 65 *Antitrust L.J.* 641.
- Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*, April 2, 1992 (revised April 8, 1997).
- Canada. Bureau de la politique de concurrence. *Fusionnements—Lignes directrices pour l'application de la loi* Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence. Ottawa: Bureau de la politique de concurrence, Consommation et Corporations Canada, 1991.
- Canada. Bureau de la politique de concurrence. *Lignes directrices pour l'application de la Loi: Fusionnement de banques*. Industrie Canada, 1998.
- Canada. Ministère de la Consommation et des Corporations. *Modifications de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions: documentation de base et notes explicatives*. Ottawa: Consommation et Corporations Canada, 1984.
- Canada. Ministère de la Consommation et des Corporations. *Réforme de la législation sur la concurrence: guide*. Ottawa: Consommation et Corporations Canada, 1985.
- Constantine, Lloyd. «An Antitrust Enforcer Confronts the New Economics» (1989), 58 *Antitrust L.J.* 661.
- Davidson, Roy M. «When Merger Guidelines Fail to Guide» (1991), 12:4 *Canadian Competition Policy Record* 44.
- Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 33^e lég., vol. VIII, 1986.
- Denis, P. T. «Advances of the 1992 Horizontal Merger Guidelines in the Analysis of Competitive Effects» (1993), 38 *Antitrust Bull.*
- Fisher, Alan A. *et al.* «Price Effects of Horizontal Mergers» (1989), 77 *Calif. L.R.* 777.
- Halliday, Jennifer. «The Recognition, Status and Form of the Efficiency Defence to a Merger: Current Situation and Prospects for the Future», [1999] *World Competition* 91.
- Hazledine, Tim. «Rationalism Rebuffed? Lessons from Modern Canadian and New Zealand Competition Policy» (1988), 13 *Review of Industrial Organization* 243.
- Lande, Robert H. «The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust» (1988), 33 *Antitrust Bull.* 429.
- Ross, Stephen F. «Afterword—Did the Canadian Parliament Really Permit Mergers that Exploit Canadian Consumers so the World can be More Efficient?» (1997), 65 *Antitrust L.J.* 641.
- Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*, April 2, 1992 (revised April 8, 1997).

APPEAL from a decision of the Competition Tribunal ([2000] C.C.T.D. No. 15 (Q.L.)) dismissing an application by the Commissioner of Competition to dissolve the merger of the respondents, or to remedy the lessening of competition likely to occur in the propane delivery market in Canada as a result of the merger. Appeal allowed.

APPEARANCES:

John F. Rook, Q.C., William J. Miller, Jo'Anne Strekaf, Christopher P. Naudie and Donna C. Blois for appellant.

Neil Finkelstein, Melanie Aitken, Russell Cohen and Brian Radnoff for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Blake, Cassels & Graydon LLP, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LÉTOURNEAU J.A. (*dissenting in part*): I have had the benefit of reading the reasons for judgment issued by my colleague, Evans J.A. I agree with him that the interpretation of the word "effects" in section 96 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45] of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [as am. *idem*, s. 19] (Act) involves a pure question of law that falls to be decided on a standard of correctness.

[2] I also agree with my colleague that the word "effects" in section 96 of the Act ought not to be limited, as the Tribunal did, to the effects identified by the total surplus standard. As my colleague has pointed out, the interpretation of section 96 of the Act involves balancing market power and efficiency gains. The approach taken in this matter both in the United States and in Canada is by no means free from ambiguity and harsh criticism: see Robert H. Lande, "The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust" (1988), 33 *Antitrust Bull.* 429;

APPEL d'une décision du Tribunal de la concurrence ([2000] D.T.C.C. n° 15 (Q.L.)) rejetant une demande du commissaire de la concurrence visant à dissoudre le fusionnement des intimées ou à remédier de toute autre manière à la diminution de la concurrence que le fusionnement entraînera vraisemblablement sur le marché de la livraison du propane au Canada. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

John F. Rook, c.r., William J. Miller, Jo'Anne Strekaf, Christopher P. Naudie et Donna C. Blois pour l'appelant.

Neil Finkelstein, Melanie Aitken, Russell Cohen et Brian Radnoff pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

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

Blake, Cassels & Graydon LLP, Toronto, pour les intimées.

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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: (*dissident en partie*): J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs rédigés par mon collègue, le juge Evans. Comme lui, je suis d'opinion que l'interprétation du terme «effets» à l'article 96 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45] de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [mod., *idem*, art. 19] (Loi), constitue une pure question de droit, à laquelle s'applique la norme de la décision correcte.

[2] Je souscris également à l'opinion de mon collègue que le terme «effets» à l'article 96 de la Loi ne devrait pas être limité, comme l'a fait le Tribunal, aux effets identifiés selon le critère du surplus total. Comme mon collègue l'a relevé, l'interprétation de l'article 96 de la Loi suppose une comparaison de la puissance commerciale et des gains en efficience. La position adoptée en la matière tant aux États-Unis qu'au Canada n'est certes pas dépourvue d'ambiguïté ni à l'abri de critiques sévères: voir Robert H. Lande, «The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the

David B. Andretsch, “Divergent Views in Antitrust Economics” (1988), 33 *Antitrust Bull.* 135; Alan A. Fisher, *et al.* “Price Effects of Horizontal Mergers” (1989), 77 *Calif. L.R.* 777; Lloyd Constantine, “An Antitrust Enforcer Confronts the New Economics” (1989), 58 *Antitrust L.J.* 661; Roy M. Davidson, “When Merger Guidelines Fail to Guide” (1991), 12:4 *Canadian Competition Policy Record* 44, at page 46; Stephen F. Ross, “Afterword—Did the Canadian Parliament Really Permit Mergers that Exploit Canadian Consumers so the World can be More Efficient?” (1997), 65 *Antitrust L.J.* 641, at pages 643-646; Tim Hazledine, “Rationalism Rebuffed? Lessons from Modern Canadian and New Zealand Competition Policy” (1998), 13 *Review of Industrial Organization* 243; Jennifer Halliday, — “The Recognition, Status and Form of the Efficiency Defence to a Merger: Current Situation and Prospects for the Future”, [1999] *World Competition* 91. A review of these authorities reveals that the provision is at best confusing and puzzling. At worst, it can defeat the very purpose of the Act. I reproduce sections 96 and 1.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19] for convenience:

Purpose

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

...

96. (1) The Tribunal shall not make an order under section 92 if it finds that the merger or proposed merger in respect of which the application is made has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger and that the gains in efficiency would not likely be attained if the order were made.

Ruler of Antitrust» (1988), 33 *Antitrust Bull.* 429; David B. Andretsch, «Divergent Views in Antitrust Economics» (1988), 33 *Antitrust Bull.* 135; Alan A. Fisher, *et al.* «Price Effects of Horizontal Mergers» (1989), 77 *Calif. L.R.* 777; Lloyd Constantine, «Anti-trust Enforcer Confronts the New Economics» (1989), 58 *Antitrust L.J.* 661; Roy M. Davidson, «When Merger Guidelines Fail to Guide» (1991), 12:4 *Canadian Competition Policy Record* 44, à la page 46; Stephen F. Ross, «Afterword—Did the Canadian Parliament Really Permit Mergers that Exploit Canadian Consumers so the World can be More Efficient?» (1997), 65 *Antitrust L.J.* 641, aux pages 643 à 646; Tim Hazledine, «Rationalism Rebuffed? Lessons from Modern Canadian and New Zealand Competition Policy» (1998), 13 *Review of Industrial Organization* 243; Jennifer Halliday, «The Recognition, Status and Form of the Efficiency Defence to a Merger: Current Situation and Prospects for the Future», [1999] *World Competition* 91. L’examen de ces auteurs fait voir que cette disposition est, dans le meilleur des cas, source de confusion et de perplexité. Dans le pire des cas, elle peut aller à l’encontre de l’objet même de la Loi. Je reproduis les articles 96 et 1.1 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19] par souci de commodité:

Objet

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

[. . .]

96. (1) Le tribunal ne rend pas l’ordonnance prévue à l’article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l’objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d’entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l’ordonnance était rendue.

(2) In considering whether a merger or proposed merger is likely to bring about gains in efficiency described in subsection (1), the Tribunal shall consider whether such gains will result in

(a) a significant increase in the real value of exports; or

(b) a significant substitution of domestic products for imported products.

(3) For the purposes of this section, the Tribunal shall not find that a merger or proposed merger has brought about or is likely to bring about gains in efficiency by reason only of a redistribution of income between two or more persons.

[3] First, section 96 is broadly worded and provides no guidance as to the meaning of efficiency found in the section, the effects of the lessening of competition which are to be weighed against the efficiency gains, and the test, standard or trade-off to be applied in weighing the elements.

[4] For example, what kind of economic efficiency does section 96 of the Act refer to? Allocative efficiency which is achieved when the existing products at the allocated prices satisfy the consumers' want? Or productive efficiency which is obtained when output is produced with the most cost-effective combination of productive resources available under present technology? Or technological or dynamic efficiency which is achieved through better industrial research development and a better rate of technological progress?

[5] What are the anti-competitive effects of the merger that are to be weighed? Is it limited to dead-weight loss which occurs when, because of higher prices, consumers choose an alternative and less appropriate substitute for the product that they would have otherwise bought? Does the trade-off analysis include anti-competitive effects likely to arise in other related markets which would be affected by the merger? Does it include wealth transfers from consumers to producers that result from an exercise at market power? Are all the effects of the merger to be weighed and what weight should be given to them?

(2) Dans l'étude de la question de savoir si un fusionnement, réalisé ou proposé, entraînera vraisemblablement les gains en efficacité visés au paragraphe (1), le Tribunal évalue si ces gains se traduiront:

a) soit en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;

b) soit en une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.

(3) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas, en raison seulement d'une redistribution de revenu entre plusieurs personnes, qu'un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficacité.

[3] En premier lieu, l'article 96 a une formulation large et ne donne pas d'indications quant au sens à donner au terme «efficacité» employé dans l'article, quant aux effets de la diminution de la concurrence qui doivent être comparés aux gains en efficacité et quant au critère ou à l'analyse comparative à appliquer en vue de pondérer les éléments.

[4] Par exemple, à quelle sorte d'efficacité économique l'article 96 de la Loi fait-il référence? L'efficacité de l'affectation des ressources qui est atteinte lorsque les produits existants aux prix répartis satisfont aux désirs des consommateurs? Ou l'efficacité de la production qui est atteinte lorsque la production est réalisée par la combinaison la plus économique de ressources disponibles selon la technologie actuelle? Ou l'efficacité technologique ou dynamique réalisée par la recherche et le développement industriels de meilleure qualité et un progrès technologique plus rapide?

[5] Quels sont les effets anticoncurrentiels du fusionnement qui doivent être pondérés? Sont-ils limités à la perte sèche qui se produit lorsque les consommateurs, en raison des hausses de prix, choisissent un produit de substitution moins approprié que celui qu'ils auraient autrement acheté? L'analyse comparative s'étend-elle aux effets anticoncurrentiels qui se produiront vraisemblablement dans d'autres marchés reliés qui seraient touchés par le fusionnement? S'étend-elle aux transferts de richesses des consommateurs aux producteurs qu'entraîne l'exercice d'une puissance commerciale? Faut-il prendre en

Are they all of the same significance and value? On what basis is one effect to be preferred over the other? On what basis should some effects, if any, be ignored or discarded?

[6] What standard should be applied to the trade-off analysis required by the application of section 96? The total surplus standard chosen by the Tribunal in this case which considers only the deadweight loss and none of the redistributive effects involved in the wealth transfer from consumers to producers? Or the price standard under which efficiencies allow for mergers only if prices are to be maintained or reduced? Or the consumer surplus standard which disallows a merger where the loss of consumer surplus exceeds the efficiency gains?

[7] Second, the relationship of section 96 with section 1.1, which states the purpose of the Act, is not defined and, in fact to many, section 96 contradicts section 1.1 and defeats the purposes contained in that purpose clause. When weighing the efficiency gains of a merger against the lessening of competition, what should be done of the stated objectives of ensuring that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy as well as providing consumers with competitive prices and product choices?

[8] Third, section 96 poses no limits to the kind of mergers that can be effected and authorized as long as the efficiency gains will be greater than, and will offset, the effects of the lessening of competition and as long as these gains cannot be obtained by means other than the merger. This means that the creation of a monopoly or near monopoly through mergers could be authorized even though it would eliminate competition altogether, discourage competitive prices for consumers and would undermine, to the point of eradication, the development of small and medium-size enterprises, all these effects contrary to the purposes stated in section 1.1 of the Act.

compte tous les effets et quelle pondération faut-il leur accorder? Ont-ils tous la même importance et la même valeur? Sur quel fondement faut-il privilégier un effet par rapport à un autre? Sur quel fondement certains effets devraient-ils, le cas échéant, ne pas être pris en compte ou être écartés?

[6] Quel critère faut-il appliquer à l'analyse comparative qu'exige l'application de l'article 96? Le critère du surplus total, retenu en l'espèce par le Tribunal, qui ne prend en compte que la perte sèche et ne considère pas les effets de redistribution résultant du transfert de richesses des consommateurs aux producteurs? Ou le critère du prix selon lequel les gains en efficience ne justifient un fusionnement qu'à la condition que les prix soient maintenus ou réduits? Ou le critère du surplus du consommateur qui ne permet pas un fusionnement lorsque la perte du surplus du consommateur excède les gains en efficience?

[7] En deuxième lieu, la relation de l'article 96 avec l'article 1.1, qui expose l'objet de la Loi, n'est pas définie et, en fait, nombreux sont ceux qui estiment que l'article 96 contredit l'article 1.1 et va à l'encontre des objectifs définis dans cette disposition de déclaration d'objet. Dans la comparaison des gains en efficience avec la diminution de la concurrence, quelle importance faut-il accorder aux objectifs déclarés d'assurer aux petites et moyennes entreprises une chance honnête de participer à l'économie canadienne et d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits?

[8] Troisièmement, l'article 96 ne fixe pas de limites au type de fusionnements qui peuvent être réalisés et autorisés dans la mesure où les gains en efficience surpasseront et neutraliseront les effets de la diminution de la concurrence et où ces gains ne peuvent être réalisés par d'autres moyens que le fusionnement. Cela signifie que la création d'un monopole ou d'un quasi-monopole par la voie de fusionnements pourrait être autorisée, même si cela éliminerait complètement la concurrence, découragerait les prix concurrentiels pour les consommateurs et entraverait le développement des petites et moyennes entreprises, au point de les faire disparaître, tous des effets contraires aux objectifs déclarés à l'article 1.1 de la Loi.

[9] Fourth, the problems created by section 96 are compounded by the fact that the provision is mandatory. The Tribunal shall not make an order preventing a merger where the undefined and elusive balancing test of section 96 is met.

[10] Fifth, section 96 appears to have no geographical scope or limit so that efficiency gains made for the benefit of foreign corporations to the detriment of Canadian workers and consumers could be counted in the trade-off analysis that the provision requires. Or are mergers to be approved only if the efficiency gains in Canada exceed the losses in Canada? In the increasing context of globalization of trade and commerce, not to mention international trade treaties such as the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44 and the *World Trade Organization Agreement Implementation Act*, S.C. 1994, c. 47, Schedules I-IV, the issue of whether the balancing test applicable under section 96 is global or limited in its application to Canada becomes crucial. Yet, the provision still provides no guidance in this respect.

[11] It is no wonder that conflicting views on the scope of section 96 have emerged and that the section, in search of predictability and workability, has been read down by eliminating some of the significant effects of the lessening of competition. It also comes as no surprise that many, influenced as they were by the Chicago school of thought in antitrust matters, concluded, as the Tribunal did in the present case, that efficiency of the economy overrides competition even with respect to an Act designed to maintain and promote competition.

[12] It is true as Mr. Justice Iacobucci said in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at page 772 that the focus of the Act is on economy rather than law or, if one prefers, that the “aims of the Act are more ‘economic’ than they are strictly ‘legal’”. But section 96 really begs the question: what kind of economy?

[9] Quatrièmement, les problèmes créés par l'article 96 sont aggravés par le fait que la disposition est obligatoire. Le Tribunal ne doit pas rendre d'ordonnance empêchant le fusionnement lorsqu'il est satisfait au critère de pondération non défini et insaisissable de l'article 96.

[10] Cinquièmement, l'article 96 ne semble pas avoir de limite ou de portée géographique de sorte que les gains en efficacité réalisés en faveur de sociétés étrangères au détriment des travailleurs et des consommateurs canadiens pourraient être pris en compte dans l'analyse comparative prescrite par cette disposition. Ou les fusionnements ne doivent-ils être approuvés que si les gains en efficacité au Canada excèdent les pertes au Canada? Dans le contexte de la mondialisation croissante du commerce, sans parler des accords de commerce international comme la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44 et la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47, annexes I à IV, la question de savoir si le critère de pondération à appliquer dans le cadre de l'article 96 est mondial ou s'il est limité dans son application au Canada est cruciale. Pourtant, la disposition ne fournit pas d'indications à cet égard.

[11] Il n'est pas étonnant que des positions contradictoires aient été prises au sujet de la portée de l'article 96 et que, en quête de prévisibilité et d'applicabilité, on ait atténué la disposition en écartant certains des effets importants de la diminution de la concurrence. Il n'est pas étonnant non plus que de nombreuses personnes, sous l'influence de l'école de Chicago en matière antitrust, aient conclu, comme l'a fait le Tribunal en l'espèce, que l'efficacité de l'économie prime sur la concurrence même en ce qui concerne une loi visant à préserver et à favoriser la concurrence.

[12] Il est exact, comme l'a dit le juge Iacobucci dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, à la page 772, que la Loi est axée sur l'économie plutôt que le droit ou, si l'on préfère, que «les objectifs visés par la Loi sont davantage “économiques” que strictement “juridiques”». Mais l'article 96 ne fait que poser la

Monopolistic, competitive or a proper balance between these two poles?

[13] The Tribunal found that the merger was likely to prevent competition substantially in Atlantic Canada and to lessen competition substantially in co-ordination services offered to national account customers: see decision [*Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2000] C.C.T.D. No. 15 (QL)], paragraphs 310 and 313. There was also conclusive evidence that, in many large areas of the country, the merger would not merely lessen competition, but would in fact eliminate it and create monopolies. The following Chart illustrates the impact of the merger with respect to monopolies or near monopolies: see Compendium of the appellant, page 001327:

Table 4
Geographical Markets with
Merger-to-Monopoly

Market	Pre-Merger		Post-Merger
	SPI %	ICG %	SPI %
Val-d'Or	74	23	97
Sept-Îles/Baie Comeau	55	45	100
Bancroft/Pembroke/Eganville	92	5	97
Dryden/Fort Frances/Kenora/Ignace	47	52	99
Echo Bay/Sault Ste Marie	55	44	99
Hearst/Wawa/Manitouwadge/Marathon	43	53	96
Little Current/Sudbury	51	48	99
North Bay	81	16	97
Thunder Bay	46	54	100
Fort McMurray	32	67	99
Whitecourt	55	45	100
Burns Lake/Terrace/Smithers/Prince Rupert	62	37	99
Fort Nelson	44	56	100
Valemont	43	57	100
Watson Lake	25	75	100
Whitehorse	33	67	100

[14] The Tribunal, in view of its conclusion that efficiency is the paramount objective of the Act, ignored as an effect of the merger the fact that monopolies in certain product markets would ensue and failed to give any weight to that effect in its analysis under section 96. The Act maintains and promotes competition. It assumes that economic efficiency will generally and primarily develop through competition. It also accepts in section 96 that,

question: quelle sorte d'économie? Monopoliste, concurrentielle ou un équilibre convenable entre ces deux pôles?

[13] Le Tribunal a conclu que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence dans les provinces de l'Atlantique et de diminuer sensiblement la concurrence dans le domaine des services de coordination offerts aux clients qui constituent des comptes nationaux: voir la décision [*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2000] D.T.C.C. n° 15 (QL)], paragraphes 310 et 313. Il y avait également une preuve concluante que, dans de nombreuses grandes régions du pays, le fusionnement ne ferait pas que diminuer la concurrence, mais l'éliminerait et créerait des monopoles. Le tableau suivant illustre l'impact du fusionnement en ce qui concerne les monopoles ou quasi-monopoles: voir l'abrégé de l'appelant, page 001327:

Tableau 4
Marchés géographiques où le fusionnement
mènerait à un monopole

Marché	Avant fusion		Après fusion
	SPI %	ICG %	SPI %
Val-d'Or	74	23	97
Sept-Îles/Baie-Comeau	55	45	100
Bancroft/Pembroke/Eganville	92	5	97
Dryden/Fort Frances/Kenora/Ignace	47	52	99
Echo Bay/Sault-Ste.-Marie	55	44	99
Hearst/Wawa/Manitouwadge/Marathon	43	53	96
Little Current/Sudbury	51	48	99
North Bay	81	16	97
Thunder Bay	46	54	100
Fort McMurray	32	67	99
Whitecourt	55	45	100
Burns Lake/Terrace/Smithers/Prince Rupert	62	37	99
Fort Nelson	44	56	100
Valemont	43	57	100
Watson Lake	25	75	100
Whitehorse	33	67	100

[14] Le Tribunal, en raison de sa conclusion que l'efficacité est l'objectif premier de la Loi, n'a pas tenu compte parmi les effets du fusionnement du fait qu'il en résulterait des monopoles dans certains marchés du produit et n'a attaché aucune importance à cet effet dans son analyse fondée sur l'article 96. La Loi préserve et favorise la concurrence. Elle présume que l'efficacité économique se développera généralement et fondamentalement par la concurrence.

in some cases, a reduction in competition can and will produce more efficiency than competition as it existed before merger.

[15] In my respectful view, however, section 96 was not meant to authorize the creation of monopolies since it would defeat the purpose of section 1.1. The section was not intended to authorize mergers resulting in monopolies whereby, contrary to section 1.1, competition is eliminated, small and medium-sized enterprises are not able to enter or survive in the market and consumers are deprived of competitive prices.

[16] As the Supreme Court of the United States has asserted repeatedly with respect to the U.S. antitrust laws, "Congress was dealing with competition, which it sought to protect, and monopoly, which it sought to prevent": *Standard Oil v. Federal Trade Commission*, 340 U.S. 231 (1951), at pages 248-249 quoting *A. E. Staley Mfg. Co. v. Federal Trade Commission*, 135 F.2d 453 (7th Cir. 1943), at page 455". As my colleague pointed out, a similar expression of intent can be found in the Minister's (Minister of Consumer and Corporate Affairs and Canada Post) statement in the House of Commons where he reasserted in presenting the Bill that the ultimate objective of the Act was to provide consumers with competitive prices and product choices.

[17] I agree with my colleague that the application of a balancing test requires a flexibility that the total surplus standard does not provide. It is true that a flexible approach may not yield the predictability that the assumptions and presumptions underlying the total surplus standard afford. However, if predictability is the preferred option, Parliament is at liberty to revisit section 96 and say so.

[18] Finally, contrary to my colleague, I believe the Tribunal erred when it put on the Commissioner the legal burden (i.e., the burden of persuasion) of proving the effects of the lessening of competition. In practice,

Elle accepte également à l'article 96 que, dans certains cas, une réduction de la concurrence peut produire et produira plus d'efficacité que la concurrence qui existait avant le fusionnement.

[15] Toutefois, à mon avis, l'article 96 ne visait pas à autoriser la création de monopoles, car cela irait à l'encontre de l'objet défini à l'article 1.1. L'article ne visait pas à permettre les fusionnements entraînant des monopoles, par suite desquels, contrairement à l'article 1.1, la concurrence est éliminée, les petites et moyennes entreprises sont incapables d'entrer sur le marché ou d'y survivre et les consommateurs sont privés de prix concurrentiels.

[16] Ainsi que la Cour suprême des États-Unis l'a rappelé à plusieurs reprises au sujet des lois antitrust américaines, [TRADUCTION] «le Congrès traitait de la concurrence, qu'il cherchait à protéger, et du monopole, qu'il cherchait à empêcher»: *Standard Oil v. Federal Trade Commission*, 340 U.S. 231 (1951), aux pages 248 et 249 citant *A. E. Staley Mfg. Co. v. Federal Trade Commission*, 135 F.2d 453 (7th Cir. 1943), à la page 455». Ainsi que mon collègue l'a indiqué, on trouve une déclaration semblable sur l'intention du législateur dans le discours prononcé par le ministre (Ministre de la Consommation et des Corporations et de Postes Canada) à la Chambre des communes à l'occasion de la présentation du projet de loi, où il a réaffirmé que l'objectif ultime de la Loi était d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

[17] Je souscris à l'opinion de mon collègue que l'application d'un critère de pondération exige une souplesse que le critère du surplus total ne permet pas. Il est vrai qu'une méthode souple peut ne pas assurer la même prévisibilité que les hypothèses et présomptions sous-jacentes au critère du surplus total. Cependant, si la prévisibilité est l'option privilégiée, il est loisible au Parlement de revoir l'article 96 et de le dire.

[18] Enfin, contrairement à mon collègue, j'estime que c'est à tort que le Tribunal a imposé au commissaire le fardeau (de persuasion) de prouver les effets de la diminution de la concurrence. En prati-

the merging parties will lead evidence of efficiency gains and of some of the effects of the lessening of competition. This is the evidential burden. They need to do that to establish that the gains offset the effects. Of course, the tendency for the merging parties might be to increase the amount of gains and downplay the effects of the lessening of competition. This is why, as we have seen in this case, the Commissioner also bears in practice an evidential burden, that is the burden of leading evidence as to both components of the efficiency defence to alert the Tribunal to what the real, as opposed to the alleged, gains and effects are. In the end, however, the legal burden is on the merging parties to convince the Tribunal, first, that the efficiency gains are of the amount that they have contended, second, that the effects of the lessening of competition are those that they have identified and not those submitted by the Commissioner, and third, that the efficiency gains are greater than, and will offset, the effects.

[19] I agree with the respondents that the Commissioner, with his statutory investigative powers, may be in a better position to gather information relevant to the effects and, indeed, that it would have done so in the context of the application of section 92 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37] to which section 96 is a defence. The availability of statutory investigative powers will, indeed, enable the Commissioner to assume his evidentiary burden of gathering and filing relevant evidence to counter and rebut the allegations and evidence of the merging parties as to the effects of the lessening of competition. However, this is not sufficient to transfer the legal burden of proving these effects on the Commissioner. Indeed, there is no rationale and justification for putting on the Commissioner the burden of persuasion on one of the three components of the efficiency defence.

[20] In conclusion, I would dispose of the matter as proposed by my colleague, except as to costs where

que, les parties au fusionnement vont présenter la preuve des gains en efficience et de certains effets de la diminution de la concurrence. C'est le fardeau de preuve. Elles doivent le faire pour établir que les gains neutralisent les effets. Sans doute, les parties au fusionnement peuvent avoir tendance à augmenter le montant des gains et à minimiser les effets de la diminution de la concurrence. C'est pourquoi le commissaire, ainsi que nous l'avons vu en l'espèce, a lui aussi en pratique un fardeau de preuve, à savoir le fardeau de présenter une preuve sur les deux composantes de la défense fondée sur les gains en efficience pour éveiller l'attention du Tribunal sur les gains et effets réels, par opposition à ceux qui sont allégués. En dernier analyse, toutefois, le fardeau de persuasion incombe aux parties à la fusion; il leur incombe de convaincre le Tribunal, premièrement, que les gains en efficience correspondent au montant allégué, deuxièmement, que les effets de la diminution de la concurrence sont ceux qu'elles ont identifiés et non ceux qui ont été présentés par le commissaire et, troisièmement, que les gains en efficience surpassent et neutraliseront les effets.

[19] Je conviens avec les intimées que le commissaire, du fait des pouvoirs d'enquête que lui confère la Loi, peut être mieux placé pour recueillir des renseignements relatifs aux effets et, à vrai dire, qu'il aurait recueilli ces renseignements dans le cadre de l'application de l'article 92 [édicé par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37] par rapport auquel l'article 96 constitue une défense. Les pouvoirs d'enquête conférés au commissaire par la Loi lui permettront de s'acquitter de son fardeau de preuve en recueillant et en produisant des éléments de preuve pour repousser et réfuter les allégations et la preuve des parties au fusionnement au sujet des effets de la diminution de la concurrence. Cependant, cela ne suffit pas pour transférer au commissaire le fardeau de prouver ces effets. En effet, rien ne justifie d'imposer au commissaire le fardeau de prouver l'un des trois éléments de la défense fondée sur les gains en efficience.

[20] En conclusion, je serais d'avis de trancher l'affaire comme le propose mon collègue, sauf en ce

I would make no apportionment in view of my conclusion that the Tribunal also erred on the issue of the legal burden of proof.

qui concerne les dépens, où j'estime qu'ils ne devraient pas être partagés étant donné que je conclus que le Tribunal a également commis une erreur sur la question du fardeau de preuve.

* * *

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

EVANS J.A.:

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[21] This is an appeal from a decision of the Competition Tribunal (the Tribunal), dated August 30, 2000, dismissing an application by the Commissioner of Competition (the Commissioner) for an order to dissolve the merger of the respondents, Superior Propane Inc. and ICG Propane Inc., or otherwise to remedy the lessening of competition likely to occur in the propane delivery market in Canada as a result of the merger.

A. INTRODUCTION

[21] Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision du Tribunal de la concurrence (le Tribunal), en date du 30 août 2000, rejetant une demande du commissaire de la concurrence (le commissaire) visant à obtenir une ordonnance enjoignant de dissoudre le fusionnement des intimées, Supérieur Propane Inc. et ICG Propane Inc., ou de remédier de toute autre manière à la diminution de la concurrence que le fusionnement entraînera vraisemblablement sur le marché de la livraison du propane au Canada.

[22] The appeal raises a question of fundamental importance to the administration of the *Competition Act* that has been the subject of vigorous debate among economists and lawyers in Canada and elsewhere. Indeed, the issue is one on which the Commissioner, and his predecessor, the Director of Investigation and Research, Bureau of Competition Policy, have at different times propounded more than one view. However, the volume of the literature to which it has given rise far exceeds that of the jurisprudence and, prior to the decision under appeal, the question had been the subject of judicial comment in only one case.

[22] L'appel soulève une question d'importance fondamentale pour l'administration de la *Loi sur la concurrence*, qui a fait l'objet d'un vigoureux débat parmi les économistes et les avocats au Canada et ailleurs. En fait, il s'agit d'une question sur laquelle le commissaire et son prédécesseur, le directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la politique de la concurrence, ont proposé à divers moments une position qui n'a pas toujours été la même. Toutefois, la doctrine consacrée à la question est de loin plus abondante que la jurisprudence, puisque, avant la décision attaquée en appel, la question n'avait été abordée par un juge que dans une seule affaire.

[23] The question concerns the scope of the so-called "efficiency defence". Under this statutory defence, a merger must be permitted, even though it is likely to prevent or substantially lessen competition in a particular market, if the efficiency gains flowing from the merger are greater than, and offset, the

[23] La question concerne la portée de ce qu'on appelle la «défense fondée sur les gains en efficience». Selon ce moyen de défense prévu par la loi, un fusionnement doit être permis, même s'il aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur un marché particulier,

effects of the lessening of competition.

[24] The precise issue raised by this appeal is whether, for the purpose of the efficiency defence, the “effects” of an anti-competitive merger are limited as a matter of law to the loss of resources to the economy as a whole (the deadweight loss), or whether they include a wider range of the effects of a substantial lessening of competition. The latter would include the wealth transfer from consumers to producers that occurs when the merged entity exercises its market power to increase prices above competitive levels, the elimination of smaller competitors from the market, and the creation of a monopoly.

[25] The Tribunal held that the merger would substantially lessen or prevent competition in nearly all local propane markets in Canada, as well as in the market for national account co-ordination services associated with the delivery of propane. The total divestiture by Superior of all of ICG’s shares and assets was found to be the only appropriate remedy to prevent this. However, by a majority the Tribunal also concluded that, since the merger was likely to result in efficiency gains of \$29.2 million, and would result in only \$3.0 million of quantitative deadweight loss and \$3.0 million of qualitative deadweight loss, the merger was saved by the efficiency defence contained in the *Competition Act*.

[26] Using the “total surplus standard”, the Tribunal concluded that the deadweight loss was the sole “effect” of the lessening of competition that must be balanced against the efficiency gains. Accordingly, the Tribunal treated as irrelevant all other effects, including the size of the wealth transfer from consumers to Superior as a result of the higher than competitive market prices that Superior was likely to charge for propane as a result of the merger.

si les gains en efficience découlant du fusionnement surpassent et neutralisent les effets de la diminution de la concurrence.

[24] La question précise soulevée dans le présent appel est de savoir si, dans le cadre de la défense fondée sur les gains en efficience, les «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel se limitent, en droit, à la perte de ressources pour l’économie dans son ensemble (la perte sèche), ou s’ils comprennent une gamme plus étendue d’effets d’une diminution sensible de la concurrence. Cela comprendrait le transfert de richesse des consommateurs aux producteurs qui se produit lorsque l’entité fusionnée exerce sa puissance commerciale pour hausser les prix au-dessus des niveaux concurrentiels, l’élimination du marché des petits concurrents et la création d’un monopole.

[25] Le Tribunal a statué que le fusionnement empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence sur presque tous les marchés locaux de propane au Canada, ainsi que sur le marché des services de coordination des comptes nationaux associés à la livraison du propane. Il a jugé que le seul moyen approprié d’empêcher ce résultat était que Supérieur se dessaisisse de l’ensemble des actions et éléments d’actif d’ICG. Toutefois, le Tribunal a également conclu, à la majorité, que le fusionnement était protégé par la défense fondée sur les gains en efficience que prévoit la *Loi sur la concurrence*, puisque le fusionnement entraînerait vraisemblablement des gains en efficience de 29,2 millions de dollars et n’entraînerait que 3 millions de dollars de perte sèche quantitative et 3 millions de dollars de perte sèche qualitative.

[26] Appliquant le «critère du surplus total», le Tribunal a conclu que la perte sèche était le seul «effet» de la diminution de la concurrence qu’il fallait comparer avec les gains en efficience. Le Tribunal a donc traité comme non pertinents tous les autres effets, notamment le volume du transfert de richesse des consommateurs à Supérieur par suite des prix de marché plus élevés que les prix concurrentiels que Supérieur demanderait vraisemblablement pour le propane par suite du fusionnement.

B. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[27] The statutory provisions relevant to this appeal are as follows:

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34

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

...

92. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially

- (a) in a trade, industry or profession,
- (b) among the sources from which a trade, industry or profession obtains a product,
- (c) among the outlets through which a trade, industry or profession disposes of a product, or
- (d) otherwise than as described in paragraphs (a) to (c), the Tribunal may, subject to sections 94 to 96,
- (e) in the case of a completed merger, order any party to the merger or any other person
 - (i) to dissolve the merger in such manner as the Tribunal directs,
 - (ii) to dispose of assets or shares designated by the Tribunal in such manner as the Tribunal directs, or

...

(2) For the purpose of this section, the Tribunal shall not find that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially solely on the basis of evidence of concentration or market share.

...

B. LE CADRE LÉGISLATIF

[27] Les dispositions législatives pertinentes sont les suivantes:

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34

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

[. . .]

92. (1) Dans les cas où, à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet:

- a) dans un commerce, une industrie ou une profession;
- b) entre les sources d'approvisionnement auprès desquelles un commerce, une industrie ou une profession se procure un produit;
- c) entre les débouchés par l'intermédiaire desquels un commerce, une industrie ou une profession écoule un produit;
- d) autrement que selon ce qui est prévu aux alinéas a) à c), le Tribunal peut, sous réserve des articles 94 à 96:
- e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non:
 - (i) de le dissoudre, conformément à ses directives,
 - (ii) de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif et des actions qu'il indique,

[. . .]

(2) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas qu'un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou qu'il aura vraisemblablement cet effet, en raison seulement de la concentration ou de la part du marché.

[. . .]

96. (1) The Tribunal shall not make an order under section 92 if it finds that the merger or proposed merger in respect of which the application is made has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger and that the gains in efficiency would not likely be attained if the order were made.

(2) In considering whether a merger or proposed merger is likely to bring about gains in efficiency described in subsection (1), the Tribunal shall consider whether such gains will result in

(a) a significant increase in the real value of exports; or

(b) a significant substitution of domestic products for imported products.

(3) For the purposes of this section, the Tribunal shall not find that a merger or proposed merger has brought about or is likely to bring about gains in efficiency by reason only of a redistribution of income between two or more persons.

*Competition Tribunal Act, R.S.C.,
1985, (2nd Supp.) c. 19*

2. . . .

2. “judicial member” means a member of the Tribunal appointed under paragraph 3(2)(a).

. . .

3. (1) There is hereby established a tribunal to be known as the Competition Tribunal.

(2) The Tribunal shall consist of

(a) not more than four members to be appointed from among the judges of the Federal Court—Trial Division by the Governor in Council on the recommendation of the Minister of Justice; and

(b) not more than eight other members to be appointed by the Governor in Council on the recommendation of the Minister.

(3) The Governor in Council may establish an advisory council to advise the Minister with respect to appointments of lay members, which council is to be composed of not more than ten members who are knowledgeable in economics, industry, commerce or public affairs and may include, without restricting the generality of the foregoing, individuals chosen from business communities, the legal

96. (1) Le Tribunal ne rend pas l’ordonnance prévue à l’article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l’objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d’entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l’ordonnance était rendue.

(2) Dans l’étude de la question de savoir si un fusionnement, réalisé ou proposé, entraînera vraisemblablement les gains en efficacité visés au paragraphe (1), le Tribunal évalue si ces gains se traduiraient:

a) soit en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;

b) soit en une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.

(3) Pour l’application du présent article, le Tribunal ne conclut pas, en raison seulement d’une redistribution de revenu entre plusieurs personnes, qu’un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficacité.

*Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C.
(1985), (2^e suppl.), ch. 19*

2. [. . .]

2. «juge» Membre du Tribunal nommé en application de l’alinéa 3(2)a).

[. . .]

3. (1) Est constitué le Tribunal de la concurrence.

(2) Le Tribunal se compose:

a) d’au plus quatre membres nommés par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre de la Justice et choisis parmi les juges de la Section de première instance de la Cour fédérale;

b) d’au plus huit autres membres nommés par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre.

(3) Le gouverneur en conseil peut constituer un conseil consultatif chargé de conseiller le ministre en ce qui concerne la nomination des autres membres et composé d’au plus dix personnes versées dans les affaires publiques, économiques, commerciales ou industrielles. Sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, ces personnes peuvent être des individus appartenant à la collectivité

community, consumer groups and labour.

(4) The Minister shall consult with any advisory council established under subsection (3) before making a recommendation with respect to the appointment of a lay member.

...

10. (1) Subject to section 11, every application to the Tribunal shall be heard before not less than three or more than five members sitting together, at least one of whom is a judicial member and at least one of whom is a lay member.

...

12. (1) In any proceedings before the Tribunal,

(a) questions of law shall be determined only by the judicial members sitting in those proceedings; and

(b) questions of fact or mixed law and fact shall be determined by all the members sitting in those proceedings.

13. (1) Subject to subsection (2), an appeal lies to the Federal Court of Appeal from any decision or order, whether final, interlocutory or interim, of the Tribunal as if it were a judgment of the Federal Court—Trial Division.

(2) An appeal on a question of fact lies under subsection (1) only with the leave of the Federal Court of Appeal.

C. THE TRIBUNAL'S DECISION

[28] The Tribunal heard this matter over 48 days; 39 days were devoted to hearing from 91 witnesses, including 17 experts, at least 10 of whom have a Ph.D. in economics, while submissions from counsel took another 9 days. The reasons for decision of the majority of the Tribunal (the presiding judicial member, Nadon J., and one of the lay members, Dr. Schwartz, an economist) run to some 469 paragraphs. There are also substantial dissenting reasons by the second lay member, Ms. Lloyd, covering, in part, issues that lie at the heart of this appeal.

[29] The first 317 paragraphs of the majority's reasons, written by Nadon J., deal at length with whether the merger would prevent or substantially lessen competition within the meaning of section 92 of the *Competition Act*. The Tribunal was unanimous in

juridique, à des groupes de consommateurs, au monde des affaires et au monde du travail.

(4) Avant de recommander la nomination d'un autre membre, le ministre demande l'avis du conseil consultatif constitué en application du paragraphe (3).

[. . .]

10. (1) Sous réserve de l'article 11, toute demande présentée au Tribunal est entendue par au moins trois mais au plus cinq membres siégeant ensemble et, parmi lesquels il doit y avoir au moins un juge et un autre membre.

[. . .]

12. (1) Dans toute procédure devant le Tribunal:

a) seuls les juges qui siègent ont compétence pour trancher les questions de droit;

b) tous les membres qui siègent ont compétence pour trancher les questions de fait ou de droit et de fait.

13. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les décisions ou ordonnances du Tribunal, que celles-ci soient définitives, interlocutoires ou provisoires, sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel fédérale tout comme s'il s'agissait de jugements de la Section de première instance de cette Cour.

(2) Un appel sur une question de fait n'a lieu qu'avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale.

C. LA DÉCISION DU TRIBUNAL

[28] Les audiences ont duré 48 jours: 39 jours ont été consacrés à l'audition des 91 témoins, au rang desquels figuraient 17 experts, dont au moins 10 étaient titulaires d'un doctorat en économie, et l'argumentation des avocats a pris 9 jours. Les motifs de la décision de la majorité du Tribunal (le juge Nadon, président, et l'un des membres non-juges, M. Schwartz, un économiste) occupent 469 paragraphes. Il y a également des motifs dissidents élaborés du deuxième membre non-juge, M^{me} Lloyd, qui couvrent en partie les questions qui sont au cœur du présent appel.

[29] Les 317 premiers paragraphes des motifs de la majorité, rédigés par le juge Nadon, traitent dans le détail de la question de savoir si le fusionnement empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence au sens de l'article 92 de la *Loi sur la concurren-*

concluding that it would and, since the Tribunal's conclusion on this is not the subject of appeal, I can deal with its findings relatively briefly.

[30] First, the Tribunal found that the merger would not substantially lessen competition in only 8 of 74 local markets for the supply of propane: paragraph 307 of the reasons. At the other extreme, in 16 markets the merged entity would have a monopoly or near monopoly, that is, a market share ranging from 97% to 100%: paragraph 306. And, in another 16 markets, where there was already substantial market concentration, the merger would remove healthy competition: paragraph 308. The remaining 33 markets were in an intermediate category in that, while Superior and ICG were the largest sellers of propane, and the merger was likely to lessen competition substantially, competition from other suppliers would continue after the merger: paragraph 309. Finally, the Tribunal found that the merger would lessen competition substantially in the co-ordination services offered to national account customers, leaving the merged entity as the only firm in Canada serving this market: paragraph 310.

[31] Second, the demand for propane is fairly inelastic, that is, consumers are relatively insensitive to price increases. Although some consumers purchase propane for less than essential purposes, such as heating their swimming pools, most purchase it for home heating, automotive fuel and industrial purposes. Consequently, propane is not a discretionary item that most consumers can choose to forego.

[32] Moreover, the cost of switching from propane to an alternative form of fuel is relatively high. For example, consumers who purchase propane to heat their homes will normally be deterred from substituting oil as a heating fuel by the considerable expense of converting to an oil burning furnace unless, for instance, their furnace is at the end of its useful life: paragraphs 24-25.

rence. Le Tribunal a conclu à l'unanimité que c'était effectivement le cas et, puisque sa décision sur ce point n'est pas attaquée en appel, je ne rappellerai que brièvement ses conclusions.

[30] Premièrement, le Tribunal a conclu que le fusionnement ne diminuerait pas sensiblement la concurrence sur 8 seulement des 74 marchés locaux de fourniture de propane: paragraphe 307 des motifs. À l'autre extrême, sur 16 marchés, l'entité fusionnée aurait un monopole ou un quasi-monopole, c'est-à-dire une part de marché comprise entre 97 % et 100 %: paragraphe 306. Et, sur 16 autres marchés, présentant déjà une concentration du marché élevée, le fusionnement éliminerait une saine concurrence: paragraphe 308. Les 33 autres marchés formaient une catégorie intermédiaire: Supérieur et ICG y étaient les plus gros vendeurs de propane et le fusionnement allait vraisemblablement entraîner une diminution sensible de la concurrence, mais la concurrence des autres fournisseurs se poursuivrait après le fusionnement: paragraphe 309. Enfin, le Tribunal a conclu que le fusionnement diminuerait sensiblement la concurrence dans les services de coordination offerts aux clients qui constituent des comptes nationaux, l'entité fusionnée étant la seule entreprise desservant ce marché au Canada: paragraphe 310.

[31] Deuxièmement, la demande de propane est assez inélastique, c'est-à-dire que les consommateurs sont relativement insensibles aux hausses de prix. Bien que certains consommateurs achètent le propane pour des besoins qui ne sont pas essentiels, comme le chauffage de leur piscine, la plupart l'achètent pour le chauffage résidentiel, comme carburant automobile et pour des usages industriels. Par conséquent, le propane n'est pas un article facultatif dont la plupart des consommateurs peuvent choisir de se passer.

[32] De plus, le coût de remplacement du propane par une autre forme de combustible est relativement élevé. Par exemple, les consommateurs qui achètent du propane pour le chauffage résidentiel sont normalement dissuadés de passer au mazout par le coût considérable de la conversion à une chaudière au mazout, à moins que, par exemple, leur chaudière soit à la fin de sa durée de vie utile: paragraphes 24 et 25.

[33] Third, relatively high barriers to entry face potential competitors in the market and hence increase the ability of the merged entity to raise prices above the competitive level. For example, consumers are often required to sign exclusive supply contracts stipulating that for five years they will purchase propane exclusively from the supplier and that, in the case of Superior, when the contract expires, consumers will give the supplier the right of first refusal. These supply contracts often contain lengthy notice of termination clauses that, in the case of ICG, require consumers to give 180 days notice prior to the termination date of the contract. In the absence of such notice, the contract is automatically renewed: paragraphs 132-146.

[34] Another factor that makes switching suppliers difficult and costly is that the supplier, rather than the consumer, typically owns the propane tank: paragraph 147. In addition, a reputation for reliable delivery is an important factor in this market and consumers are therefore reluctant to switch to a new supplier with no established reputation: paragraph 154. Finally, new entrants are also likely to be discouraged by the maturity of the market; that is, there is little potential for growth in the demand for propane: paragraph 158.

[35] In support of these findings on market entry barriers, the Tribunal noted that, when Imperial Oil Limited, a very large corporation, entered the market for propane distribution in 1990, it withdrew after nine years because market barriers made the venture uneconomic. Since then, no other entrants of comparable size or stature have materialized: paragraph 153.

[36] On the basis of considerations of the kind noted above, the Tribunal concluded that, as a result of the merger, the merged entity was likely to increase the price of propane by an average of 8%: paragraphs 252-253. Having found that the merger would lead to

[33] Troisièmement, il existe des entraves considérables à l'accès au marché de concurrents potentiels, qui se trouvent à augmenter la capacité de l'entité fusionnée de hausser les prix au-dessus du niveau concurrentiel. Par exemple, les consommateurs sont souvent obligés de signer des contrats d'approvisionnement exclusifs stipulant que, pour une durée de cinq ans, ils vont acheter le propane exclusivement du fournisseur et que, dans le cas de Supérieur, à l'expiration du contrat, ils lui donneront le droit de premier refus. Ces contrats d'approvisionnement contiennent également des clauses prévoyant un avis de résiliation donné longtemps à l'avance; dans le cas d'ICG, les consommateurs doivent donner un avis de résiliation 180 jours avant l'échéance du contrat. À défaut de cet avis, le contrat est automatiquement renouvelé: paragraphes 132 à 146.

[34] Un autre facteur qui contribue à rendre difficile et coûteux le changement de fournisseur, c'est que, ordinairement, c'est le fournisseur, et non le consommateur, qui est propriétaire du réservoir de propane: paragraphe 147. En outre, la réputation quant à la sûreté de l'approvisionnement constitue un facteur important sur ce marché et les consommateurs hésitent à passer à un nouveau fournisseur dont la réputation n'est pas établie: paragraphe 154. Enfin, les nouveaux venus risquent aussi d'être découragés par le développement avancé du marché, c'est-à-dire un marché où il n'y a guère de potentiel de croissance en ce qui concerne la demande de propane: paragraphe 158.

[35] À l'appui de ces conclusions sur les entraves à l'accès au marché, le Tribunal a noté que la Compagnie Pétrolière Impériale Ltée, une très grande société, après être entrée sur le marché de la distribution du propane en 1990, s'est retirée neuf ans plus tard parce que les entraves à l'accès rendaient l'affaire non rentable. Depuis lors, aucune autre entreprise d'une taille ou d'une importance comparable n'a tenté d'entrer sur ce marché: paragraphe 153.

[36] Sur la base de considérations de la nature de celles qui ont été rappelées ci-dessus, le Tribunal a conclu que, par suite du fusionnement, l'entité fusionnée augmenterait vraisemblablement le prix du propane de 8 % en moyenne: paragraphes 252 et 253.

a substantial lessening of competition contrary to section 92, the Tribunal concluded that only a total divestiture by Superior of all ICG's assets and shares would restore competition to the pre-merger level: paragraphs 314 and 316.

[37] The Tribunal then proceeded to a consideration of the efficiency defence under section 96. It held that the merging parties had the burden of proving the efficiencies that would not have been generated but for the merger, while the Commissioner bore the burden of proving the anti-competitive effects, since he was in the better position to do so by virtue of the investigative powers conferred on him by the Act: paragraph 403. The merging parties had the burden of establishing that the resulting efficiencies would be greater than and offset the anti-competitive effects of the merger.

[38] The majority calculated the net efficiency savings that would result from the merger, and could not have been achieved by other means, to be \$29.2 million in each of the next ten years: paragraph 383. Ms. Lloyd dissented from the majority's view on this issue and held that the evidence before the Tribunal was insufficient to support this figure: paragraph 470. However, there is no appeal from this aspect of the Tribunal's decision and it is unnecessary to say more about it here.

[39] Having made its entry on the "efficiency" side of the ledger, the Tribunal then considered the "effects" that would result from the "lessening or prevention of competition" if the merger was approved. The submissions and evidence before the Tribunal on this question went to two issues: the definition of "effects" for the purpose of section 96 and their quantification. The principal question in this appeal concerns the Tribunal's conclusion on the first of these issues.

[40] The Tribunal had before it evidence describing various methodologies developed by economists for determining the effects of an anti-competitive merger.

Ayant conclu que le fusionnement entraînerait une diminution sensible de la concurrence, à l'encontre de l'article 92, le Tribunal a décidé que Supérieur devait se dessaisir de l'ensemble des éléments d'actif et des actions d'ICG, seul moyen de rétablir la concurrence au niveau antérieur au fusionnement: paragraphes 314 et 316.

[37] Le Tribunal a ensuite examiné la défense fondée sur les gains en efficience, prévue à l'article 96. Il a jugé que les parties au fusionnement avaient le fardeau de prouver les gains en efficience qui n'auraient pas été obtenus sans la fusion, tandis que le commissaire avait le fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels, puisqu'il est mieux placé pour le faire en raison des pouvoirs d'enquête qui lui sont conférés par la Loi: paragraphe 403. Les parties au fusionnement avaient le fardeau d'établir que les gains en efficience surpasseraient et neutraliseraient les effets anticoncurrentiels du fusionnement.

[38] La majorité a établi les gains nets en efficience devant résulter du fusionnement, et qui ne pourraient avoir été obtenus par d'autres moyens, à 29,2 millions de dollars pour chacune des dix prochaines années: paragraphe 383. M^{me} Lloyd était en désaccord avec la position de la majorité sur cette question et a jugé que la preuve présentée au Tribunal était insuffisante pour étayer ce chiffre: paragraphe 470. Toutefois, cet aspect de la décision du Tribunal n'est pas attaqué en appel et il n'est pas nécessaire d'en traiter plus longuement.

[39] Après avoir décidé du chiffre à inscrire pour les «gains en efficience», le Tribunal a examiné les «effets» qui résulteraient de «l'empêchement ou de la diminution de la concurrence» si le fusionnement était approuvé. Les observations et la preuve présentées au Tribunal sur ce point portaient sur deux questions: la définition des «effets» pour l'application de l'article 96 et la quantification de ceux-ci. La principale question soulevée dans le présent appel concerne la conclusion du Tribunal sur la première de ces deux questions.

[40] La preuve présentée au Tribunal comportait notamment une description de diverses méthodes élaborées par les économistes pour déterminer les

I should make it clear that the various standards considered by the Tribunal are, for the most part, the work of economists in the United States, and have been used as a basis for competition policy prescriptions. However, antitrust law in the United States does not have an efficiency defence comparable to section 96, although efficiencies are taken into consideration by the Federal Trade Commission when scrutinizing a merger, along with other factors, including the wealth transfer from consumers to producers likely to result from it.

[41] Two of the methodologies for determining when efficiency gains offset the adverse effects of an anti-competitive merger are likely to give a narrow scope to the efficiency defence. For example, under the “price standard” efficiencies will only justify an anti-competitive merger if they result in price decreases or, at least, do not increase prices. This is the most difficult standard for the parties to a merger to satisfy, and is the standard normally applied by the Federal Trade Commission as the basis for approving an anti-competitive merger: *Horizontal Merger Guidelines* (U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission; April 2, 1992, revised April 8, 1997), pages 148-150.

[42] The “consumer surplus standard” posits that a merger should be permitted only if the resulting efficiency gains exceed the sum of the wealth transferred to the producers and the deadweight loss occasioned by increases in price charged by the merged entity. In practice, this standard will also be difficult to establish and consequently will tend to narrow the availability of the efficiency defence.

[43] On the basis of a report prepared for the Commissioner by an expert witness, Dr. Peter Townley, a professor of economics at Acadia University, counsel for the Commissioner submitted that the Tribunal should adopt a “balancing weights standard” as the basis for determining whether the

effets d’un fusionnement anticoncurrentiel. Je dois préciser que les divers critères examinés par le Tribunal ont été élaborés, pour la plupart, par des économistes américains et ont servi de fondement pour établir les prescriptions de la politique de la concurrence. Toutefois, le droit antitrust américain ne comporte pas de défense fondée sur les gains en efficience comparable à l’article 96, bien que la Federal Trade Commission, lorsqu’elle examine un fusionnement, prenne en considération les gains en efficience, parmi d’autres facteurs, dont le transfert de richesse des consommateurs aux producteurs qui en résultera vraisemblablement.

[41] Deux des méthodes employées pour déterminer si les gains en efficience neutralisent les effets négatifs d’un fusionnement anticoncurrentiel sont de nature à limiter étroitement la portée de la défense fondée sur les gains en efficience. Par exemple, selon le «critère du prix», les gains en efficience ne peuvent justifier un fusionnement anticoncurrentiel que s’ils entraînent des diminutions de prix ou, du moins, n’entraînent pas de hausses de prix. C’est le critère auquel il est le plus difficile de satisfaire pour les parties à un fusionnement et c’est le critère normalement appliqué par la Federal Trade Commission pour l’approbation d’un fusionnement anticoncurrentiel: *Horizontal Merger Guidelines* (U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission; 2 avril 1992, révisé le 8 avril 1997), pages 148 à 150.

[42] Selon le «critère du surplus du consommateur», un fusionnement ne devrait être permis que si les gains en efficience qu’il entraîne excèdent la somme de la richesse transférée aux producteurs et de la perte sèche occasionnée par les hausses de prix demandées par l’entité fusionnée. En pratique, il est également difficile d’établir qu’on satisfait à ce critère et, par conséquent, cela tend à rétrécir l’application de la défense fondée sur les gains en efficience.

[43] Sur le fondement d’un rapport établi pour le commissaire par un témoin expert, M. Peter Townley, professeur d’économie à l’Acadia University, l’avocat du commissaire a soutenu que le Tribunal devrait adopter la méthode des «coefficients pondérateurs» pour déterminer si les gains en efficience découlant du

efficiency gains from the merger of Superior and ICG were greater than, and offset, its anti-competitive effects.

[44] Using this methodology, the Tribunal would determine the anti-competitive effects of a merger by taking into account a range of factors, but would not assign to each a fixed, *a priori* weight. The factors include: the deadweight loss; the wealth transfer from consumers resulting from the increase in prices through the exercise of market power; the loss of product choices and services currently associated with the product; and the prevention of competition and the creation of a monopoly or near monopoly in some or all of the relevant markets: paragraphs 386-387 and 431.

[45] The Tribunal rejected this approach in favour of the “total surplus standard” which looks only at the overall loss to the economy as a result of the fall in demand for the merged entity’s products following a post-merger increase in price, and the inefficient allocation of resources that occurs when, as prices rise, consumers purchase a less suitable substitute. The resulting loss of resources to the economy constitutes deadweight loss.

[46] The Tribunal relied on the analyses of leading economists and of “law and economics” scholars, mainly from the United States, but also from Canada, in support of the “total surplus standard”. Under this standard, an anti-competitive merger is allowed to proceed when efficiency gains exceed deadweight loss. Its rationale is that this standard measures the net increase or loss in general welfare as a result of the merger. In addition, it provides a predictable standard for merger review, and hence firms are not deterred from effecting mergers that will increase total economic resources by an inability to predict whether their merger will receive regulatory approval.

[47] Under the total surplus standard, the wealth likely to be transferred from consumers to producers

fusionnement de Supérieur et d’ICG surpassaient et neutralisaient ses effets anticoncurrentiels.

[44] Selon cette méthode, le Tribunal déterminerait les effets anticoncurrentiels d’un fusionnement en prenant en compte une gamme de facteurs, mais sans attribuer à chacun une pondération fixe, *a priori*. Ces facteurs comprennent la perte sèche, le transfert de richesse des consommateurs résultant de la hausse des prix par l’exercice de la puissance commerciale, le choix moins grand de produits, la perte de services actuellement associés au produit, l’empêchement de la concurrence et la création d’un monopole ou d’un quasi-monopole sur tous les marchés pertinents ou sur quelques-uns de ceux-ci: paragraphes 386, 387 et 431.

[45] Le Tribunal a rejeté cette approche, retenant plutôt le «critère du surplus total», qui ne prend en compte que la perte globale pour l’économie du fait de la chute de la demande des produits de l’entité fusionnée par suite d’une hausse de prix intervenue après le fusionnement et l’affectation inefficace des ressources qui se produit lorsque, par suite de la hausse des prix, les consommateurs achètent un produit de substitution convenant moins bien. La perte de ressources qui en résulte pour l’économie constitue la perte sèche.

[46] Le Tribunal s’est appuyé sur les analyses d’éminents économistes et de professeurs de droit et d’économie, principalement des États-Unis, mais aussi du Canada, pour retenir le «critère du surplus total». Selon ce critère, un fusionnement anticoncurrentiel est autorisé lorsque les gains en efficacité excèdent la perte sèche. La raison en est que ce critère mesure l’augmentation ou la diminution nette du bien-être général par suite du fusionnement. En outre, il s’agit d’un critère prévisible pour l’examen des fusionnements, de sorte que les entreprises ne sont pas dissuadées d’effectuer des fusionnements qui vont augmenter les ressources économiques totales en raison de leur incapacité de prévoir si le fusionnement proposé recevra l’approbation réglementaire.

[47] Selon le critère du surplus total, la richesse qui sera vraisemblablement transférée des consommateurs

as a result of the merger is not considered to be an anti-competitive effect, because such a transfer is neutral: that is, it neither increases, nor decreases total societal wealth. Proponents of the total surplus standard argue that there is no economic reason for favouring a dollar in the hands of consumers of the products of the merged entity over a dollar in the hands of the producers or its shareholders, who are, after all, also consumers. Moreover, in the absence of complete data on the socio-economic profiles of the consumers and of the shareholders of the producers, it would be impossible to assess whether the redistributive effects of the wealth transferred as a result of the higher prices charged by the merged entity would be fair and equitable: paragraphs 423-425.

[48] The Tribunal concluded that, properly interpreted, section 96 of the *Competition Act* mandates a methodology for determining the effects to be balanced against efficiency gains that ignores wealth transfers, or distributive effects, and focusses exclusively on the extent to which the merger increases net wealth in the economy as a whole. The reasons that the Tribunal advanced for its conclusion can be summarized as follows.

[49] First, even if the necessary data were available, an assessment of the merits, or otherwise, of the distributive effects of a merger is a political task best performed by elected politicians, not by members of the Tribunal, who are appointed for their expertise in economics or commerce: paragraphs 431-432 and 438.

[50] Second, since section 96 allows an anti-competitive merger where the efficiencies gained thereby are greater than, and offset, the effects of the lessening of competition, efficiency “was Parliament’s paramount objective in passing the merger provisions of the Act”: paragraph 437. Therefore, “effects” in section 96 should be interpreted in a way that best attains that objective. This excludes an interpretation that requires, or permits, distributive or other effects of a merger to be considered that are unrelated to the

aux producteurs par suite du fusionnement n’est pas considérée comme un effet anticoncurrentiel, un tel transfert étant neutre, c’est-à-dire qu’il n’augmente ni ne diminue la richesse totale de la société. Les partisans du critère du surplus total font valoir qu’il n’y a pas de raison d’ordre économique pour se prononcer en faveur d’un dollar dans les mains des consommateurs des produits de l’entité fusionnée plutôt que d’un dollar dans les mains des producteurs ou de leurs actionnaires, qui, en définitive, sont également des consommateurs. En outre, en l’absence de données complètes sur les profils socioéconomiques des consommateurs et des actionnaires des producteurs, il est impossible d’apprécier si les effets de redistribution du transfert de richesse opéré par suite de la hausse des prix demandés par l’entité fusionnée seraient justes et équitables: paragraphes 423 à 425.

[48] Le Tribunal a conclu que l’article 96 de la *Loi sur la concurrence*, interprété correctement, impose, pour la détermination des effets à comparer aux gains en efficience, une méthode qui ne tient pas compte des transferts de richesse et qui est axée exclusivement sur le niveau auquel le fusionnement augmente la richesse nette de l’économie dans son ensemble. Les raisons données par le Tribunal pour justifier cette conclusion peuvent être résumées comme suit.

[49] Premièrement, même si l’on disposait des données nécessaires, l’appréciation des mérites, ou de tout autre aspect, des effets de distribution d’un fusionnement est une fonction politique, que sont mieux en mesure d’accomplir des politiciens élus que les membres du Tribunal, nommés en raison de leur expertise en matière économique ou commerciale: paragraphes 431, 432 et 438.

[50] Deuxièmement, puisque l’article 96 permet un fusionnement anticoncurrentiel lorsque les gains en efficience qui en résultent surpassent et neutralisent les effets de la diminution de la concurrence, l’efficience était «l’objectif premier du législateur lorsque celui-ci a inclus dans la Loi les dispositions relatives aux fusionnements»: paragraphe 437. Donc, le terme «effets» à l’article 96 doit s’interpréter de la manière qui permet le mieux d’atteindre cet objectif. Cela exclut l’interprétation qui exige ou permet la prise en

maximization of total societal wealth: paragraphs 411-413, 426 and 432.

[51] Third, if business people are unable to predict whether the Commissioner or the Tribunal is likely to conclude that the efficiencies to be gained from a proposed merger will exceed, and offset, the adverse effects of the merger as calculated by the balancing weights standard, they will be deterred from merging, to the detriment of the economy as a whole: paragraph 433.

[52] Accordingly, in the Tribunal's view, the difficulty of applying the balancing weights standard advanced by the Commissioner militates against its adoption. Indeed, even though Professor Townley favoured this approach he conceded in his evidence that, as an economist, he could not advise the Tribunal what weights to assign to the various factors to be considered. Hence, he could not say whether the efficiency gains from the merger of Superior and ICG were greater than and offset its effects.

[53] Fourth, the Tribunal noted that in the *Merger Enforcement Guidelines* (MEG) Director of Investigation and Research, Competition Act, Information Bulletin No. 5, March 1991 (Bureau of Competition Policy, Consumer and Corporate Affairs Canada, 1991), which had been in force since 1991, the Commissioner had indicated that the effects of an anti-competitive merger were to be assessed for the purpose of section 96 by the total surplus standard.

[54] Indeed, even after the appropriateness of the total surplus standard had been questioned by Reed J. when sitting as the judicial member of the Tribunal in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.), the predecessor of the current Commissioner publicly reaffirmed the position taken in the MEG. In *Hillsdown, supra*, Reed J. had doubted

compte d'effets de distribution ou d'autres effets qui ne sont pas reliés à la maximisation de la richesse totale de la société: paragraphes 411 à 413, 426 et 432.

[51] Troisièmement, si les dirigeants d'entreprise sont incapables de prévoir si le commissaire ou le Tribunal conclura probablement que les gains en efficacité découlant d'un fusionnement proposé vont surpasser et neutraliser les effets négatifs du fusionnement calculés selon la méthode des coefficients pondérateurs, ils seront dissuadés d'opérer le fusionnement au désavantage de l'économie dans son ensemble: paragraphe 433.

[52] En conséquence, de l'avis du Tribunal, la difficulté d'appliquer la méthode des coefficients pondérateurs proposée par le commissaire joue contre son adoption. En fait, même si le professeur Townley privilégiait cette méthode, il a concédé dans son témoignage que, en qualité d'économiste, il ne pouvait conseiller le Tribunal sur la pondération à accorder aux divers facteurs à prendre en compte. Il ne pouvait donc pas dire si les gains en efficacité découlant du fusionnement de Supérieur et d'ICG en surpassaient et en neutralisaient les effets.

[53] Quatrièmement, le Tribunal a noté que, dans le texte *Fusionnements—Lignes directrices pour l'application de la Loi* (Lignes directrices) (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence, Bulletin d'information n° 5, mars 1991 (Bureau de la politique de Concurrence, Consommation et Corporations Canada, 1991)), en vigueur depuis 1991, le commissaire a indiqué que les effets d'un fusionnement anticoncurrentiel devaient, pour l'application de l'article 96, s'apprécier selon le critère du surplus total.

[54] En fait, même après que le bien-fondé du critère du surplus total eut été remis en cause par le juge Reed, siégeant en tant que juge du Tribunal dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc.), le prédécesseur du commissaire actuel a réaffirmé publiquement la position prise dans les lignes directrices. Dans l'affaire

(at page 339) whether an interpretation of “effects”, such as that contained in the MEG, that omitted from consideration the wealth transferred from consumers to producers was consistent with the purposes of the Act.

[55] Fifth, the Tribunal stated that the purpose and objectives section of the *Competition Act*, section 1.1, should not be read as requiring each of the objectives listed in it to be considered in the context of identifying the effects of a merger for the purpose of section 96. Rather, the references in section 1.1 to the Act’s objectives, such as promoting “the efficiency and adaptability of the Canadian economy”, ensuring that “small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy”, and providing “consumers with competitive prices and product choices” should be regarded as no more than statements of the beneficial results of attaining the stated purpose of the Act, namely “to promote and encourage competition in Canada”. Further, to the extent that there was a conflict between the general provision, section 1.1, and the specific, section 96, the latter should prevail: paragraphs 408-410.

[56] The dissenting member of the Tribunal took issue with much of the majority’s reasoning on the meaning of “effects” in section 96. In Ms. Lloyd’s view, any interpretation of section 96 that excluded from “effects” the wealth transfer from consumers to producers likely to result from an anti-competitive merger was inconsistent with the objectives of the Act: paragraph 506.

[57] She concluded that a flexible approach that enabled the Tribunal to take into account, along with other factors, the wealth transfer, both quantitatively and qualitatively, was more compatible with the statutory scheme, particularly in so far as its objectives include to “provide consumers with competitive prices and product choices”: paragraph 511. Ms. Lloyd summarized (at paragraph 506) her position as follows:

Hillsdown, précitée, le juge Reed avait dit douter (à la page 339) qu’une interprétation des «effets» comme celle qu’on retrouve dans les Lignes directrices, qui ne tient pas compte du transfert de richesse des consommateurs aux producteurs, soit conforme aux objectifs de la Loi.

[55] Cinquièmement, le Tribunal a statué que l’article exposant l’objet et les objectifs de la *Loi sur la concurrence*, l’article 1.1, ne devrait pas s’interpréter de manière à exiger la prise en compte de chacun des objectifs énumérés en vue d’identifier les effets d’un fusionnement pour l’application de l’article 96. La mention à l’article 1.1 des objectifs de la Loi, comme «stimuler l’adaptabilité et l’efficience de l’économie canadienne», «assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l’économie canadienne», et «assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits» devrait plutôt être considérée simplement comme l’énonciation des résultats avantageux découlant de la réalisation de l’objet de la Loi, soit «de préserver et de favoriser la concurrence au Canada». En outre, dans la mesure où il y aurait un conflit entre la disposition générale, soit l’article 1.1, et la disposition particulière, soit l’article 96, c’est cette dernière qui doit l’emporter: paragraphes 408 à 410.

[56] Le membre du Tribunal dissident a exprimé son désaccord avec une bonne partie du raisonnement de la majorité quant à la signification du mot «effets» à l’article 96. Selon M^{me} Lloyd, toute interprétation de l’article 96 qui excluait des «effets» le transfert de richesse des consommateurs aux producteurs qu’entraînera vraisemblablement un fusionnement anticoncurrentiel est incompatible avec les objectifs de la Loi: paragraphe 506.

[57] Elle a conclu qu’une méthode souple, permettant au Tribunal de tenir compte notamment du transfert de richesse, tant quantitatif que qualitatif, était plus conforme au régime législatif, particulièrement du fait que les objectifs de la Loi comprennent notamment celui d’«assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits»: paragraphe 511. M^{me} Lloyd a résumé sa position (au paragraphe 506) en ces termes:

While I recognize that efficiencies are given special consideration under section 96 and may constitute a defence to an otherwise anti-competitive merger, it appears to me that section 96 is an exception to the application of section 92 of the Act and not an exception to the Act itself. [Emphasis added.]

D. THE ISSUES

[58] The appeal raises three issues for the Court to decide.

- (1) What standard of review is applicable to the Tribunal's determination of the "effects" of a merger to be considered under section 96?
- (2) Did the Tribunal err in law when it interpreted "effects" as limited to those identified by the total surplus standard?
- (3) Did the Tribunal err in law when it imposed on the Director the legal burden of proving the effects of the merger?

E. ANALYSIS

Issue 1: The Standard of Review

[59] It was common ground between counsel that, in view of the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, if the Tribunal's interpretation of the word, "effects", was entitled to any deference, the less deferential standard of reasonableness *simpliciter* would be appropriate.

[60] The disputed question was, of course, whether any deference was due at all. In my view, the answer is to be found, for the most part, in the reasoning in *Southam, supra*, which also concerned the Tribunal, and in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, which is an important, comprehensive and general elaboration of the pragmatic and functional analysis for determining the standard of judicial review of administrative action.

Bien que je reconnaisse que l'article 96 accorde une importance particulière aux gains d'efficacité et que ceux-ci peuvent constituer une défense en faveur de ce que l'on pourrait qualifier normalement de fusionnement anticoncurrentiel, il me semble que l'article 96 représente une exception à l'application de l'article 92 de la Loi et non une exception à la Loi elle-même. [Non souligné dans l'original.]

D. LES QUESTIONS EN LITIGE

[58] L'appel soulève trois questions que doit trancher la Cour.

- 1) Quelle est la norme de contrôle applicable à la détermination par le Tribunal des «effets» d'un fusionnement à prendre en compte selon l'article 96?
- 2) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en interprétant ces «effets» comme limités à ceux qui sont identifiés selon le critère du surplus total?
- 3) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a imposé au directeur le fardeau de prouver les effets de la fusion?

E. ANALYSE

Question 1: La norme de contrôle

[59] Compte tenu de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, les avocats ont convenu que, si l'interprétation du terme «effets» par le Tribunal justifiait une retenue, la norme exigeant le moins de retenue, soit celle de la décision raisonnable *simpliciter*, était appropriée.

[60] La question contestée, évidemment, était celle de savoir si cette décision justifiait quelque retenue que ce soit. À mon sens, on trouve la réponse, pour l'essentiel, dans le raisonnement suivi dans l'arrêt *Southam*, précité, qui portait également sur le Tribunal, et dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, qui constitue un exposé important, complet et général de l'analyse pragmatique et fonctionnelle en vue de déterminer la norme de contrôle des décisions administratives.

[61] I turn, then, to an examination of the elements of the pragmatic and functional analysis as they apply to the case before us. A consensus seems to have emerged in the jurisprudence that the expertise of the tribunal under review, and the relevance of that expertise to resolving the issues in dispute, will normally be the most important of the pragmatic or functional factors considered in determining the standard of review: *Pushpanathan, supra*, at pages 1006-1007, paragraph 32. I deal first with the nature of the issue decided by the Tribunal in this case.

(i) The nature of the issue decided by the Tribunal

[62] In holding that the meaning of the word, “effects”, in section 96 is limited to the deadweight loss resulting from an anti-competitive merger, the Tribunal was clearly interpreting the Act and was thereby deciding a question of law.

[63] This is because the Tribunal’s ruling purports to be of general application to all cases in which the efficiency defence is invoked. The Tribunal did not confine itself merely to identifying the factors to be considered or not considered in this case, nor to prescribing a methodology for determining only the “effects” of Superior’s merger with ICG. Instead, the Tribunal makes it abundantly clear in its reasons that, as a matter of interpretation, the word, “effects”, means only deadweight loss and that the efficiency defence is, in all cases, simply a codification of the total surplus standard.

[64] For instance, based on its conclusion that section 96 encapsulates the total surplus standard, the Tribunal made the following findings with respect to the meaning of “the effects” of an anti-competitive merger, at paragraphs 423, 427, 430 and 447:

The economic effects of an anti-competitive merger are the effects on real resources, that is, the changes in the way the economy deploys those resources as the result of the merger. . . .

. . .

Assessing a merger’s effects in this way is generally called the “total surplus standard”. . . transfers from

[61] Je passe donc à un examen des éléments de l’analyse pragmatique et fonctionnelle, dans leur application à l’espèce. Un consensus semble s’être dégagé dans la jurisprudence: l’expertise du tribunal dont la décision est soumise au contrôle et la pertinence de cette expertise par rapport à la solution des questions en litige seront normalement les facteurs les plus importants pris en compte dans l’analyse pragmatique ou fonctionnelle en vue de déterminer la norme de contrôle: *Pushpanathan*, précité, aux pages 1006 et 1007, paragraphe 32. Je traite d’abord de la nature de la question tranchée par le Tribunal en l’espèce.

(i) La nature de la question tranchée par le Tribunal

[62] En jugeant que le sens du terme «effets» à l’article 96 est limité à la perte sèche découlant d’un fusionnement anticoncurrentiel, le Tribunal interprétait manifestement la Loi et décidait donc une question de droit.

[63] Cela tient à ce que la décision du Tribunal se veut d’application générale pour toutes les affaires dans lesquelles la défense fondée sur les gains en efficience est invoquée. Le Tribunal ne s’est pas limité à définir les facteurs à prendre en compte ou à ne pas prendre en compte en l’espèce, ni à établir une méthode pour déterminer seulement les «effets» du fusionnement de Supérieur avec ICG. Dans ses motifs, le Tribunal précise bien que, sur le plan de l’interprétation, le terme «effets» signifie seulement la perte sèche et que la défense fondée sur les gains en efficience n’est, dans tous les cas, qu’une codification du critère du surplus total.

[64] Par exemple, sur le fondement de sa position que l’article 96 exprime le critère du surplus total, le Tribunal a tiré les conclusions suivantes au sujet de la signification des «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel aux paragraphes 423, 427, 430 et 447:

Du point de vue économique, le fusionnement anticoncurrentiel a des effets sur les ressources réelles, c’est-à-dire sur la manière dont l’économie affecte ces ressources par suite du fusionnement [. . .]

[. . .]

La méthode décrite ci-dessus pour évaluer les effets d’un fusionnement est généralement appelée le «critère du surplus

consumers to shareholders are not counted as losses under the total surplus standard. The anti-competitive effect of the merger is measured solely by the deadweight loss. . . Under the total surplus standard, efficiencies need only exceed the deadweight loss to save an anti-competitive merger.

. . .

The only standard that addresses solely the effects of a merger on economic resources is the total surplus standard.

. . .

The Tribunal further believes that the only effects that can be considered under subsection 96(1) are the effects on resource allocation, as measured in principle by the deadweight loss which takes both quantitative and qualitative effects into account. Accordingly, the Tribunal believes that the total surplus standard is the correct approach for analysing the effects of a merger under subsection 96(1).

Since none of these statements was made with reference to the particular facts of the case, the Tribunal must have intended its view of the meaning of the word, “effects”, to apply whenever the section 96 efficiency defence is raised.

[65] Referring to the task of distinguishing the interpretation of a statutory standard (normally a question of law) from its application to the facts of a case (often a question of mixed fact and law), Iacobucci J. said in *Southam*, *supra* (at page 768, paragraph 37):

Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future.

In a similar vein (*supra*, at page 767, paragraph 36), he had characterized a question as one of law “because the point in controversy was one that might potentially arise in many cases in the future”.

total» [. . .] les transferts des consommateurs aux actionnaires ne sont pas assimilés à des pertes selon le critère du surplus total. L'effet anticoncurrentiel du fusionnement n'est mesuré que par la perte sèche [. . .] Selon le critère du surplus total, il suffit que les gains d'efficience soient supérieurs à la perte sèche pour qu'un fusionnement anticoncurrentiel soit autorisé.

[. . .]

Le seul critère qui traite uniquement des effets d'un fusionnement sur les ressources économiques est celui du surplus total.

[. . .]

Le Tribunal estime en outre que seuls les effets sur l'affectation des ressources peuvent être pris en considération aux termes du paragraphe 96(1), ces effets étant mesurés en principe par la perte sèche, qui tient compte à la fois des effets quantitatifs et des effets qualitatifs. En conséquence, le Tribunal estime que le critère du surplus total est le critère approprié pour analyser les effets d'un fusionnement en vertu du paragraphe 96(1) de la Loi.

Comme aucune de ces propositions n'est formulée par rapport aux faits particuliers de l'espèce, il faut déduire que le Tribunal estimait que son interprétation du terme «effets» devait s'appliquer chaque fois que la défense fondée sur les gains en efficience, prévue à l'article 96, était invoquée.

[65] À propos de la distinction à faire entre l'interprétation d'un critère législatif (normalement une question de droit) et son application aux faits d'une espèce (souvent une question de droit et de fait), le juge Iacobucci a dit, dans l'arrêt *Southam*, précité (à la page 768, paragraphe 37):

Il va de soi qu'il n'est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir.

D'une manière similaire (à la page 767, paragraphe 36), il avait qualifié une question de question de droit «parce que le point litigieux était susceptible de se présenter à nouveau dans bon nombre de cas dans le futur».

[66] Applying these observations to this case, I am of the view that, since the Tribunal's determination of what can be considered as an "effect" of the merger of Superior and ICG was intended to be of general application, it would be of "much interest to judges and lawyers", because other panels of the Tribunal will regard it as a legal proposition having considerable persuasive authority whenever they have to consider the efficiency defence under section 96. To use another of Iacobucci J.'s felicitous phrases (*Southam, supra*, at page 771, paragraph 45), the Tribunal in this case clearly "forged . . . new legal principle".

(ii) The expertise of the Tribunal

[67] Since the ultimate issue in determining the standard of review is whether the legislature should be taken to have intended the specialist administrative tribunal or the courts to bear primary responsibility for determining the question in dispute, it must be understood that "expertise" is a relative, not an absolute concept: *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at page 335. In assessing the relative expertise of the Tribunal and the Court, I have had regard to the following considerations.

[68] First, the Tribunal is an adjudicative body. Just as it has done with the administration of human rights legislation, Parliament has divided responsibility for administering the *Competition Act* between the Competition Bureau, the policy-making, investigative and enforcement agency, headed now by the Commissioner, and the Tribunal, the adjudicative agency. In this respect, the Tribunal is different from multi-functional administrative agencies, such as securities commissions in many provinces, which typically have wide powers that match their regulatory mandate. The absence of broad policy development powers is a factor that limits the scope of the Tribunal's expertise: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at page 596.

[66] Si l'on applique ces observations à l'espèce, je suis d'avis que, du fait que la détermination par le Tribunal de ce qui pouvait être considéré comme un «effet» du fusionnement de Supérieur et d'ICG se voulait d'application générale, elle présenterait «beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats», parce que d'autres formations du Tribunal y verront une proposition juridique ayant une valeur persuasive considérable lorsqu'ils auront à examiner la défense fondée sur les gains en efficience, prévue à l'article 96. Pour employer une autre formulation heureuse du juge Iacobucci (arrêt *Southam*, précité, à la page 771, paragraphe 45), le Tribunal dans cette affaire a manifestement «forgé . . . [un] nouveau principe de droit».

ii) L'expertise du Tribunal

[67] Comme la question ultime à trancher lorsqu'il s'agit de déterminer la norme de contrôle est de savoir si le législateur a voulu que le tribunal administratif spécialisé ou les tribunaux judiciaires aient la responsabilité première de trancher la question en litige, il faut comprendre que l'«expertise» est une notion relative, non absolue: *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la page 335. Pour l'appréciation de l'expertise relative du Tribunal et de la Cour, j'ai tenu compte des facteurs qui suivent.

[68] D'abord, le Tribunal est un organisme juridictionnel. Tout comme il l'a fait en matière d'administration des lois sur les droits de la personne, le Parlement a partagé la responsabilité de l'administration de la *Loi sur la concurrence* entre le Bureau de la concurrence, organisme chargé de l'élaboration de la politique, des enquêtes et de l'application de la loi, maintenant dirigé par le Commissaire, et le Tribunal, organisme juridictionnel. À cet égard, le Tribunal est différent des organismes administratifs multifonctionnels, comme les commissions de valeurs mobilières dans plusieurs provinces, qui ont ordinairement de vastes pouvoirs correspondant à leur mandat de réglementation. L'absence de vastes pouvoirs d'élaboration de la politique est un facteur qui limite l'étendue de l'expertise du Tribunal: *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, à la page 596.

[69] Second, expertise may be assessed by reference to the composition of an administrative tribunal. Hearings of the Tribunal are conducted before three to five members, at least one of whom must be a judicial member and one a lay member: *Competition Tribunal Act* (CTA), subsection 10(1). This case was heard by three members: the presiding judicial member and two lay members.

[70] The judicial member is one of the maximum of four judges of the Trial Division of the Federal Court whom the Governor in Council may appoint to the Tribunal on the recommendation of the Minister of Justice: CTA, paragraph 3(2)(a). In addition to presiding at hearings of the Tribunal, the judicial member alone decides any questions of law that arise before the Tribunal: CTA, paragraph 12(1)(a).

[71] I note that in the *Hillsdown* case (*supra*, at page 337, note 21), Reed J. made it clear that the validity of the definition in the MEG of “effects” involved the interpretation of section 96, and was thus a question of law alone. Hence, the Tribunal’s reasons on this issue expressed her view as the judicial member of the Tribunal.

[72] In contrast, Nadon J. does not state that his determination of the meaning of “effects” is solely his decision. However, since the Act gives to the judicial member sole responsibility for deciding questions of law, the standard of review cannot depend on whether, in a particular case, the lay member’s participation in the decision on the legal issue extended beyond consultation.

[73] A maximum of eight lay members are also appointed to the Tribunal by the Governor in Council on the recommendation of the Minister of Industry: CTA, paragraph 3(2)(b). No qualifications are prescribed for lay members. However, before making a recommendation, the Minister must consult with an advisory council comprising not more than ten members, who, the CTA, subsection 3(3) provides, are appointed from those:

[69] En deuxième lieu, l’expertise peut s’apprécier en fonction de la composition du tribunal administratif. Les audiences du Tribunal sont tenues par une formation composée de trois à cinq membres, parmi lesquels il doit y avoir au moins un juge et un membre non-juge: *Loi sur le Tribunal de la concurrence* (LTC), paragraphe 10(1). En l’espèce, la formation qui a siégé était composée de trois membres, le juge président l’audience et deux membres non-juges.

[70] Le juge est l’un des quatre juges au maximum de la Section de première instance de la Cour fédérale que le gouverneur en conseil peut nommer au Tribunal sur recommandation du ministre de la Justice: LTC, alinéa 3(2)a). En plus de présider les audiences du Tribunal, le juge seul tranche les questions de droit qui peuvent se poser devant le Tribunal: LTC, alinéa 12(1)a).

[71] Je note que, dans l’affaire *Hillsdown* (précitée, à la page 337, note 21), le juge Reed a précisé que la validité de la définition des «effets» dans les lignes directrices relevait de l’interprétation de l’article 96 et constituait donc une question de droit seulement. D’où il découle que les motifs du Tribunal sur cette question exprimaient sa position en tant que juge.

[72] Par contre, le juge Nadon n’indique pas que la détermination du sens du terme «effets» est sa décision uniquement. Toutefois, puisque la Loi attribue au juge la responsabilité exclusive de trancher les questions de droit, la norme de contrôle ne peut dépendre du fait que, dans une affaire particulière, la participation des membres non-juges à la décision sur la question de droit n’a pas été d’ordre strictement consultatif.

[73] Huit membres non-juges au maximum sont nommés par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre de l’Industrie: LTC, alinéa 3(2)b). Il n’est pas exigé de qualification particulière de ces membres. Toutefois, avant de recommander la nomination d’un membre non-juge, le ministre doit demander l’avis du conseil consultatif formé d’au plus dix personnes qui, selon le paragraphe 3(3) de la LTC, sont choisies parmi les:

3. (1) . . .

(3) . . . who are knowledgeable in economics, industry, commerce or public affairs and may include, without restricting the generality of the foregoing, individuals chosen from business communities, the legal community, consumer groups and labour.

[74] It is reasonable to infer from this provision that the Council was expected to recommend the appointment of lay members with a breadth of experience similar to that of the Advisory Council members themselves. Thus, members' fields of expertise need not be limited to economics, but may extend more broadly to public affairs. Further, their perspectives may include not only those of the business communities, including small and medium-sized business, but also of consumer groups and labour.

[75] Questions of fact, and of mixed fact and law, are decided by all of the members of the panel of the Tribunal hearing a matter: CTA, paragraph 12(1)(b). In addition, even though the judicial member alone decides questions of law, the judicial member may well make his or her rulings after discussing the issues with the lay members and benefiting from whatever contribution they are able to make to the resolution of the legal issue from their perspective and on the basis of their expertise. After all, questions of law are rarely decided in the abstract, and generally require that careful consideration be given to the likely practical consequences and implications of deciding them one way rather than another.

[76] In short, the composition of the Tribunal indicates a considerable level of expertise. This Court does not defer to decisions of the Trial Division of this Court on questions of law: *President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2000] 4 F.C. 528 (C.A.), at paragraph 180. However, the fact that no more than four members of the Court may be appointed as judicial members suggests that, when sitting as the judicial member of the Tribunal and having the assistance of the lay members, a judge of the Trial Division can be expected to have a level of expertise or experience in

3. (1) [. . .]

(3) [. . .] personnes versées dans les affaires publiques, économiques, commerciales ou industrielles. Sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, ces personnes peuvent être des individus appartenant à la collectivité juridique, à des groupes de consommateurs, au monde des affaires et au monde du travail.

[74] On peut logiquement déduire de cette disposition que le conseil était censé recommander la nomination de membres non-juges possédant une diversité d'expérience similaire à celle des membres du conseil consultatif eux-mêmes. Donc, le domaine d'expertise des membres n'est pas nécessairement limité à l'économie, mais peut s'étendre plus largement aux affaires publiques. En outre, les membres peuvent provenir non seulement du monde des affaires, y compris les petites et moyennes entreprises, mais aussi du monde du travail et de groupes de consommateurs.

[75] Tous les membres d'une formation ont compétence pour trancher les questions de fait ou les questions de droit et de fait: LTC, alinéa 12(1)b). En outre, même si le juge tranche seul les questions de droit, il peut rendre sa décision après avoir discuté les questions avec les membres non-juges et bénéficié de la contribution qu'ils peuvent apporter à la solution de la question juridique de leur point de vue et sur la base de leur expertise. Après tout, les questions de droit sont rarement décidées dans l'abstrait et il faut généralement considérer attentivement les conséquences pratiques vraisemblables d'une décision dans un sens plutôt que dans l'autre.

[76] Bref, la composition du Tribunal indique un niveau d'expertise considérable. La Cour ne s'en remet pas aux décisions de la Section de première instance sur les questions de droit: *President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2000] 4 C.F. 528 (C.A.), au paragraphe 180. Toutefois, le fait qu'au plus quatre juges de la Cour puissent être choisis comme membres du Tribunal donne à penser que, lorsqu'il siège comme juge dans une formation du Tribunal et qu'il a l'assistance des membres non-juges de la formation, le juge de la Section de première instance est censé avoir un degré

this area of the law over and above that acquired by a judge in the ordinary course of judicial work. Nor do I disregard the importance of the understanding of the issues in dispute in this case that the Tribunal would have obtained after conducting 48 days of hearings.

[77] Indeed, on more than one occasion, the Supreme Court of Canada has recognized (*Southam, supra*, at pages 772-773, paragraph 49) that the Tribunal

... is especially well-suited to the task of overseeing a complex statutory scheme whose objectives are peculiarly economic.

Iacobucci J. also noted in that case that, since the aims of the *Competition Act* are “more ‘economic’ than they are strictly ‘legal’” (*supra*, at page 772, paragraph 48), it was appropriate to conclude that “the Tribunal’s expertise lies in economics and commerce” (*supra*, at page 773, paragraph 51).

(iii) A question of law within the Tribunal’s expertise?

[78] Counsel for the respondents submitted that characterizing a question decided by an administrative tribunal as one of statutory interpretation, and therefore one of law, is not necessarily determinative of the standard of review: see *Pushpanathan, supra*, at page 1008, paragraph 34. However, it seems to me an obvious inference from the reasons for judgment of Iacobucci J. in *Southam, supra*, that, when all the factors in the pragmatic or functional mix are weighed together, the fact that the Tribunal in the case before us was deciding a question of law with a high degree of generality tips the scale in the direction of correctness as the applicable standard of review.

[79] Thus, speaking at the level of principle, Iacobucci J. said (*supra*, at page 769, paragraph 39) that, if a decision-maker fails to consider all the factors that the legislature required to be considered, “then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law”. And, turning to the Tribunal in particular, he said (*supra*, at page 769, paragraph 41): “If the Tribunal did ignore

d’expertise ou d’expérience dans ce domaine du droit supérieur à celui qu’a acquis un juge dans le cours normal de ses fonctions judiciaires. Je ne méconnaissais pas non plus l’importance de la compréhension des questions en litige dans cette affaire que le Tribunal peut avoir acquise après 48 jours d’audience.

[77] D’ailleurs, à plus d’une reprise, la Cour suprême du Canada a reconnu (arrêt *Southam*, précité, aux pages 772 et 773, paragraphe 49) que le Tribunal

[...] est particulièrement bien placé pour surveiller un régime législatif complexe, dont les objectifs sont singulièrement économiques.

Dans cet arrêt, le juge Iacobucci a également noté que, les objectifs de la *Loi sur la concurrence* étant davantage «économiques» que «juridiques» (précité, à la page 772, paragraphe 48), il fallait conclure que «le champ d’expertise du Tribunal consiste dans les questions économiques et commerciales» (précité, aux pages 773 et 774, paragraphe 51).

iii) Une question de droit relevant de l’expertise du Tribunal?

[78] Les avocats des intimées ont fait valoir que le fait de qualifier une question décidée par un tribunal administratif de question d’interprétation de la loi, et donc de question de droit, n’était pas nécessairement déterminant quant à la norme de contrôle: voir l’arrêt *Pushpanathan*, précité, à la page 1008, paragraphe 34. Toutefois, il me semble découler manifestement des motifs du juge Iacobucci dans l’arrêt *Southam*, précité, que, lorsque tous les facteurs de l’approche pragmatique ou fonctionnelle sont considérés ensemble, le fait que le Tribunal en l’espèce décidait une question de droit d’un degré élevé de généralité fait pencher la balance en faveur de la norme de contrôle de la décision correcte.

[79] Ainsi, s’exprimant au plan des principes, le juge Iacobucci a dit (précité, à la page 769, paragraphe 39) que, si un décideur ne tient pas compte de tous les facteurs dont la loi exige la prise en compte, «il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit». Puis, en parlant cette fois du Tribunal en particulier, il a poursuivi (précité, à la page 769, paragraphe 41): «Si le Tribunal a effective-

evidence that the law requires it to consider, then the Tribunal erred in law.”

[80] In my view, there is nothing about the word, “effects”, to exclude the general principle that, in the absence of indicators to the contrary, statutory interpretation is a question of law that is reviewable on a standard of correctness. As Bastarache J. said in *Pushpanathan* (*supra*, at page 1012, paragraph 38):

Without an implied or express legislative intent to the contrary . . . legislatures should be assumed to have left highly generalized propositions of law to courts.

[81] Thus, as a linguistic matter, the word, effects, does not suggest an implicit delegation of authority to the Tribunal to determine what factors must, and must not, be considered in determining what they are. If, as seems to be the case on the basis of the reasoning in *Southam*, *supra*, Iacobucci J. would have regarded a general proposition advanced by the Tribunal about the meaning of the word, “market”, as subject to review for correctness, the same would seem equally true of the phrase, “the effects of any prevention or lessening of competition”. Nor am I persuaded by counsel for the respondents that in *Southam* (*supra*, at pages 789-790, paragraphs 83-85) Iacobucci J. applied a standard other than correctness to the Tribunal’s determination that the test for the remedy was the restoration of the parties to the pre-merger competitive position.

[82] Moreover, an important element of the Tribunal’s reasoning was its view of the statutory objectives provision of the *Competition Act*, section 1.1, and the relationship of that section to section 96. This is an issue of statutory interpretation of a kind with which courts are accustomed to dealing in the course of their ordinary work.

[83] In short, I am not satisfied that Nadon J.’s expertise in competition law in general, and in the

ment fait abstraction d’éléments de preuves que le droit lui commande de prendre en considération, il a alors commis une erreur de droit».

[80] À mon sens, il n’y a rien dans le terme «effets» qui permette d’écarter le principe général selon lequel, en l’absence d’indications contraires, l’interprétation d’une loi est une question de droit, donnant lieu au contrôle judiciaire sur la base de la décision correcte. Comme l’a dit le juge Bastarache dans l’arrêt *Pushpanathan* (précité, à la page 1012, paragraphe 38):

En l’absence d’une intention législative implicite ou expresse à l’effet contraire [. . .] on présumera que le législateur a voulu laisser aux cours de justice la compétence de formuler des énoncés de droit fortement généralisés.

[81] Ainsi, sur le plan linguistique, le terme «effets» ne suggère pas une délégation implicite au Tribunal du pouvoir de déterminer les facteurs qui peuvent, et ne peuvent pas, être pris en compte en vue de la détermination de ces effets. Il semble que, sur la base du raisonnement dans l’arrêt *Southam*, précité, le juge Iacobucci aurait considéré une proposition générale formulée par le Tribunal au sujet de la signification du terme «marché» comme soumise au contrôle judiciaire sur la base de la décision correcte, et il en irait de même de la formulation «des effets de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence». Je ne suis pas non plus persuadé par les avocats des intimées que, dans l’arrêt *Southam* (précité, aux pages 789 et 790, paragraphes 83 à 85), le juge Iacobucci a appliqué une norme autre que celle de la décision correcte à la décision du Tribunal portant que le critère pour déterminer la mesure de redressement était le rétablissement des parties dans la situation de concurrence dans laquelle elles se trouvaient avant le fusionnement.

[82] En outre, un élément important du raisonnement du Tribunal consistait dans son interprétation de la disposition portant sur les objets de la *Loi sur la concurrence* et figurant à l’article 1.1 et de la relation de cet article avec l’article 96. Il s’agit là d’une question d’interprétation d’une loi du type de celles que les tribunaux judiciaires ont l’habitude de traiter dans leurs travaux ordinaires.

[83] En résumé, je ne suis pas convaincu que l’expertise du juge Nadon dans le droit de la concur-

complexities of the merger of Superior and ICG in particular, gave him such a significant interpretative advantage over members of this Court as clearly to indicate Parliament's intention that the standard of review on the issue in dispute here should be that of unreasonableness. At the end of the day, the question of what counts as "the effects of any prevention or lessening of competition" must be decided within the parameters of the Act, including its stated objectives. While economic expertise undoubtedly elucidates the strengths, weaknesses and consequences of the various choices available, it cannot be determinative of which of them, if any, is compatible with the *Competition Act*.

(iv) The Tribunal's constitutive statute and the scope of judicial review

[84] Finally, the provisions of an administrative tribunal's constitutive statute respecting the grounds of judicial review, or the existence and scope of any right of appeal, may give some indication of the legislature's intention on the standard of review to be applied by a court to the tribunal's decisions.

[85] At the one extreme, a strong preclusive clause, such as the bundle of exclusive jurisdiction, finality and "no *certiorari*" clauses typically found in the statutory schemes administered by labour relations boards, is indicative of a legislative intent to keep judicial review to a minimum. Hence, patent unreasonableness is generally the standard of review applied to labour boards' interpretation of the legislation that they administer.

[86] At the other end of the spectrum are statutory rights of appeal that empower the appellate court to exercise any of the powers of the tribunal, direct the tribunal to take any action that the court considers proper and, for this purpose, to substitute its opinion for that of the tribunal. Rights of appeal from decisions of discipline committees of professional regulatory bodies are often of this kind.

rence en général et dans les complexités du fusionnement de Supérieur et d'ICG en particulier lui donnait, en matière d'interprétation, un avantage tel par rapport aux membres de notre Cour qu'il faille y voir clairement l'intention du Parlement de soumettre la question en litige à la norme de contrôle de la décision déraisonnable. En fin de compte, la question de ce qu'il faut considérer comme «les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence» doit être tranchée selon les paramètres de la Loi, y compris ses objectifs déclarés. Si l'expertise en économie aide à mieux voir les points forts, les points faibles et les conséquences des divers choix possibles, elle ne permet pas de déterminer lequel de ces choix, le cas échéant, est compatible avec la *Loi sur la concurrence*.

iv) La loi constitutive du Tribunal et la portée du contrôle judiciaire

[84] Enfin, les dispositions de la loi constitutive d'un tribunal administratif concernant les motifs de contrôle judiciaire, ou l'existence et la portée d'un droit d'appel, peuvent donner quelque indication sur l'intention du législateur au sujet de la norme de contrôle que les tribunaux judiciaires doivent appliquer aux décisions du tribunal administratif.

[85] À un extrême, une clause limitative forte, du genre des clauses prévoyant à la fois la compétence exclusive, l'irrévocabilité et l'absence de *certiorari* que l'on trouve habituellement dans les régimes législatifs administrés par les commissions des relations de travail, indique la volonté du législateur de réduire le contrôle judiciaire au minimum. La norme de la décision manifestement déraisonnable est donc la norme de contrôle appliquée à l'interprétation par les commissions des relations de travail de la loi dont l'administration leur a été confiée.

[86] À l'autre extrémité de la gamme, on trouve des droits d'appel qui confèrent au tribunal d'appel le pouvoir d'exercer tous les pouvoirs du tribunal administratif, d'ordonner à ce dernier de prendre toute mesure que le tribunal d'appel juge appropriée et, à cette fin, de substituer son opinion à celle du tribunal administratif. Les droits d'appel des décisions des comités de discipline des ordres professionnels sont souvent de ce type.

[87] There is a right of appeal from any decision of the Tribunal to this Court “as if it were a judgment of the Federal Court—Trial Division”, except that, when the appeal is on a question of fact, leave of the Federal Court of Appeal is required: CTA, subsections 13(1) and (2). Section 27 [as. am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 11; S.C. 1990, c. 8, s. 7] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, imposes no limitations on the scope of the right of appeal from final judgments of the Trial Division to the Court of Appeal.

[88] In my opinion, although expeditious decision making is undoubtedly important in the review of mergers, the existence of an unrestricted right of appeal on questions of law, and of a modified right of appeal on questions of fact, must be entered as a factor indicative of Parliament’s intention that the Tribunal’s determinations of questions of law should be reviewable on appeal on a correctness standard.

(v) Conclusion

[89] After weighing the factors to be considered in the pragmatic or functional analysis, and carefully examining the reasons for judgment in *Southam*, *supra*, I have concluded that it is the Court’s function to determine whether the Tribunal was correct to decide that the effects of an anti-competitive merger that may be considered under section 96 are limited to the loss of resources to the economy as a whole resulting from the merger, to the exclusion of effects that relate to other statutory objectives, such as the wealth transfer from consumers to producers as a result of price increases, and the impact on competing small and medium-sized businesses. A proposition of such generality is, to my mind, clearly a question of law.

[90] I am not persuaded that, on an appeal to this Court, either the expertise of the Tribunal, or the degree of indeterminacy inherent in the word, “effects”, indicates that the Court should review the Tribunal’s decision on this issue on a standard other than that of correctness.

[87] Il existe un droit d’appel devant la Cour d’appel fédérale à l’encontre de toutes les décisions du Tribunal «comme s’il s’agissait de jugements de la Section de première instance de cette Cour», sauf que, pour un appel sur une question de fait, il faut l’autorisation de la Cour d’appel fédérale: LTC, paragraphes 13(1) et (2). L’article 27 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 51, art. 11; L.C. 1990, ch. 8, art. 7] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, n’impose pas de limitations à la portée du droit d’appel devant la Cour d’appel des décisions définitives de la Section de première instance.

[88] À mon avis, bien qu’il soit sans aucun doute important que les décisions se prennent rapidement dans l’examen des fusions, l’existence d’un droit d’appel absolu sur les questions de droit et d’un droit d’appel limité sur les questions de fait doit être vue comme un facteur indiquant l’intention du législateur que les décisions du Tribunal sur les questions de droit soient soumises au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte.

v) Conclusion

[89] Après avoir soupesé les facteurs à prendre en compte dans l’analyse pragmatique ou fonctionnelle et examiné attentivement les motifs de l’arrêt *Southam*, précité, j’en suis venu à la conclusion que c’est la fonction de la Cour de déterminer si c’est à bon droit que le Tribunal a décidé que les effets d’un fusionnement anticoncurrentiel qui peuvent être pris en compte dans le cadre de l’article 96 sont limités à la perte de ressources pour l’économie dans son ensemble, à l’exclusion des effets qui se rattachent aux autres objectifs de la Loi, comme le transfert de richesse des consommateurs aux producteurs par suite des hausses de prix et l’impact sur les petites et moyennes entreprises concurrentes. Une proposition aussi générale est, à mon sens, clairement une question de droit.

[90] Je ne suis pas persuadé que, en appel devant la Cour, l’expertise du Tribunal ou le degré d’indétermination du terme «effets» indique que la Cour devrait contrôler la décision du Tribunal sur ce point en fonction d’une norme autre que celle de la décision correcte.

[91] As Iacobucci J. noted in *Southam*, (*supra*, at pages 774-775, paragraph 53) with respect to the statutory requirement for, and to the role of, a judicial member of the Tribunal:

Clearly it was Parliament's view that questions of competition law are not altogether beyond the ken of judges.

This comment seems applicable also to the judges of this Court.

[92] The composition of the Tribunal, and the rights of appeal from its decisions, reflect a carefully constructed compromise between assigning competition law exclusively to the domain of the judiciary, and entrusting it to a "non-judicial" regulatory agency, such as the Federal Trade Commission of the United States, which would operate subject to minimal judicial supervision: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1995] 3 F.C. 557 (C.A.), at page 604 (*per* Robertson J.A.).

Issue 2: The Meaning of Effects in Section 96

[93] The issue here is whether the Tribunal was correct in its interpretation of the phrase, "the effects of any prevention or lessening of competition", when it limited the relevant effects of the anti-competitive merger to those determined by the application of the total surplus standard. In my view, by so limiting the factors to be considered as "effects", the Tribunal erred in law because it failed to ensure that all the objectives of the *Competition Act*, and the particular circumstances of each merger, could be considered in the balancing exercise mandated by section 96.

[94] With respect, I do not agree with the Tribunal's view that the list of objectives in section 1.1 of the *Competition Act* is merely a legislative rationale for the statutory purpose of maintaining and encouraging competition or that, if it is more than that, it should be read subject to the specific and contrary provisions of section 96. My reasons for these conclusions are as follows.

[91] Ainsi que l'a fait observer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Southam* (précité, aux pages 774 et 775, paragraphe 53) à propos de la disposition concernant la présence d'un juge au sein d'une formation du Tribunal et son rôle au sein de celle-ci:

De toute évidence, le Parlement a estimé que les questions de droit de la concurrence ne sont pas tout à fait hors de la portée des juges.

Cette observation semble pouvoir s'appliquer également aux juges de notre Cour.

[92] La composition du Tribunal et les droits d'appel à l'encontre de ses décisions reflètent un compromis élaboré avec soin entre deux partis: attribuer le droit de la concurrence exclusivement aux tribunaux et le confier à un organisme de réglementation «non judiciaire», telle la Federal Trade Commission des États-Unis, soumis à un contrôle judiciaire minimal: *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1995] 3 C.F. 557 (C.A.), à la page 604 (le juge Robertson, J.C.A.).

Question 2: La signification des effets à l'article 96

[93] La question en litige est celle de savoir si c'est à bon droit que le Tribunal, dans son interprétation de la formulation «les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence», a limité les effets pertinents du fusionnement anticoncurrentiel à ceux qui sont déterminés par application du critère du surplus total. À mon avis, en limitant ainsi les facteurs à prendre en compte comme «effets», le Tribunal a commis une erreur en droit, parce qu'il n'a pas fait en sorte que tous les objectifs de la *Loi sur la concurrence* et les circonstances particulières de chaque fusionnement puissent être pris en compte dans l'exercice de pondération prescrit par l'article 96.

[94] Je ne puis souscrire à la position du Tribunal que la liste des objectifs donnée à l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence* n'est que la justification législative de l'objet de la Loi qui est de préserver et de favoriser la concurrence ou que, si elle ne se réduit pas à cela, elle devrait être interprétée comme étant subordonnée aux dispositions particulières et contraires de l'article 96. Ces conclusions sont fondées sur les motifs qui suivent.

(i) The statutory text

(a) subsection 96(1)

[95] Subsection 96(1) directs the Tribunal to consider whether the efficiencies produced by an anti-competitive merger are greater than, and offset, its anti-competitive effects. This is, in substance, a balancing test that weighs efficiencies on one hand, against anti-competitive effects on the other.

[96] Writing of another provision in the *Competition Act* that called for the balancing of various factors, namely the determination of the scope of the relevant market, Iacobucci J. said in *Southam* (*supra*, at page 770, paragraph 43):

A balancing test is a legal rule whose application should be subtle and flexible, but not mechanical. It would be dangerous in the extreme to accord certain kinds of evidence decisive weight. . . . A test would be stilted and impossible of application if it purported to assign fixed weights to certain factors.

Hence, since the efficiency defence requires the Tribunal to balance competing objectives, its operation should remain flexible and not stilted by an overarching and restrictive interpretation. . . .

[97] In referring to “the effects of any prevention or lessening of competition”, subsection 96(1) does not stipulate what effects must or may be considered. When used in non-statutory contexts, the word, “effects”, is broad enough to encompass anything caused by an event. Indeed, even though it does not consider the redistribution of wealth itself to be an “effect” for the purpose of section 96, the Tribunal recognizes, as all commentators do, that one of the *de facto* effects of the merger is a redistribution of wealth: paragraph 446.

[98] In addition, part 5.5 of the MEG explicitly recognises that a merger may have more than one effect:

Where a merger results in a price increase, it brings both a neutral redistribution effect and a negative resource alloca-

i) Le texte législatif

a) Le paragraphe 96(1)

[95] Le paragraphe 96(1) prescrit au Tribunal d'examiner si les gains en efficience produits par un fusionnement anticoncurrentiel surpassent et neutralisent ses effets anticoncurrentiels. Il s'agit, en substance, d'un critère de pondération qui met en balance les gains en efficience d'un côté et les effets anticoncurrentiels de l'autre.

[96] À propos d'une autre disposition de la *Loi sur la concurrence* qui prescrivait la pondération de divers facteurs, à savoir la détermination de l'étendue du marché pertinent, le juge Iacobucci a écrit dans l'arrêt *Southam* (précité, à la page 770, paragraphe 43):

Un tel critère est une règle de droit qui doit être appliquée non pas mécaniquement, mais de manière souple et subtile. Il serait extrêmement dangereux d'accorder à certains types de preuve un poids décisif [. . .] Un critère serait artificiel et impossible à appliquer s'il prétendait accorder un poids fixe à certains facteurs.

D'où il découle que, la défense fondée sur les gains en efficience demandant au Tribunal de pondérer des objectifs qui sont en concurrence, son fonctionnement doit rester souple et ne pas être rendu mécanique par une interprétation contraignante et restrictive.

[97] Le paragraphe 96(1), lorsqu'il mentionne «les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence», n'indique pas les effets qui doivent ou peuvent être pris en compte. Lorsqu'il est employé dans des contextes non législatifs, le terme «effets» est suffisamment large pour embrasser tout ce qui peut être causé par un événement. En fait, même s'il ne considère pas la redistribution de richesse en soi comme un «effet» pour l'application de l'article 96, le Tribunal reconnaît, comme tous ceux qui ont commenté le texte, que l'un des effets de fait du fusionnement est une redistribution de la richesse: paragraphe 446.

[98] En outre, la partie 5.5 des Lignes directrices reconnaît explicitement qu'un fusionnement peut avoir plus d'un effet:

Lorsqu'un fusionnement donne lieu à une augmentation de prix, il entraîne à la fois un effet de redistribution neutre et

tion effect on the sum of producer and consumer surplus (total surplus) within Canada.

The MEG concluded, however, that:

The efficiency gains described above are balanced against the latter effect, i.e., the deadweight loss to the Canadian economy.

[99] Thus, it is not doubted that the redistribution of resources is an effect of an anti-competitive merger, in the sense that it is caused by the exercise of market power created by the merger. Nevertheless, the Tribunal's interpretation of the word, "effects", as it is used in section 96, narrows it to a single effect, namely the loss or inefficient allocation of resources in the economy as a whole as measured by the deadweight loss.

[100] Moreover, the statutory requirement that, for the section 96 defence to succeed, the efficiency gains must be greater than, and offset, the effects of a lessening of competition suggests a more judgmental assessment than is called for by the largely quantitative calculation of deadweight loss that the Tribunal held was statutorily mandated.

[101] Of course, the precise meaning to be given to a word when it appears in a statute, especially if it is commonly used in everyday speech, must be determined by reference to its context. Hence, it was not necessarily an error of law for the Tribunal in this case to give to the word, "effects", a narrower meaning than would normally be ascribed to it in other contexts. The pertinent enquiry is whether, in the context of the *Competition Act*, the Tribunal was correct to narrow its meaning to the single effect of deadweight loss.

(b) subsection 96(3)

[102] I attach some weight to subsection 96(3) of the *Competition Act*, which provides that the Tribunal shall not find that a merger or a proposed merger "is likely to bring about gains in efficiency by reason only of a redistribution of income between two or more persons." Hence, subsection 96(3) expressly limits the

un effet négatif sur la répartition des ressources sur la somme des surplus du producteur et du consommateur (surplus total) au Canada.

Cependant, les lignes directrices concluent:

Les gains en efficacité décrits ci-dessus sont comparés au dernier de ces effets, c'est-à-dire à la perte sèche pour l'économie canadienne.

[99] Donc, il n'y a pas de doute que la redistribution des ressources est un effet d'un fusionnement anticoncurrentiel, au sens qu'elle est causée par l'exercice de la puissance commerciale créée par le fusionnement. Néanmoins, l'interprétation donnée par le Tribunal au terme «effets», tel qu'il est employé à l'article 96, restreint son sens à un effet unique, à savoir la perte de ressources ou leur répartition inefficace dans l'ensemble de l'économie, mesurée par la perte sèche.

[100] En outre, l'exigence posée par la Loi que les gains en efficacité, pour que la défense fondée sur l'article 96 soit accueillie, doivent surpasser et neutraliser les effets de la diminution de la concurrence suggère une appréciation faisant plus appel au jugement que le calcul largement quantitatif de la perte sèche qui serait prescrit par la Loi selon l'interprétation du Tribunal.

[101] Il va de soi que le sens précis qu'il faut donner à un terme lorsqu'il est employé dans une loi, surtout s'il est employé couramment dans le langage ordinaire, doit être déterminé en fonction du contexte. Ce n'était donc pas nécessairement une erreur de droit pour le Tribunal de donner au terme «effets», en l'espèce, un sens plus étroit que celui qu'on lui attribue normalement dans d'autres contextes. La question qu'il faut se poser, c'est si, dans le contexte de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal a eu raison de restreindre son sens au seul effet de la perte sèche.

b) Le paragraphe 96(3)

[102] J'attache un certain poids au paragraphe 96(3) de la *Loi sur la concurrence*, qui dispose que le Tribunal ne doit pas conclure «en raison seulement d'une redistribution de revenu entre plusieurs personnes, qu'un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en

weight accorded to redistribution in assessing the efficiencies generated by a merger.

[103] No similar limitation is imposed by the Act on the effects side of the balance. If Parliament had intended redistribution of income to be excluded altogether from the “effects” of an anti-competitive merger, as the Tribunal held, the drafter might well have been expected to have made an express provision, similar to that contained in subsection 96(3) with respect to the efficiencies side of the balance. The absence of such a provision suggests that, contrary to the Tribunal’s conclusion, Parliament did not intend to impose such a limitation on the “effects” side.

(ii) Statutory purposes and objectives

(a) section 1.1

[104] I turn now to section 1.1 of the *Competition Act* which, for convenience’s sake, I set out again.

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

[105] I see nothing in the wording of this provision to indicate that it is anything other than a typical statutory purposes clause, and should be construed accordingly. As is not uncommon in such clauses, not all of the stated purposes or objectives can be served at the same time, nor are all necessarily consistent.

[106] For instance, the objective of expanding “opportunities for Canadian participation in world markets” may be irrelevant when the merged entity is unlikely to compete abroad. Further, as is the case here, there may be a conflict between the aim of promoting “the efficiency and adaptability of the

efficience». Donc, le paragraphe 96(3) limite expressément le poids à accorder à la redistribution dans l’appréciation des gains en efficience produits par un fusionnement.

[103] La Loi n’impose pas de limitation semblable du côté des effets. Si le Parlement avait voulu que la redistribution du revenu soit complètement exclue des «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel, ainsi qu’a statué le Tribunal, on s’attendrait à trouver une disposition explicite, similaire à celle du paragraphe 96(3) qui porte sur les gains en efficience. L’absence d’une telle disposition laisse penser que, contrairement à la conclusion du Tribunal, le Parlement n’entendait pas imposer une telle limitation du côté des «effets».

ii) L’objet et les objectifs de la Loi

a) L’article 1.1

[104] J’en viens maintenant à l’article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*, que je reproduis à nouveau, par souci de commodité:

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

[105] Je ne vois rien dans le texte de cette disposition qui indique qu’il s’agirait d’autre chose que d’une disposition ordinaire déclarant l’objet de la loi, qu’il faut interpréter comme telle. Ainsi qu’il arrive assez souvent dans ces dispositions, il n’est pas possible de répondre à tous les objectifs en même temps et ceux-ci ne sont pas forcément compatibles.

[106] Par exemple, l’objectif d’«améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux» peut être non pertinent lorsqu’il est probable que l’entité fusionnée n’affrontera pas la concurrence à l’étranger. De plus, comme c’est le cas en l’espèce, il peut y avoir un conflit entre l’objectif de

Canadian economy” and providing consumers with “competitive prices and product choices”. In addition, of course, the wording of a particular provision in a statute may be so clear and precise that it must be regarded as overriding an ambiguous purpose clause.

[107] Nonetheless, despite the typically indeterminate quality and inherent inconsistencies of purpose or objectives clauses, including section 1.1, statutory provisions containing general statements of legislative purpose are integral to the statute and can carry as much weight as its other sections: Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Butterworths, 1994), pages 263-268. Thus, a purpose clause serves as a guide to the court or tribunal in its interpretation of other statutory provisions: *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, at page 765, and may establish the parameters within which it must interpret the provisions of the statute: *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd*, [1989] 2 S.C.R. 983, at page 1028.

[108] In my view, section 1.1 suggests that an interpretation of “effects” should not focus exclusively on one of the objectives of promoting competition, namely, promoting the efficiency and adaptability of the economy. Rather, the “effects” to be considered under section 96 should also include the other statutory objectives to be served by the encouragement of competition that an anti-competitive merger may frustrate, such as the ability of medium and small businesses to participate in the economy, and the availability to consumers of a choice of goods at competitive prices.

[109] Indeed, in moving the second reading of Bill C-91, *An Act to establish the Competition Tribunal and to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof*, 1st Session, 33rd Parliament, 1984-85-86, which became the *Competition Act* and *Competition Tribunal Act*, the Minister of Consumer and Corporate Affairs and Canada Post noted (*House of Commons Debates*

«stimuler l’adaptabilité et l’efficience de l’économie canadienne» et celui d’«assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits». Il va également de soi que la formulation d’une disposition particulière dans une loi peut être si claire et si précise qu’il faut y voir une dérogation à une disposition ambiguë déclarant l’objet de la loi.

[107] Néanmoins, malgré le caractère ordinairement indéterminé des dispositions déclarant l’objet de la loi, comme l’article 1.1, et les incompatibilités qui leur sont propres, les dispositions contenant un exposé général de l’objet de la loi font partie intégrante de la loi et peuvent avoir autant de poids que les autres articles d’une loi: Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Butterworths, 1994), pages 263 à 268. Ainsi, une telle disposition peut servir de guide aux tribunaux judiciaires ou administratifs dans l’interprétation d’autres dispositions de la loi: *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, à la page 765, et peut établir les paramètres en fonction desquels ils doivent interpréter les dispositions de la loi: *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd*, [1989] 2 R.C.S. 983, à la page 1028.

[108] À mon avis, l’article 1.1 donne à penser que l’interprétation des «effets» ne devrait pas se concentrer exclusivement sur l’un des objectifs de la promotion de la concurrence, soit de stimuler l’adaptabilité et l’efficience de l’économie canadienne. Les «effets» à prendre en compte dans le cadre de l’article 96 devraient également comprendre les autres objectifs auxquels répond l’encouragement de la concurrence susceptible d’être empêchée par un fusionnement anticoncurrentiel, comme la capacité de la petite et moyenne entreprise de participer à l’économie et la disponibilité pour les consommateurs d’un choix de marchandises à des prix compétitifs.

[109] En fait, en proposant la seconde lecture du projet de loi C-91, *Loi constituant le Tribunal de la concurrence, modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois*, 1^{re} session, 33^e législature, 1984-85-86, qui est devenu la *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, le ministre de la Consommation et des

(April 7, 1986) at page 11927):

The fourth but not the least objective is to provide consumers with competitive prices and product choices. As such, this objective becomes the common denominator in what we are trying to achieve. This is the ultimate objective of the Bill. [Emphasis added.]

[110] In spite of the existence of the multiple and ultimately inconsistent objectives set out in section 1.1, in certain instances the Act clearly prefers one objective over another. Thus, section 96 gives primacy to the statutory objective of economic efficiency, because it provides that, if efficiency gains exceed, and offset, the effects of an anti-competitive merger, the merger must be permitted to proceed, even though it would otherwise be prohibited by section 92. In this sense, the Tribunal was correct to state that section 96 gives paramountcy to the statutory objective of economic efficiency.

[111] However, it does not follow from this that the only effects to be weighed against efficiency gains are limited to potential losses to the economy as a whole. Indeed, in the same Parliamentary speech referred to above, the Minister indicated (Debates, *supra*, at page 11928) that the question posed to the Tribunal is:

Would a particular merger result in efficiency gains which would offset any negative effects on competition? [Emphasis added.]

[112] Thus, although section 96 requires the approval of an anti-competitive merger where the efficiencies generated are greater than, and offset, its anti-competitive effects, the ultimate preference for the objective of efficiency in no way restricts the countervailing “effects” to deadweight loss. Instead, the word, “effects”, should be interpreted to include all the anti-competitive effects to which a merger found to fall within section 92 in fact gives rise, having regard to all of the statutory purposes set out in section 1.1.

(b) “economic” purposes

[113] In support of the position that the only effects of a merger that can be considered under section 96

Affaires Commerciales et de Postes Canada a déclaré (*Débats de la Chambre des Communes* (7 avril 1986), à la page 11927):

La mesure a pour quatrième objectif, et non le moindre, d’assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. Cet objectif constitue en fait le dénominateur commun de nos initiatives. Voilà l’objectif ultime de ce projet de loi. [Non souligné dans l’original.]

[110] Malgré l’existence des objectifs multiples et finalement incompatibles énumérés à l’article 1.1, dans certains cas la Loi privilégie manifestement un objectif par rapport à l’autre. Ainsi, l’article 96 donne la primauté à l’objectif législatif de l’efficacité économique, parce qu’il dispose que, si les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets d’un fusionnement anticoncurrentiel, il faut permettre le fusionnement, malgré le fait qu’il serait autrement interdit par l’article 92. Dans ce sens, le Tribunal avait raison de dire que l’article 96 accorde la primauté à l’objectif législatif de l’efficacité économique.

[111] Toutefois, il ne s’ensuit pas que les seuls effets à comparer aux gains en efficacité se limitent aux pertes potentielles pour l’économie dans son ensemble. En effet, dans le discours à la Chambre des communes cité ci-dessus, le ministre a indiqué (*Débats*, précité, à la page 11928) que la question posée au Tribunal était la suivante:

Un fusionnement en particulier permettrait-il des gains d’efficacité qui compenseraient les effets négatifs sur la concurrence? [Non souligné dans l’original.]

[112] Ainsi, bien que l’article 96 prescrive l’approbation d’un fusionnement anticoncurrentiel lorsque les gains en efficacité en découlant surpassent et neutralisent ses effets anticoncurrentiels, la préférence ultime accordée à l’objectif de l’efficacité ne restreint d’aucune façon les «effets» à prendre en compte à la seule perte sèche. Il faut plutôt interpréter le terme «effets» de manière à comprendre tous les effets anticoncurrentiels qu’entraîne effectivement un fusionnement auquel s’applique l’article 92, compte tenu de tous les objectifs de la loi énumérés à l’article 1.1.

b) Les objectifs «économiques»

[113] À l’appui de leur position que les seuls effets d’un fusionnement qui peuvent être pris en compte

are the resources lost to the economy as a whole, the respondents argued that the Supreme Court of Canada in *Southam* (*supra*, at page 772, paragraphs 48 and 49) authoritatively characterized the aims and objectives of the *Competition Act* as “more ‘economic’ than the are strictly ‘legal’” and as “peculiarly economic”. In my opinion, however, these statements are not dispositive of the issue under consideration here, namely, whether the Tribunal’s interpretation of “effects” was correct.

[114] First, while these statements were clearly directed to the purposes of the *Competition Act* administered by the Tribunal, they were made in the context of the pragmatic or functional analysis conducted to determine the appropriate standard of review. When he used the words quoted above, Iacobucci J. was characterizing the purpose of the Act in order to delineate the areas of expertise of the Court and the Tribunal respectively. Hence, they are not decisive in the context of the issue at stake here, namely, determining which effects of an anti-competitive merger may be considered as “effects” under section 96.

[115] Second, a characterization of the objectives of the *Competition Act* as economic does not necessarily lead to the conclusion that it is only permissible to consider as “effects” under section 96 the resources likely to be lost to the economy as a whole. I would have thought that the extent to which a merger is likely to result in the elimination of small and medium-sized businesses from a market, or to cause consumers to pay more than competitive prices, are sufficiently “economic” to fall within Iacobucci J.’s characterization of the aims and objectives of the Act.

[116] Third, I have already noted the inclusion of persons with a wide range of backgrounds on the Advisory Council that the Minister of Industry must consult before making recommendations to the Governor in Council on the appointment of lay members to the Tribunal. The statutory inclusion of Council

dans le cadre de l’article 96 sont les ressources perdues pour l’économie dans son ensemble, les intimées font valoir que, selon la position établie par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Southam* (précité, à la page 772, paragraphes 48 et 49) et qui fait jurisprudence, les objectifs de la *Loi sur la concurrence* sont davantage «“économiques” que strictement “juridiques”» et sont «singulièrement économiques». À mon avis, cette prise de position ne tranche pas la question examinée ici, à savoir si l’interprétation donnée par le Tribunal au terme «effets» était correcte.

[114] En premier lieu, ces prises de position visaient manifestement l’objet de la *Loi sur la concurrence* administrée par le Tribunal, mais elles sont intervenues dans le contexte de l’analyse pragmatique ou fonctionnelle appliquée en vue de déterminer la norme de contrôle appropriée. Lorsqu’il a utilisé les termes cités ci-dessus, le juge Iacobucci visait à qualifier l’objet de la Loi en vue de définir les domaines d’expertise respectifs de la Cour et du Tribunal. Ces prises de position ne sont donc pas déterminantes dans le contexte de la question en litige en l’espèce, à savoir lesquels parmi les effets d’un fusionnement anticoncurrentiel peuvent être considérés comme des «effets» dans le cadre de l’article 96.

[115] Deuxièmement, même si l’on qualifie d’économiques les objectifs de la *Loi sur la concurrence*, il n’en résulte pas qu’on ne peut considérer comme des «effets» dans le cadre de l’article 96 que les ressources qui seront vraisemblablement perdues pour l’économie dans son ensemble. J’aurais pensé que la mesure dans laquelle un fusionnement entraînera vraisemblablement l’élimination du marché de petites et moyennes entreprises ou aura pour conséquence que les consommateurs paieront des prix supérieurs aux prix concurrentiels est suffisamment «économique» pour entrer dans la qualification de l’objet et des objectifs de la Loi qu’a donnée le juge Iacobucci.

[116] Troisièmement, j’ai déjà noté la présence de personnes provenant d’un large éventail de milieux professionnels dans le conseil consultatif que le ministre de l’Industrie doit consulter avant de faire des recommandations au gouverneur en conseil sur la nomination de membres non-juges au Tribunal. Le fait

members from a wide range of backgrounds, including consumer groups and labour, suggests that the perspectives of those appointed are likely to extend beyond general welfare economics. This, in turn, is an indication that the Act itself is not concerned with “economics” so narrowly conceived as to exclude from consideration under section 96 the redistributive effects of higher prices that consumers will have to pay as a result of the merger, or its impact on small and medium-sized businesses.

[117] The Tribunal stated that taking into account a broader range of anti-competitive effects of a merger than the deadweight loss would license members of the Tribunal “to advance their views on the social merit of various groups in society” or “to achieve the proper distribution of income in society”. These “political” tasks, the Tribunal stated, cannot be regarded as mandated by the Act, because they are not within the expertise of the members of the Tribunal, who “are selected for their expertise and experience in order to evaluate evidence that is economic and commercial in nature”: paragraph 431.

[118] In my view, this conclusion gives insufficient weight to the range of experience and perspectives that the Act contemplates that the members of the Tribunal may possess, and overstates the degree of “social engineering” involved in considering a broad range of anti-competitive effects under section 96. Like other regulatory administrative tribunals, the Tribunal is charged with the responsibility of protecting the public interest, which it does by striking a balance among conflicting interests and objectives in a manner that respects the text and purposes of the legislation, is informed both by technical expertise and by the judgment that comes from its members’ varied experiences, and is responsive to the particularities of the case.

[119] Of course, balancing competing objectives in order to determine where the public interest lies in a given case requires the exercise of discretion. However, the procedure and composition of the Tribunal

que la Loi prévoit que les membres du conseil proviennent d’un large éventail de milieux professionnels, y compris de groupes de consommateurs et du monde du travail, donne à penser que les perspectives des membres nommés s’étendent vraisemblablement au-delà de l’économie générale du bien-être. Cela indique que la Loi ne s’intéresse pas à l’«économie» conçue de façon si étroite qu’il faille, dans le cadre de l’article 96, ne pas considérer les effets de redistribution des prix plus élevés que les consommateurs devront payer par suite du fusionnement, ou l’impact du fusionnement sur les petites et moyennes entreprises.

[117] Le Tribunal a indiqué que la prise en compte d’effets anticoncurrentiels d’un fusionnement autres que la perte sèche autoriserait les membres du Tribunal à «exprimer leur opinion sur la valeur sociale des divers groupes de la société» ou à «favoriser une juste répartition du revenu dans la société». Selon le Tribunal, on ne peut penser que ces fonctions «politiques» ont été prévues par la Loi, parce qu’elles ne font pas partie de l’expertise des membres du Tribunal, lesquels «y sont nommés à cause de leur expertise et de leur expérience pour évaluer des éléments de preuve de nature économique ou commerciale»: paragraphe 431.

[118] À mon avis, cette conclusion ne tient pas suffisamment compte du vaste éventail d’expérience et de perspectives que la Loi prévoit chez les membres du Tribunal et exagère le degré d’«ingénierie sociale» que suppose la considération d’un vaste éventail d’effets anticoncurrentiels dans le cadre de l’article 96. Comme d’autres tribunaux administratifs de réglementation, le Tribunal est chargé de la responsabilité de protéger l’intérêt public, ce qui suppose qu’il établit un équilibre entre des intérêts et des objectifs contradictoires d’une manière qui respecte le texte et l’objet de la loi, qui est éclairée à la fois par l’expertise technique et par le jugement provenant de l’expérience diversifiée de ses membres et qui tient compte des particularités de l’espèce.

[119] Il va de soi que le fait de pondérer des objectifs en concurrence pour déterminer où se situe l’intérêt public dans un cas donné nécessite l’exercice d’un pouvoir d’appréciation. Toutefois, la procédure et

equip it for this task no less well than those of other independent, specialized, administrative tribunals that are required to perform similar balancing exercises in the discharge of their regulatory functions.

[120] Finally, I also find it difficult to accept the Tribunal's interpretation of the Act for the following two reasons. First, when Bill C-91 was introduced in Parliament it was widely regarded as a consumer protection measure. Thus, the Minister responsible stated in the House of Commons (Debates, *supra*, at page 11927) that the Consumers' Association of Canada saw the Bill as promising "real progress for consumers". Indeed, the guidebook introduced when the legislation was first tabled states (Consumer and Corporate Affairs Canada, *Competition Law Amendments: A Guide* (December 1985), page 4):

Consumers and small business are among the prime beneficiaries of an effective competition policy.

[121] In addition, the background document released when the amendments were previously tabled (Consumer and Corporate Affairs Canada, *Combines Investigation Act Amendments: Background Information and Explanatory Notes* (April 1984), page 2), states that:

. . . the Bill is concerned with fairness in the functioning of markets—fairness between producers and consumers, fairness between businesses and their suppliers, and suppliers and their customers.

[122] It thus seems to me unlikely that Parliament either intended or understood that the efficiency defence would allow an anti-competitive merger to proceed, regardless of how much the merged entity might raise prices, provided only that the efficiencies achieved by the merger exceeded the resulting loss of resources in the economy at large. As Reed J. noted in the *Hillsdown* case, *supra*, at pages 337-338, differences in the drafting of the efficiency defence in the precursors to Bill C-91, which were not enacted, point in the same direction, and are considered in para-

la composition du Tribunal lui permettent d'exercer cette fonction tout autant que celles d'autres tribunaux administratifs spécialisés, indépendants, qui doivent aussi se livrer à de tels exercices de pondération dans l'exercice de leurs fonctions de réglementation.

[120] Enfin, j'ai de la difficulté à accepter l'interprétation de la Loi donnée par le Tribunal pour les deux raisons suivantes. D'abord, lorsque le projet de loi C-91 a été présenté au Parlement, nombreux étaient ceux qui y voyaient une mesure de protection des consommateurs. Ainsi, le ministre responsable de l'application de la Loi a rappelé à la Chambre des communes (Débats, précité, à la page 11927) que l'Association des consommateurs canadiens considérait la nouvelle Loi comme «prometteuse pour les consommateurs». Le guide publié lorsque le projet de loi a été présenté en première lecture déclarait (Consommation et Corporations Canada, *Réforme de la législation sur la concurrence: guide* (décembre 1985), page 4):

Les consommateurs et les petites entreprises sont au nombre des premiers bénéficiaires d'une politique de concurrence efficace.

[121] En outre, le document d'information publié au moment du dépôt antérieur des modifications (Consommation et Corporations Canada, *Modifications de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions: documentation de base et notes explicatives* (avril 1984), page 2), indique que l'un des principes inspirant le projet de loi est de:

[. . .] veiller à ce que l'équité soit respectée sur les marchés, entre producteurs et consommateurs, entre fournisseurs et clients, et entre grands et petits producteurs.

[122] Il me semble donc peu vraisemblable que le Parlement ait voulu dire ou compris que la défense fondée sur les gains en efficacité permettrait la réalisation d'un fusionnement anticoncurrentiel, abstraction faite des hausses de prix que pourrait imposer l'entité fusionnée, à condition seulement que les gains en efficacité découlant du fusionnement surpassent la perte de ressources en découlant pour l'économie dans son ensemble. Ainsi que le juge Reed l'a fait observer dans l'affaire *Hillsdown*, précitée, aux pages 337 et 338, les formulations différentes de la

graphs 149-151, *infra*.

[123] Second, the result of applying the total surplus standard has some consequences that are so paradoxical in light of the consumer protection objectives of the Act that Parliament should not be regarded as having intended to limit the “effects” of the merger for the purpose of section 96 to deadweight loss. For example, use of the total surplus standard for calculating the anti-competitive effects of a merger makes it easier to justify a merger between suppliers of goods for which demand is relatively inelastic than of goods for which demand is relatively elastic.

[124] This is because, where the demand for particular goods is inelastic, as it is for propane, the goods cannot be substituted as cost-effectively as where the demand is elastic. Hence, price increases that result from the exercise of market power are tolerated more by purchasers of goods for which the demand is inelastic than by purchasers of those where the demand is elastic. Thus, since purchasers of goods for which demand is inelastic are relatively insensitive to price, fewer will purchase substitute goods despite increases in price. Therefore, a significant price increase will result in a smaller deadweight loss in a product where demand is inelastic than where it is elastic.

[125] Thus, on the Tribunal’s interpretation of section 96, the more inelastic the demand for the goods produced by the merged entity, the smaller will be the efficiencies required from the merger in order to offset its anti-competitive effects. It follows on this reasoning that, for the purpose of balancing efficiencies and effects, a potentially large wealth transfer from consumers of goods for which demand is inelastic to producers is to be ignored.

[126] It is certainly not obvious how an interpretation of “effects” that creates a differential treatment of

défense fondée sur les gains en efficience dans les versions antérieures au projet de loi C-91, qui n’ont pas été adoptées, vont dans le même sens; elles sont traitées aux paragraphes 149 à 151, ci-après.

[123] En second lieu, l’application du critère du surplus total entraîne certaines conséquences si paradoxales par rapport aux objectifs de protection du consommateur de la Loi qu’on ne peut penser que le Parlement a voulu limiter les «effets» du fusionnement, dans le cadre de l’article 96, à la perte sèche. Par exemple, l’utilisation du critère du surplus total pour le calcul des effets anticoncurrentiels d’un fusionnement justifie plus facilement un fusionnement entre des fournisseurs de produits dont la demande est relativement inélastique qu’entre des fournisseurs de produits dont la demande est relativement élastique.

[124] Cela tient à ce que, lorsque la demande de produits particuliers est inélastique, comme c’est le cas pour le propane, les produits ne peuvent être substitués d’une manière aussi efficiente que lorsque la demande est élastique. Il en résulte que les hausses de prix résultant de l’exercice de la puissance commerciale sont tolérées davantage par les acheteurs de produits dont la demande est inélastique que par les acheteurs de produits dont la demande est élastique. Ainsi, les acheteurs de produits dont la demande est inélastique étant relativement insensibles aux variations de prix, ils seront moins nombreux à acheter des produits de substitution par suite de hausses de prix. Donc, une hausse de prix importante entraînera une perte sèche moindre sur un produit dont la demande est inélastique que sur un produit dont la demande est élastique.

[125] Ainsi, selon l’interprétation que donne le Tribunal de l’article 96, plus la demande des produits de l’entité fusionnée est inélastique, moins les gains en efficience nécessaires pour compenser les effets anticoncurrentiels du fusionnement seront élevés. Il découle de ce raisonnement que, pour compenser les gains en efficience et les effets, il ne faut pas tenir compte d’un transfert de richesse potentiellement important des consommateurs aux producteurs dans le cas de produits dont la demande est inélastique.

[126] Il est certainement très difficile de voir de quelle façon une interprétation des «effets» qui crée

mergers by reference to the elasticity of demand for the goods produced by the merged entity is rationally related to any of the statutory aims of the *Competition Act*.

[127] Another consequence of limiting the anti-competitive “effects” of a merger to deadweight loss is that it is irrelevant that the merger results in the creation of a monopoly in one or more of the merged entity’s markets. According to the Tribunal, the fact that the merged entity of Superior and ICG will eliminate all consumer choice, and remove all competition, in the propane supply market, as it is likely to do in Atlantic Canada, for example, is not an “effect” that legally can be weighed under section 96 against the efficiency gains from the merger.

[128] Again, such a conclusion seems to me so at odds with the stated purpose of the Act, namely “to maintain and encourage competition”, and the statutory objectives to be achieved thereby, as to cast serious doubt on the correctness of the Tribunal’s interpretation of section 96.

[129] Given the purposes historically pursued by competition legislation and, in particular, the expressly stated purpose and objectives of the *Competition Act*, it is reasonable to infer from Parliament’s failure to state expressly that only deadweight loss is to be considered as an “effect” of a merger for the purpose of section 96, that other effects related to the statutory purpose and objectives, including the interests of the consumers of the merged entity’s products, must also be taken into account when the trade-off is made between efficiencies and anti-competitive effects.

(iii) Predictability

[130] It was strenuously argued by counsel for the respondents that, since one of the objectives of the *Competition Act* set out in section 1.1 is to “promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy”, it was important for business people to be able

une disparité de traitement entre les fusionnements en fonction de l’élasticité de la demande des produits fabriqués par l’entité fusionnée peut se rattacher rationnellement à l’un des objectifs de la *Loi sur la concurrence*.

[127] Une autre conséquence de la limitation des «effets» anticoncurrentiels d’un fusionnement à la perte sèche est qu’il importe peu que le fusionnement entraîne un monopole sur un ou plusieurs des marchés de l’entité fusionnée. Selon le Tribunal, le fait que l’entité formée par le fusionnement de Supérieur et d’ICG éliminera tout choix des consommateurs et supprimera toute concurrence sur le marché de la fourniture du propane, comme ce sera vraisemblablement le cas dans les provinces de l’Atlantique, par exemple, n’est pas un «effet» qui peut légalement être comparé, dans le cadre de l’article 96, aux gains en efficience découlant du fusionnement.

[128] Encore ici, une telle conclusion me semble en contradiction si nette avec l’objet déclaré de la Loi, à savoir «de préserver et de favoriser la concurrence», et avec les objectifs à atteindre par ce moyen, que cela suscite un doute grave sur le bien-fondé de l’interprétation de l’article 96 donnée par le Tribunal.

[129] Étant donné l’objet historique de la législation en matière de concurrence et, en particulier, l’objet et les objectifs expressément déclarés de la *Loi sur la concurrence*, on peut raisonnablement déduire du fait que le Parlement n’a pas expressément disposé que seule la perte sèche doit être prise en compte comme «effet» d’un fusionnement dans le cadre de l’article 96, que les autres effets liés à l’objet et aux objectifs de la Loi, notamment les intérêts des consommateurs des produits de l’entité fusionnée, doivent également être pris en compte dans l’analyse comparative des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels.

iii) Prévisibilité

[130] Les avocats des intimées ont soutenu vigoureusement que, l’un des objectifs de la *Loi sur la concurrence* exposés à l’article 1.1 étant de «stimuler l’adaptabilité et l’efficience de l’économie canadienne», il était important pour les chefs d’entreprise

to predict whether or not a proposed merger was likely to receive regulatory approval. Otherwise, they might be deterred from entering into a merger that would violate section 92 by substantially lessening competition, but would increase wealth in the Canadian economy as a whole by producing substantial efficiency gains.

[131] Hence, it was argued, it is consistent with the purpose of section 96 to interpret the efficiency defence as requiring the use of the total surplus standard to determine the anti-competitive effects of a merger, because the use of this standard makes the result of the section 96 balancing exercise much more predictable. While far from self-applying, the total surplus standard will generally make it much easier than the balancing weights approach favoured by the Commissioner to predict what will be the “effects” of a merger.

[132] While not without some attraction, this argument when considered alone is far from dispositive in a regulatory context. And, when assessed with the stronger arguments pointing in the opposite direction, it does not in my view significantly buttress the Tribunal’s interpretation of section 96.

[133] First, discretionary decision making in the regulation of economic activity is commonplace and predictability of outcome is a matter of degree. Indeed, since discretion is essential to the efficacy of most regulatory regimes, the interest of individuals in being able to arrange their affairs in the more or less certain knowledge of how they will be regarded by agencies of the state is not so highly valued as in other areas (such as taxation or criminal law) where the state impinges on individual conduct.

[134] Hence, even if true, the submission that the total surplus standard may make the result of the balancing exercise more predictable than the balancing

d’être en mesure de prévoir si un fusionnement proposé recevrait vraisemblablement l’approbation réglementaire. Autrement, ils pourraient être dissuadés de conclure un fusionnement qui contreviendrait à l’article 92 du fait qu’il diminue sensiblement la concurrence, mais qui augmenterait la richesse dans l’ensemble de l’économie en produisant des gains en efficience importants.

[131] D’où, a-t-on plaidé, il découle qu’il est conforme à l’objet de l’article 96 d’interpréter la défense fondée sur les gains en efficience d’une manière qui impose le critère du surplus total pour la détermination des effets anticoncurrentiels d’un fusionnement, parce que l’application de ce critère rend l’exercice de pondération effectué selon l’article 96 beaucoup plus prévisible. Bien que loin d’être d’application automatique, le critère du surplus total permettra généralement beaucoup plus facilement de prévoir quels seront les «effets» d’un fusionnement que la méthode des coefficients pondérateurs privilégiée par le commissaire.

[132] Bien qu’il ne soit pas dépourvu d’attrait, cet argument, considéré en lui-même, est loin d’être déterminant dans le contexte de la réglementation. Et, lorsqu’on l’apprécie par rapport aux arguments plus forts en sens opposé, il n’étaye guère, à mon avis, l’interprétation que le Tribunal donne de l’article 96.

[133] D’abord, les pouvoirs discrétionnaires sont chose courante dans la réglementation de l’activité économique et la prévisibilité du résultat est une question de degré. En fait, comme le pouvoir discrétionnaire est essentiel à l’efficacité de la plupart des régimes de réglementation, l’intérêt pour l’individu de pouvoir organiser ses affaires en connaissant de façon plus ou moins certaine la façon dont elles seront appréciées par les organismes de l’État n’est pas aussi grand que dans d’autres domaines (comme la fiscalité ou le droit pénal) où l’État affecte la conduite individuelle.

[134] Donc, à supposer qu’elle soit vraie, l’affirmation que le critère du surplus total peut rendre le résultat de l’exercice de pondération plus prévisible

weights approach must be assessed in the context of the administration of a public programme of economic regulation.

[135] Second, one should not exaggerate the differences in the degrees of predictability inherent in the total surplus and balancing weights standards for determining the “effects” of an anti-competitive merger. Given the difficulties of, for example, assessing both the relative elasticity of demand for the goods produced or supplied by a merged entity, and the qualitative aspect of deadweight loss, the application of the total surplus standard is far from mechanical. Indeed, while Part 5.5 of the MEG has adopted the total surplus standard, it also states that the “calculation of the likely anticompetitive effects of mergers is generally very difficult to make”. See also Roy M. Davidson, “When Merger Guidelines Fail to Guide” (1991), 12:4 *Canadian Competition Policy Record* 44, at pages 46-47.

[136] Conversely, it is in my view far from a fatal objection to the balancing weights approach that its proponent at the hearing before the Tribunal, Professor Townley, testified that, as an economist, he was unable to determine what were the effects of the merger of Superior and ICG and whether the efficiencies likely to be produced thereby were greater than, and offset, them. I take his point simply to have been that he was called as a witness expert in economics and that the balancing exercise called for by section 96 required broader public policy judgments that were outside his area of expertise, but were for the Tribunal to make as it thought would best advance the public interest within the parameters of the Act.

[137] Third, there are various tools available to administrative agencies that enable them to give more precision, and hence predictability of application, to the discretionary statutory standards that they must apply to particular fact situations: speeches by members of the administrative agency detailing agency thinking on an issue, and more formal published

que la méthode des coefficients de pondération doit s’apprécier dans le contexte de l’administration d’un programme public de réglementation économique.

[135] Deuxièmement, il ne faut pas exagérer les différences de degré de prévisibilité entre le critère du surplus total et la méthode des coefficients pondérateurs en vue de déterminer les «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel. Étant donné les difficultés, par exemple, que pose l’appréciation tant de l’élasticité relative de la demande de produits fabriqués ou vendus par l’entité fusionnée que de l’aspect qualitatif de la perte sèche, l’application du critère du surplus total est loin d’être mécanique. Et même si la partie 5.5 des Lignes directrices adopte le critère du surplus total, elle indique également que «[l]e calcul des effets anticoncurrentiels vraisemblables des fusionnements est généralement très difficile à effectuer». Voir également Roy M. Davidson, «When Merger Guidelines Fail to Guide» (1991), 12:4 *Canadian Competition Policy Record* 44, aux pages 46 et 47.

[136] Inversement, à mon avis, c’est loin d’être une objection fatale à la méthode des coefficients pondérateurs si celui qui l’a proposée à l’audience devant le Tribunal, le professeur Townley, a témoigné que, en qualité d’économiste, il était incapable de déterminer quels étaient les effets du fusionnement de Supérieur et d’ICG et si les gains en efficacité qui en découleront vraisemblablement surpasseront et neutraliseront ces effets. Je pense qu’il a simplement voulu dire qu’il a été cité comme témoin expert en économie et que l’exercice de pondération prévu par l’article 96 exigeait des jugements plus larges de politique gouvernementale qui n’entraient pas dans son domaine d’expertise, mais qu’il incombait au Tribunal de porter de la façon qu’il jugeait la plus conforme à l’intérêt public à l’intérieur des paramètres de la Loi.

[137] Troisièmement, il existe divers instruments à la disposition des organismes administratifs pour leur permettre de donner plus de précision, et donc une plus grande prévisibilité d’application, aux critères législatifs discrétionnaires qu’ils doivent appliquer à des situations de fait: des discours des membres de l’organisme administratif exposant les positions de

policy guidelines that can be elaborated and tailored from time to time to take account of agency experience with administering the regulatory scheme, for example. I discuss below the MEG issued by the Commissioner, in so far as they deal with the Competition Bureau's view of the interpretation of section 96.

[138] In addition, parties contemplating a merger may submit details to the Commissioner at an early stage of the process in order to obtain an initial indication of whether approval is likely to be forthcoming and, if the Commissioner thinks that there may be problems, what they are and how they may be addressed. Administrative adjudication is only the rarely seen, though important, tip of the regulatory process iceberg.

[139] Hence, even if the total surplus standard provides more predictability to prospective merging parties, when compared, for instance, to the balancing weights approach, the predictability argument is not sufficiently compelling to persuade me that it is the methodology mandated by section 96 for determining the "effects" of an anti-competitive merger in all cases.

(iv) Merger Enforcement Guidelines

[140] Both the Tribunal and, on appeal, counsel for the respondents, gave considerable weight to the MEG, issued in 1991 by the Director of Investigation and Research, Bureau of Competition Policy.

[141] Part 5.5 of the MEG state that efficiency gains are to be balanced only against "a negative resource allocation effect on the sum of producer and consumer surplus (total surplus) within Canada"; in other words, "the deadweight loss to the Canadian economy". It also states that the redistribution of wealth as a result of price increases stemming from the merger is "neutral", noting in footnote 57 that:

l'organisme sur une question, et des lignes directrices publiées, plus officielles, qui peuvent être élaborées et adaptées pour tenir compte de l'expérience de l'organisme dans l'administration du régime de réglementation, par exemple. Je traite ci-après des Lignes directrices établies par le commissaire, dans la mesure où elles touchent la position du Bureau de la concurrence sur l'interprétation de l'article 96.

[138] En outre, les parties qui envisagent un fusionnement peuvent présenter des renseignements au commissaire dès le début du processus pour savoir au départ si une approbation serait probable et, dans le cas où le commissaire pense qu'il peut se poser des problèmes, quels sont ces problèmes et quelle réponse leur apporter. La décision de l'organisme administratif n'est que la pointe, rarement aperçue mais essentielle, de l'iceberg que constitue le processus de réglementation.

[139] Donc, même si le critère du surplus total donne une plus grande prévisibilité aux parties qui projettent un fusionnement, par comparaison, par exemple, à la méthode des coefficients pondérateurs, l'argument de la prévisibilité n'est pas suffisamment convaincant pour me persuader que ce critère constitue la méthode prescrite par l'article 96 pour déterminer, dans tous les cas, les «effets» d'un fusionnement anticoncurrentiel.

iv) Lignes directrices pour l'application de la Loi

[140] Tant le Tribunal que, en appel, les avocats des intimées ont accordé un poids considérable aux Lignes directrices, établies en 1991 par le directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la politique de concurrence.

[141] La partie 5.5 des Lignes directrices indique que les gains en efficacité doivent être comparés à «un effet négatif sur la répartition des ressources sur la somme des surplus du producteur et du consommateur (surplus total) au Canada»; en d'autres termes, «à la perte sèche pour l'économie canadienne». Elle indique également que la redistribution de la richesse par suite des hausses de prix découlant du fusionnement est «neutre», et la note de bas de page 57 fait observer:

When a dollar is transferred from a buyer to a seller, it cannot be determined *a priori* who is more deserving or in whose hands it has a greater value.

[142] In a speech given in Toronto on June 8, 1992 to the Canadian Institute, the then Director of Investigation and Research responded to the doubts expressed by Reed J., as the judicial member of the Tribunal that decided the *Hillsdown* case, *supra*, about whether the MEG were consistent with the *Competition Act* to the extent that they adopted total surplus standard as the basis for determining the “effects” of an anti-competitive merger. The Director saw no need to amend the MEG at that time, since economists advocated that wealth transfers to producers from consumers should be treated as a neutral effect of a merger, Reed J.’s expressions of doubt were only *obiter* and the Tribunal endorsed no other methodology for determining the “effects” to be taken into account under section 96.

[143] In 1998, the approach to the determination of the anti-competitive effects of a merger adopted in the MEG was essentially endorsed in the Competition Bureau’s publication, *The Merger Enforcement Guidelines as Applied to a Bank Merger*.

[144] The simple answer to the respondents’ reliance on the MEG is that they are not law because they are not made under a grant of statutory authority, and cannot determine the meaning of the Act. Indeed, to the extent that they are inconsistent with the Act, they should be ignored. Further, the limited nature and intent of the MEG is clearly set out at the beginning of the document under the heading “Interpretation”:

This document is intended solely to provide enforcement guidelines. As such, it sets forth the general approach that is taken to merger review, and is not a binding statement of how discretion will be exercised in a particular situation. Specific guidance regarding a specific merger may be requested from the Bureau through its program advisory opinions. The Guidelines are not intended to be a substitute

Lorsqu’un dollar est transféré d’un acheteur à un vendeur, on ne peut pas déterminer à priori qui le mérite plus, ou entre les mains de qui il a le plus de valeur.

[142] Dans un discours prononcé à Toronto le 8 juin 1992 devant l’Institut canadien, le directeur des enquêtes et recherches de l’époque a répondu aux doutes exprimés par M^{me} le juge Reed, en tant que juge membre de la formation du Tribunal qui a décidé l’affaire *Hillsdown*, précitée, au sujet de la conformité des Lignes directrices à la *Loi sur la concurrence* dans la mesure où elles adoptaient le critère du surplus total comme fondement pour déterminer les «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel. Le directeur ne voyait pas le besoin de modifier les Lignes directrices pour le moment, puisque les économistes privilégiaient le traitement neutre des transferts de richesse des consommateurs aux producteurs, que la partie de la décision dans laquelle le juge Reed exprimait ses doutes était *obiter dictum* et que le Tribunal n’avait pas approuvé d’autres méthodes pour déterminer les «effets» à prendre en compte dans le cadre de l’article 96.

[143] En 1998, la méthode adoptée dans les Lignes directrices pour la détermination des effets anticoncurrentiels d’un fusionnement a été reprise pour l’essentiel dans la publication du Bureau de la concurrence *Lignes directrices pour l’application de la Loi: Fusionnement de banques*.

[144] La réponse simple aux intimées qui s’appuient sur les Lignes directrices est que celles-ci n’ont pas valeur de loi, parce qu’elles ne sont pas établies en vertu d’une autorisation législative, et ne peuvent décider de la signification de la Loi. En fait, dans la mesure où elles sont incompatibles avec la Loi, il ne faut pas en tenir compte. De plus, la nature et la portée limitées des Lignes directrices sont clairement indiquées au début du document sous l’intitulé «Interprétation»:

Ce document a uniquement pour but de fournir les Lignes directrices pour l’application de la Loi. À ce titre, il expose la démarche générale suivie dans l’examen des fusionnements; il ne restreint aucunement la discrétion qui pourra être exercée dans un cas donné. Des conseils particuliers à l’égard d’un fusionnement précis peuvent être demandés au Bureau dans le cadre du programme des avis consultatifs.

for the advice of merger counsellors. They do not represent a significant change in enforcement policy or restate the law. Final interpretation of the law is the responsibility of the Competition Tribunal and the courts. [Emphasis added.]

[145] Of course, it may do little to inspire public confidence in the administration of the *Competition Act* that, in the context of the merger of Superior and ICG, the present Commissioner has apparently disavowed the interpretation of section 96 advanced in the MEG, which have still not been replaced. However, there was no allegation by the respondents that they had relied to their detriment on the MEG when they agreed to merge. While there was no evidence in the record about any discussions that may have taken place between the merging parties and the Bureau, it would not be surprising if such discussions had occurred and it had been indicated to the respondents that the Commissioner no longer thought that dead-weight loss, measured both quantitatively and qualitatively, was the only “effect” that could ever be taken into account under section 96.

[146] In addition, the possibility that a reviewing court may not agree with an agency’s view of the law is an inevitable risk associated with the administrative practice of issuing non-binding guidelines and other policy documents to shed light on agency thinking and to assist those subject to the regulatory regime that it administers. This risk should deter neither the courts from deciding what the law is, nor agencies from engaging in the often useful exercise of administrative rule making.

(v) The authorities

[147] Finally, I consider whether existing authorities demonstrate the correctness of the Tribunal’s interpretation of section 96. I turn, first, to the only other judicial pronouncement on the issue, namely, the decision of Reed J. in the *Hillsdown* case, *supra*. I agree with the respondents’ position that what Reed J. said in that case is not dispositive of this case: not only is it, like the case before us, a decision of the

Les Lignes directrices ne remplacent pas les avis des conseillers spécialisés en matière de fusionnement. Elles ne représentent pas un changement important de politique d’application et ne reformulent pas la Loi. L’interprétation de la Loi relève en dernier ressort du Tribunal de la concurrence et des autres tribunaux. [Non souligné dans l’original.]

[145] Sans doute, le fait que, dans le contexte du fusionnement de Supérieur et d’ICG, le commissaire actuel ait apparemment désavoué l’interprétation de l’article 96 présentée dans les Lignes directrices, qui n’ont pas encore été remplacées, ne contribuera guère à inspirer confiance au public dans l’administration de la *Loi sur la concurrence*. Toutefois, les intimées n’ont pas allégué avoir subi un préjudice du fait qu’elles se sont appuyées sur les Lignes directrices lorsqu’elles ont convenu de fusionner. On ne trouve pas dans le dossier de mention de discussions entre les parties au fusionnement et le Bureau, mais il ne serait pas surprenant que de telles discussions aient eu lieu et qu’on ait indiqué aux intimées que le commissaire n’était plus d’avis que la perte sèche, mesurée à la fois quantitativement et qualitativement, constituait le seul «effet» qui pouvait être pris en compte dans le cadre de l’article 96.

[146] En outre, la possibilité qu’une cour siégeant en révision puisse ne pas souscrire à l’interprétation de la loi donnée par un organisme constitue un risque inévitable lié à la pratique administrative d’établir des lignes directrices sans caractère obligatoire et d’autres documents de politique pour faire connaître les positions de l’organisme et aider ceux qui sont assujettis au régime de réglementation qu’il administre. Ce risque ne doit empêcher ni les tribunaux judiciaires de décider ce qui a valeur de loi, ni les organismes de s’acquitter de la fonction, souvent utile, d’établir des règles administratives.

v) La jurisprudence et la doctrine

[147] Enfin, j’en viens à la question de savoir si la jurisprudence et la doctrine établissent le bien-fondé de l’interprétation de l’article 96 donnée par le Tribunal. Je commence par la seule autre prise de position judiciaire sur la question, à savoir la décision de M^{me} le juge Reed dans l’affaire *Hillsdown*, précitée. Je conviens avec les intimées que les observations du juge Reed dans cette affaire ne sont pas déterminantes

Tribunal, but Reed J.'s statements did not form part of the *ratio* and, in some respects at least, she expressed herself more in the form of a doubt than of a definitive assertion that the interpretation in the MEG of "effects" was wrong in law.

[148] Nonetheless, I find myself largely in agreement with the reasons given by Reed J. for querying whether the Tribunal was permitted to look only at deadweight loss when determining the effects to be balanced against any efficiency gains that, without the merger, were unlikely to be achieved.

[149] In particular, I adopt her analysis of the legislative history of section 96: *Hillsdown, supra*, at pages 337-339. She observed that, unlike the present section 96, the previous, unenacted versions of the efficiency defence contained in both Bill C-42, *An Act to amend the Combines Investigation Act and to amend the Bank Act and other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, 2nd Session, 30th Parliament, 1976-77, and in Bill C-29, *An Act to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof*, 2nd Session, 32nd Parliament, 1983-84, did not require that the efficiencies gained from an anti-competitive merger be balanced against its effects.

[150] Thus, Bill C-42 would have permitted an anti-competitive merger to proceed, provided only that substantial efficiency gains could be proved "by way of savings of resources for the Canadian economy" that would not otherwise have been attained: subsection 31.71(5). Bill C-29 called for a determination of whether the "gains in efficiency would result in a substantial real net saving for the Canadian economy": paragraph 31.73(c). Neither of these provisions calls for a balancing of efficiencies against effects. Instead they focus on resource maximization in the economy as a whole in the same way as the total surplus standard.

pour la présente instance: non seulement il s'agit, comme dans l'affaire dont nous sommes saisis, d'une décision du Tribunal, mais les observations du juge Reed ne font pas partie de la *ratio* du jugement et, à certains égards, elle a plutôt exprimé des doutes que l'interprétation des «effets» donnée dans les Lignes directrices était mal fondée en droit.

[148] Néanmoins, je suis largement d'accord avec les motifs donnés par le juge Reed quant à la question de savoir si le Tribunal pouvait effectivement ne prendre en compte que la perte sèche pour déterminer les effets à comparer aux gains en efficacité qui, sans le fusionnement, ne seraient vraisemblablement pas réalisés.

[149] En particulier, j'adopte son analyse de l'historique législatif de l'article 96: affaire *Hillsdown*, précitée, aux pages 337 à 339. Elle a relevé que, contrairement à l'article 96 actuel, les versions antérieures, non adoptées, de la défense fondée sur les gains en efficacité contenues dans le projet de loi C-42, *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et apportant des modifications corrélatives à la Loi sur les banques et à d'autres lois*, 2^e session, 30^e législature, 1976-77 et dans le projet de loi C-29, *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 2^e session, 32^e législature, 1983-84, n'exigeaient pas que les gains en efficacité découlant d'un fusionnement anticoncurrentiel soient comparés à ses effets.

[150] Ainsi, le projet de loi C-42 aurait permis la réalisation d'un fusionnement anticoncurrentiel, à la seule condition qu'on puisse établir que l'opération entraîne des gains en efficacité sensibles «en réalisant pour l'économie canadienne des économies de ressources qui ne peuvent raisonnablement être obtenues par d'autres moyens»: paragraphe 31.71(5). Le projet de loi C-29 exigeait que l'on décide si le fusionnement accroîtra «l'efficacité d'une façon telle qu'il en résultera une épargne nette et réelle de ressources pour l'économie canadienne»: alinéa 31.73(c). Ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne prévoit une comparaison des gains en efficacité et des effets. Elles mettent plutôt l'accent sur la maximisation des ressources dans

[151] I agree with Reed J.'s conclusion that, seen against this background, the more open-ended direction given to decision makers by section 96, namely to balance the efficiency gains against the "effects" of an anti-competitive merger, should not be interpreted in substantially the same manner as the above clauses, which explicitly permitted anti-competitive mergers when the resulting efficiency gains produced net savings of resources for the Canadian economy. While the earlier Bills seem clearly to have encapsulated the total surplus standard in the efficiency defences, section 96 does not.

[152] I note, too, that, even though she may not have been entitled as a lay member of the Tribunal to express a view on an issue that I have held to be a question of law alone, Ms. Lloyd did not agree that "effects" were confined to deadweight loss to the exclusion of effects relating to the other objectives of the Act: paragraph 506.

[153] In a word, views expressed by Tribunal members who have considered the issue are about evenly split. I draw some comfort from the existence of this division of opinion both between the judicial members who have considered the issue (Reed J. and Nadon J.), and between the lay members of the Tribunal in this case, if, as I understand it, Dr. Schwartz agreed with Nadon J. Thus, in disagreeing with the Tribunal's interpretation of section 96, I cannot be said to have gone against the unanimous view of those more expert than I in this area of the law.

[154] Finally, it was suggested in argument that the Tribunal's interpretation had the support of all economists who had studied the issue. I do not dispute that an impressive array of economists, and law and economics specialists, both in Canada and the United States, have argued that the total surplus standard is the appropriate basis for determining whether an anti-competitive merger that produces efficiency gains should be permitted.

l'ensemble de l'économie de la même façon que le critère du surplus total.

[151] Je souscris à la conclusion du juge Reed: compte tenu de cet historique, la directive plus ouverte donnée aux décideurs par l'article 96, soit de comparer les gains en efficience aux «effets» du fusionnement anticoncurrentiel, ne doit pas s'interpréter de la même manière, pour l'essentiel, que les dispositions citées ci-dessus, qui permettent expressément les fusionnements anticoncurrentiels lorsque les gains en efficience en découlant produisent une épargne nette et réelle de ressources pour l'économie canadienne. Si les projets de loi antérieurs semblent manifestement incorporer le critère du surplus total dans la défense fondée sur les gains en efficience, ce n'est pas le cas de l'article 96.

[152] Je note également que, bien qu'elle n'ait pas été qualifiée, en tant que membre non-juge du Tribunal, pour exprimer une opinion sur une question que j'ai jugée être une question de droit exclusivement, M^{me} Lloyd n'a pas accepté la position que les «effets» se limitaient à la perte sèche, à l'exclusion des effets liés aux autres objectifs de la Loi: paragraphe 506.

[153] En résumé, les membres du Tribunal qui ont examiné la question sont partagés de façon à peu près égale. Je trouve quelque réconfort dans ce partage tant entre les juges du Tribunal qui ont examiné la question (les juges Reed et Nadon) qu'entre les membres non-juges du Tribunal dans la présente affaire si, comme je crois comprendre, M. Schwartz était d'accord avec le juge Nadon. Donc, bien que je sois en désaccord avec l'interprétation de l'article 96 donnée par le Tribunal, on ne peut dire que j'aie à l'encontre de l'opinion unanime de ceux qui possèdent plus d'expertise que moi dans ce domaine du droit.

[154] Enfin, on a laissé entendre, au cours des débats, que l'interprétation du Tribunal avait l'appui de tous les économistes qui ont étudié la question. Je ne conteste pas qu'un nombre impressionnant d'économistes et de spécialistes en droit et en économie, tant au Canada qu'aux États-Unis, ont soutenu que le critère du surplus total est le fondement approprié pour déterminer s'il y a lieu d'autoriser un fusionnement anticoncurrentiel qui produit des gains en efficience.

[155] Nonetheless, the *Horizontal Merger Guidelines*, *supra*, in the United States continue to treat the exercise of market power leading to an increase in price above the competitive level as the most important anti-competitive effect of a merger, and the resulting wealth transfer from the consumers to the producers, as a misallocation of resources: see P. T. Denis, “Advances of the 1992 Horizontal Merger Guidelines in the Analysis of Competitive Effects”, (1993), 38 *Antitrust Bull.*, at pages 479-515.

[156] Of course, as I have already noted, since there is no specific efficiency defence in the United States’ legislation, the approach of the Federal Trade Commission to efficiency gains when considering the approval of anti-competitive mergers has limited relevance to the problem before us. Nonetheless, it is interesting to note that efficiency gains are generally most likely to make a difference in merger review when the likely adverse effects of the merger are not great, and will almost never justify a merger to monopoly or near monopoly: *Horizontal Merger Guidelines*, *supra*, at page 150.

[157] In addition, some commentators in the United States have expressed surprise at the interpretation of section 96 adopted in the MEG. See, for example, J. F. Brodley, “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress (1987), 62 *N.Y.U.L. Rev.* 1020, at 1035-36; S. F. Ross, “Afterword—Did the Canadian Parliament Really Permit Mergers that Exploit Canadian Consumers so the World can be More Efficient?” (1997), 65 *Antitrust L.J.* 641. Thus, Ross writes (*supra*, at 652, note 41):

As Professor Brodley has observed, the logical extension of competition policy based solely on societal wealth maximization would be to prefer a monopolist that was able to perfectly price discriminate (charge each consumer the maximum amount each consumer was willing to pay) to the typical Canadian industry with a relatively few number of firms, which would not produce at a single competitive

[155] Néanmoins, aux États-Unis, le texte *Horizontal Merger Guidelines*, précité, considère toujours l’exercice de la puissance commerciale conduisant à une hausse des prix au-dessus du niveau concurrentiel comme l’effet anticoncurrentiel le plus important d’un fusionnement, et le transfert de richesse qui en résulte des consommateurs aux producteurs comme une mauvaise affectation des ressources: voir P. T. Denis, «Advances of the 1992 Horizontal Merger Guidelines in the Analysis of Competitive Effects», (1993), 38 *Antitrust Bull.*, aux pages 479 à 515.

[156] Évidemment, ainsi que je l’ai déjà relevé, comme il n’existe pas de défense particulière fondée sur les gains en efficience dans la législation américaine, la méthode suivie par la Federal Trade Commission à l’égard des gains en efficience lorsqu’elle examine s’il y a lieu d’approuver des fusionnements anticoncurrentiels n’a qu’une pertinence restreinte par rapport à la question que nous devons trancher. Néanmoins, il est intéressant de noter que, de façon générale, les gains en efficience auront probablement le plus d’importance dans l’examen d’un fusionnement lorsque les effets négatifs vraisemblables ne sont pas considérables et qu’ils ne justifieront presque jamais un fusionnement menant à un monopole ou à un quasi-monopole: *Horizontal Merger Guidelines*, précité, à la page 150.

[157] En outre, certains auteurs aux États-Unis ont exprimé leur surprise devant l’interprétation de l’article 96 adoptée dans les Lignes directrices. Voir, par exemple, J. F. Brodley, «The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress», (1987), 62 *N.Y.U.L. Rev.* 1020, aux pages 1035 et 1036; S. F. Ross, «Afterword—Did the Canadian Parliament Really Permit Mergers that Exploit Canadian Consumers so the World can be More Efficient?» (1997), 65 *Antitrust Law Journal* 641. Ainsi, Ross écrit (précité, à la page 652, note 41):

[TRADUCTION] Comme le professeur Brodley l’a fait observer, le prolongement logique d’une politique de la concurrence fondée seulement sur la maximisation de la richesse pour la société serait de préférer un monopoliste capable d’effectuer une discrimination parfaite par les prix (c’est-à-dire à faire payer à chaque consommateur le prix maximal qu’il est prêt à payer) à l’industrie canadienne

price.

[158] Hence, it is clear that there is more than one view among commentators on whether competition policy should disregard *a priori* transfers of wealth and other “effects” of anti-competitive mergers, and consider only whether the merger has the effect of increasing or decreasing the resources in the economy as a whole. Nonetheless, when the issue arises in the legal context of a section 92 proceeding instituted by the Commissioner, it must be answered by reference to the *Competition Act*, and Parliament’s stated purpose and objectives in enacting it. In my view, the narrow reading that the Tribunal gave to the word, “effects”, in section 96 cannot be justified by reference to the views of lawyer-economists in the United States, no matter how eminent.

(vi) Conclusions

[159] Having concluded for the above reasons that the Tribunal erred in law when it interpreted section 96 as mandating that, in all cases, the only effects of an anti-competitive merger that may be balanced against the efficiencies created by the merger are those identified by the total surplus standard, this Court should not prescribe the “correct” methodology for determining the extent of the anti-competitive effects of a merger. Such a task is beyond the limits of the Court’s competence.

[160] Whatever standard is selected (and, for all I know, the same standard may not be equally apposite for all mergers) must be more reflective than the total surplus standard of the different objectives of the *Competition Act*. It should also be sufficiently flexible in its application to enable the Tribunal fully to assess the particular fact situation before it.

[161] It seems to me that the balancing weights approach proposed by Professor Townley, and adopted by the Commissioner, meets these broad requirements. Of course, this approach will no doubt require considerable elaboration and refinement when it comes to be applied to the facts of particular cases.

typique comportant un nombre relativement petit d’entreprises, qui ne produiraient pas à un prix concurrentiel unique.

[158] Il est donc manifeste que les auteurs ne sont pas tous du même avis sur la question de savoir si la politique de la concurrence ne doit pas tenir compte *a priori* des transferts de richesse et des autres «effets» des fusionnements anticoncurrentiels et ne prendre en compte que l’effet d’augmentation ou de diminution des ressources dans l’ensemble de l’économie. Néanmoins, lorsque la question se pose dans le contexte juridique d’une procédure engagée par le commissaire en vertu de l’article 92, il faut y répondre en fonction de la *Loi sur la concurrence* et de l’objet et des objectifs déclarés par le législateur au moment de son adoption. À mon sens, l’interprétation étroite que le Tribunal a donnée du terme «effets», à l’article 96, ne peut se justifier sur la base des opinions des avocats-économistes des États-Unis, si éminents soient-ils.

(vi) Conclusions

[159] Une fois qu’elle a conclu, pour les motifs exposés précédemment, que le Tribunal a commis une erreur de droit en interprétant l’article 96 de manière à imposer, dans tous les cas, de ne comparer aux gains en efficience découlant d’un fusionnement anticoncurrentiel que les effets identifiés par le critère du surplus total, la Cour n’a pas à prescrire la méthode «correcte» pour déterminer l’étendue des effets anticoncurrentiels d’un fusionnement. Cette tâche va au-delà des limites de sa compétence.

[160] Quel que soit le critère choisi (et, pour ce que j’en sais, il se peut que le même critère ne convienne pas également pour tous les fusionnements), il doit refléter, mieux que ne le fait le critère du surplus total, les différents objectifs de la *Loi sur la concurrence*. Il doit également être d’application suffisamment souple pour permettre au Tribunal d’apprécier pleinement la situation de fait particulière qui lui est présentée.

[161] Il me semble que la méthode des coefficients pondérateurs proposée par le professeur Townley, et adoptée par le commissaire, satisfait à ces exigences générales. Il va de soi qu’il faudra sans doute élaborer et raffiner considérablement cette méthode pour l’appliquer aux faits d’espèces particulières.

[162] Further, while the adoption of the balancing weights approach is likely to expand the anti-competitive effects to be considered, and hence to narrow the scope of the defence, I see no reason why it should, as the respondents submitted, practically write section 96 out of the Act.

Issue 3: The Burden of Proof

[163] The Tribunal held (at paragraph 403) that, since section 96 constitutes a defence to an infringement of section 92, the merging parties bear the burden of proving each of its elements on the balance of probabilities, except the existence or scale of the effects that must be balanced against the efficiency gains.

[164] The Commissioner submitted that the Tribunal had erred in law in holding that he had the legal onus of proving anything at all under section 96. While the evidential burden may shift as a case unfolds, the legal burden throughout, counsel for the Commissioner argued, remains with the respondents.

[165] Apart from setting out the parties' contentions, the Tribunal gave little clue about the reasons for its conclusion on the burden of proof issue. One obvious possibility is that the Tribunal endorsed the submissions made by the party in whose favour it decided particular issues. Thus, the Tribunal stated that the respondents had submitted that the Commissioner bears the burden of proving the scale of the "effects" of an anti-competitive merger (that is, on the Tribunal's interpretation of section 96, the deadweight loss), because the Commissioner's investigative powers put him in a better position than the respondents to obtain the necessary information from third parties.

[166] On the hearing of the appeal, counsel for the respondents added that, if merging parties were to attempt to obtain the kind of information required to establish the effects of the merger for the purpose of section 96, including information on competitors' pricing and costs, they would run the risk of being accused of conspiring to restrain competition contrary to section 45 of the Act.

[162] Enfin, s'il est vraisemblable que l'adoption de la méthode des coefficients pondérateurs entraîne un élargissement des effets anticoncurrentiels à prendre en compte, et donc réduise la portée de la défense, je ne vois pas en quoi, ainsi que l'ont plaidé les intimées, cela reviendrait en pratique à retirer l'article 96 de la Loi.

Question 3: La charge de la preuve

[163] Le Tribunal a statué (au paragraphe 403) que, l'article 96 constituant une défense à une violation de l'article 92, les parties au fusionnement ont la charge d'en prouver, selon la plus forte probabilité, chacun des éléments, sauf l'existence ou l'ampleur des effets qui doivent être comparés aux gains en efficience.

[164] Le commissaire a soutenu que le Tribunal avait erré en droit en statuant qu'il avait le fardeau de tout prouver dans le cadre de l'article 96. Si le fardeau de preuve peut se déplacer au cours du déroulement de l'affaire, le fardeau de persuasion, a plaidé l'avocat du commissaire, incombe aux intimées du début à la fin.

[165] Si ce n'est du fait d'exposer les prétentions des parties, le Tribunal n'a guère donné d'indications au sujet des motifs de sa conclusion sur la charge de la preuve. Il est évidemment possible que le Tribunal ait retenu les observations présentées par la partie en faveur de laquelle il a tranché les questions particulières. Ainsi, le Tribunal a rappelé que les intimées ont soutenu que le commissaire a la charge de prouver l'ampleur des «effets» d'un fusionnement anticoncurrentiel (c'est-à-dire, selon l'interprétation de l'article 96 donnée par le Tribunal, la perte sèche), parce que, du fait de ses pouvoirs d'enquête, il est mieux en mesure d'obtenir des renseignements de tiers.

[166] En appel, les avocats des intimées ont ajouté que, si les parties au fusionnement tentaient d'obtenir le genre de renseignements nécessaires pour établir les effets du fusionnement dans le cadre de l'article 96, notamment les renseignements sur les prix et les coûts des concurrents, elles risqueraient d'être accusées de conspirer en vue de restreindre la concurrence, en contravention à l'article 45 de la Loi.

[167] Counsel for the Commissioner, on the other hand, relied on statements made by officials of the Ministry of Consumer and Corporate Affairs, when appearing before the Legislative Committee on Bill-91. They advised the Committee that, once the Commissioner had proved a substantial lessening of competition under section 92, the burden of proving any defence was borne by the merging parties.

[168] On the facts, the burden of proof did not have to be decided when the present case was before the Tribunal. However, since the effects that must be considered by the Tribunal include facts not taken into account when it first made the decision under appeal, it is necessary for the Court to determine the issue, which is largely one of first impression.

[169] It seems clear that deciding which party bears the burden of proving what elements of the efficiency defence is a pure question of law that is not confined to the particularities of this case. For the reasons given earlier, I am of the view that the standard of review of the Tribunal's conclusion on this issue is correctness.

[170] Two general principles would seem to support the Commissioner's position. First, the party who asserts, must prove the assertion. Since it is the respondents who assert that the efficiency gains of the merger are likely to exceed, and to offset, its anti-competitive effects, this principle indicates that the respondents should be required to prove each and every aspect of the assertion. The second general principle is that the burden of proving a defence generally rests with the defendant.

[171] However, the principle that the party who asserts must prove is not absolute: Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd edition, (Butterworths, 1999), page 89. In addition, in the absence of authority, considerations of fairness, probability and policy would seem to be important determinants of the legal burden of proof: Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at pages 86-90.

[167] L'avocat du commissaire, de son côté, a invoqué les déclarations faites par les fonctionnaires du ministère de la Consommation et des Corporations, lorsqu'ils ont comparu devant le Comité législatif sur le projet de loi C-91. Ils ont déclaré au Comité que, une fois que le commissaire avait prouvé une réduction sensible de la concurrence dans le cadre de l'article 92, le fardeau de prouver tout moyen de défense incombait aux parties au fusionnement.

[168] Étant donné les faits, il n'était pas nécessaire de statuer sur la charge de la preuve au moment de l'audience devant le Tribunal. Toutefois, puisque les effets que le Tribunal doit prendre en compte comprennent des faits qu'il n'a pas pris en compte au moment de la décision attaquée en appel, la Cour doit décider la question, largement nouvelle.

[169] Il semble évident que décider à quelle partie incombe la charge de prouver les divers éléments de la défense fondée sur les gains en efficience est une pure question de droit, qui n'est pas limitée aux particularités de la présente espèce. Pour les motifs indiqués antérieurement, je suis d'avis que la norme de contrôle de la décision du Tribunal sur ce point est celle de la décision correcte.

[170] Deux principes généraux semblent appuyer la position du commissaire. En premier lieu, il incombe au plaideur qui allègue de prouver son allégation. Puisque ce sont les intimées qui allèguent que les gains en efficience découlant du fusionnement surpasseront et neutraliseront vraisemblablement ses effets anticoncurrentiels, ce principe indique qu'il devrait leur incomber de prouver chaque élément de leur allégation. Le second principe général est qu'il incombe généralement au défendeur de prouver une défense.

[171] Toutefois, le principe qu'il incombe au plaideur de prouver son allégation n'est pas absolu: Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2^e édition, (Butterworths, 1999), à la page 89. En outre, en l'absence de jurisprudence, les considérations d'équité, de probabilité et de politique sembleraient constituer des facteurs importants pour la détermination du fardeau de preuve: Sopinka, Lederman et Bryant, précité, aux pages 86 à 90.

[172] It would be somewhat odd, as counsel for the respondents argued, to place the legal onus of proving the anti-competitive effects of a merger on the party whose interest it is to deny that they exist or to minimize them. In addition, in the process of establishing a substantial lessening of competition, the Commissioner will often have gathered evidence on the effects of the merger that will also be relevant to the section 96 defence, including evidence on likely price increases following the merger and the impact of the merger on inter-related businesses.

[173] These are matters on which the Commissioner is in a better position than the respondents to gather evidence by virtue of the investigative powers conferred on him by statute. Indeed, as Sopinka, Lederman and Bryant note (*supra*, at page 89), if “one party is peculiarly situated to prove a fact” a court may reverse the burden and place it on that party.

[174] Accordingly, I have concluded that the Tribunal was correct to distribute the legal onus of proof as it did, so that the respondents bear the onus of proving every aspect of the section 96 defence, save for the anti-competitive effects of the merger.

F. CONCLUSIONS

[175] In summary, I would allow the appeal, set aside the decision of the Tribunal with respect to the interpretation of section 96 of the *Competition Act* and remit the matter to the Tribunal for redetermination in a manner consistent with these reasons.

[176] The Tribunal need only identify and assess “the effects of any prevention or lessening of competition” for the purpose of section 96 and decide whether the efficiencies that the Tribunal has already found to have been proved by the respondents are likely to be greater than, and to offset, those effects.

[177] The Commissioner has the legal burden of proving the extent of the relevant effects, while the

[172] Il serait quelque peu étrange, comme l’ont plaidé les avocats des intimées, d’imposer le fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels d’un fusionnement à la partie ayant intérêt à nier leur existence ou à les minimiser. En outre, dans le processus visant à établir une diminution sensible de la concurrence, le commissaire aura souvent recueilli des éléments de preuve sur les effets du fusionnement qui seront également pertinents par rapport à la défense prévue à l’article 96, notamment au sujet des hausses de prix vraisemblables à la suite du fusionnement et de l’impact du fusionnement sur les entreprises inter-reliées.

[173] Ce sont là des questions sur lesquelles le commissaire est mieux placé que les intimées pour recueillir des éléments de preuve du fait des pouvoirs d’enquête qui lui sont conférés par la Loi. À vrai dire, comme le notent Sopinka, Lederman et Bryant (précité, à la page 89), si [TRADUCTION] «une partie est particulièrement bien placée pour prouver un fait», le tribunal peut renverser la charge de la preuve et la transférer à cette partie.

[174] Je conclus donc que c’est à bon droit que le Tribunal a réparti le fardeau de preuve comme il l’a fait, de façon que les intimées aient la charge de prouver tous les aspects de la défense prévue à l’article 96, excepté les effets anticoncurrentiels du fusionnement.

F. CONCLUSIONS

[175] En résumé, j’accueille l’appel, j’annule la décision du Tribunal en ce qui a trait à l’interprétation de l’article 96 de la *Loi sur la concurrence* et je renvoie l’affaire au Tribunal en vue d’un réexamen conforme aux présents motifs.

[176] Le Tribunal n’a qu’à identifier et à apprécier «les effets de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence» pour les besoins de l’application de l’article 96 et à décider si les gains en efficience que le Tribunal a déjà jugés établis par les intimées surpasseront et neutraliseront vraisemblablement ces effets.

[177] Le commissaire a le fardeau de preuve quant à l’ampleur des effets pertinents, tandis que les

respondents have the burden, not only of proving the scale of the efficiency gains that would not have occurred but for the merger, but also of persuading the Tribunal on the ultimate issue, namely, that the efficiency gains are likely to be greater than, and to offset, the effects.

[178] The appellant should have his costs, but because the respondents were successful on the burden of proof issue, I would reduce the costs awarded by 20% of those otherwise allowable.

STONE J.A.: I agree.

intimées ont le fardeau, non seulement de prouver l'étendue des gains en efficience qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés sans le fusionnement, mais aussi de persuader le Tribunal sur le point litigieux fondamental, à savoir que les gains en efficience surpasseront et neutraliseront vraisemblablement les effets.

[178] J'adjuge les dépens à l'appelant, mais, étant donné que les intimées ont gain de cause sur la question de la charge de la preuve, je réduis de 20 % le montant des dépens auxquels l'appelant aurait normalement droit.

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

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Motion for order pursuant to Federal Court Act, s. 18.4(2) to treat, proceed with application for judicial review as action—Judicial review application seeking to review detention order dated May 14, 1999 pursuant to which applicant's vessel detained on ground unsafe—*Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464 (C.A.) holding s. 18.4(2) should be used only where facts cannot be satisfactorily established, weighed through affidavit evidence; complexity of factual, legal issues alone irrelevant; key test whether affidavit evidence inadequate—Respondents submitting credibility of witnesses important issue, but not indicating which witness's credibility in question, or what portion of testimony cause for concern—Issue of credibility sufficient to require conversion of application to action not established—Neither facts nor legal issues complex—In any event complexity of legal issues alone not relevant consideration as, if complex, would be so whether application or action—Charter issues not requiring trial where factual basis can be established by affidavits: *Macinnis*—No reason to believe factual basis for Charter arguments cannot be established by affidavit evidence—Affidavit evidence not inadequate to establish facts necessary to determine issue—No need for *viva voce* evidence—Matter should not be unnecessarily delayed by converting application for judicial review into action—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—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].

KALKE v. CANADA (T-1948-99, 2001 FCT 251, O'Keefe J., order dated 27/3/01, 9 pp.)

Motion under Federal Court Act, s. 18.4 to allow judicial review application to be treated, proceeded with as action—Westshore operating bulk coal loading facility at Roberts Bank, B.C.—Area leased from Vancouver Port Authority—(VPA) Seeking judicial review of rent paid under lease as

ADMINISTRATIVE LAW—Continued

believes rate inconsistent with rates charged to other lessees, above rate charged to competitor—Canada Marine Act, s. 50(1) prohibiting Port Authority from unjustly discriminating among Port users—S. 49(1) allowing Port Authority to fix fees in respect of various uses, services—Westshore submitting combined result of these two sections that fees must be fair—Submitting s. 50(1) codification of common law applicable to public utility or other monopoly service provider i.e. monopoly provider of goods, services must do so without discriminating between customers—Motion denied—*Prince Edward Island Potato Board v. Canada (Minister of Agriculture)* (1992), 56 F.T.R. 150 (F.C.T.D.) stating procedure for judicial review in Federal Court Act ought not to be departed from except in clearest of circumstances—“Clearest of circumstances” test approved, reinforced in *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464 (C.A.) by pointing out Parliament's intention judicial review proceed quickly, and s. 18.4(2) coming into play only where facts not satisfactorily established, weighed through use of affidavit evidence—Test not whether evidence through trial might be superior, but whether affidavit evidence heard on judicial review would be inadequate—Complex factual situation, legal issues not factors in converting judicial review to action—*Macinnis* discarded various reasons arguable in support of motion for conversion to action, including factual vacuum, complex legal issues, time required by counsel to submit cases, volume of affidavit evidence, subjective desire for *viva voce* evidence—Important to remember true nature of question to be answered by Court in judicial review proceedings, consider adequacy of affidavit evidence for answering questions: *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1992] 3 F.C. 42 (T.D.)—Court's function in judicial review to determine whether decision made in accordance with law—Assessment of factual, expert views irrelevant to that determination—Not Court's role herein to analyse accounting information, statistics, practice, public interest, set rate of rent—Consideration herein should be given to avoiding unnecessary costs, delays, necessity for assessing demeanor, credibility of witnesses, need for Court to fully grasp all of evidence

ADMINISTRATIVE LAW—Continued

—True nature of questions to be answered by Court considered—If issue before Court narrow legal issue of law or legislation applicable to VPA, in setting rent, no arguable reason to convert proceeding to action—If broad factual question before Court, certain additional portions of substantial affidavit material might be relevant—But material not such that Court might need *viva voce* evidence to determine rent improper—Summary determination by way of affidavit evidence and utilizing judicial review would not handicap Court, prevent it from dealing adequately with issues—Issues not so complex as to require full panoply of trial—Mass of affidavit material filed by VPA in response to Westshore's opposition to trial not constituting estoppel—Rather Port Authority laid out whole case for benefit of Westshore—Canada Marine Act, S.C. 1998, c. 10, ss. 49(1), 50(1)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

WESTSHORE TERMINALS LTD. v. VANCOUVER PORT AUTHORITY (T-68-00, 2001 FCT 312, Hargrave P., order dated 7/3/01, 17 pp.)

Mandamus

Two applications for judicial review in which applicant, Schwarz Hospitality Group Limited (the leaseholder), sought various reliefs—Storm Mountain Lodge developed in 1920s as one of Canadian Pacific Railway Company's bungalow camps, located on north side of Highway 93, in Banff National Park—In 1996, after initial consultations with Parks Canada representatives, leaseholder decided to redevelop Storm Mountain Lodge—First relief requested on first application (declaration that moratorium invalid or unlawful and of no force and effect as against Storm Mountain Lodge redevelopment proposal) moot—No "live controversy" regarding moratorium between parties before Court—Leaseholder suffered no significant prejudice by reason of imposition of moratorium—No relief in respect of moratorium warranted—Parameters of doctrine of legitimate expectation well established in law—Parks Canada officials in Banff National Park continued to encourage leaseholder to continue to invest time, energy, money in refinement of proposal, all as against approval process, development guidelines then in place—Actions of persons within Banff National Park offices of Parks Canada created legitimate, reasonable expectation on part of leaseholder Storm Mountain Lodge redevelopment proposal would be reviewed—Relief in favour of leaseholder will issue on first application—Many of declaratory reliefs sought on second application, some of related relief in way of *mandamus*, falling away—Superintendent responsible authority in relation to leaseholder's redevelopment proposal—Canadian Environmental Assessment Act placing on responsible authority, Superintendent, public legal duty to act—Duty owed to leaseholder—Leaseholder having clear right to performance of that duty—Had, at time second application for judicial

ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

review filed, satisfied all conditions precedent then made known to it giving rise to duty—Prior demand for performance of duty—Duty sought to be enforced not discretionary, mandatory although ultimate decision need not be favourable to leaseholder—No other adequate remedy available to leaseholder—Order sought will be of practical value, effect—No equitable bar to relief by way of *mandamus*—On "balance of convenience" *mandamus* should issue—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.

SCHWARZ HOSPITALITY GROUP LTD. v. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (T-1552-98, T-34-00, 2001 FCT 112, Gibson J., orders dated 23/2/01, 34 pp.)

Practice

On application for judicial review of T.C.C. decision dismissing informal procedure appeal from assessments, motion by respondent to have document removed from record—Document, working paper apparently prepared by Crown official in course of audit, not in evidence before T.C.C.—Application allowed—Crown counsel's failure to act with diligence in reviewing applicant's record not altering general rule judicial review of decision must be based on material before decision-maker—Fact applicant attempted unsuccessfully to adduce document at trial cannot be ignored—Record disclosing no basis on which to conclude Tax Court Judge erred in refusing to admit it—Costs awarded to applicant.

SMITH v. CANADA (A-154-00, 2001 FCA 86, Sharlow J.A., order dated 26/3/01, 4 pp.)

ARMED FORCES

Application for interim prohibition order against Commander Price sitting as judge presiding over Standing Court Martial and for interim declaration Standing Court Martial cannot proceed pending application for judicial review seeking writ of prohibition against all three recently nominated judges (including Commander Price) as all had worked as Director of Public Prosecutions or as Deputy Director of Military Prosecutions—Applicants alleged Commander Price should not preside over standing court martial as, as Deputy Director of Military Prosecutions at time charges preferred, was supervisor of counsel now prosecuting case against applicants—Motion dismissed—Criteria for granting interim relief those governing granting interlocutory injunctions established in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110—F.C.T.D. clearly granted jurisdiction by Federal Court Act, s. 18 to hear application for writ of prohibition as herein—Application of three-pronged test enunciated by S.C.C. in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*; *RJR—MacDonald v. Canada (Attorney*

ARMED FORCES—Concluded

General), [1994] 1 S.C.R. 311—No serious issue to be tried—No allegation Commander Price even had knowledge of their cases—Furthermore, Commander Price stated at hearing had, at the time, no knowledge of applicants' files and had not worked on them—Past professional association, without more, insufficient to support allegation of apprehension of bias: *Hodson v. M.N.R.* (1987), 46 D.L.R. (4th) 342 (F.C.A.); *Fogal v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 916 (F.C.A.)—Considering circumstances and paucity of evidence, mere assertion of applicants not sufficient to demonstrate serious question in present case—Applicants have not established would suffer irreparable harm if injunction not granted—Effect of not granting stay would be to force applicants to go to trial, postpone determination on question of reasonable apprehension of bias—Balance of convenience clearly favouring refusing stay—Applicants have impugned integrity of three of four military judges now sitting on military bench—Granting stay to applicants will make it difficult to refuse same remedy to others—Potential for cascade of stays and near-paralysis of military justice impractical and not in public interest—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).

RUSHNELL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-349-01, 2001 FCT 199, Rouleau J., order dated 19/3/01, 12 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL***Immigration Inquiry Process*

Appeal by way of question certified by Trial Division ([1997] F.C.J. No. 1116 (QL)): whether consideration by decision-maker of documentary evidence, neither specifically identified for nor provided to subject of "danger to public" opinion, offending principles of natural justice, procedural fairness or fundamental justice—Other issues whether duty of fairness requiring disclosure to appellant of Ministerial Opinion Report submitted to Minister's delegate by officials of Ministry of Citizenship and Immigration, and provision of opportunity to respond to it—*Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 3 (C.A.) dispositive of this appeal—Holding duty of fairness requiring disclosure to party affected, of Ministerial Opinion Report, Request for Minister's Opinion, to enable him to make submissions to Minister's delegate before latter deciding whether to issue danger opinion—*Bhagwandass* applied *Haghighi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 407 (C.A.)—*Haghighi* identifying following factors to be considered to determine whether disclosure required: (1) nature, effect of decision within statutory scheme; (2) whether report likely to have such degree of influence on decision-maker that advance disclo-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

sure required to "level playing field"; (3) harm likely to arise from decision based on incorrect or ill-considered understanding of relevant circumstances; (4) extent to which advance disclosure of report likely to avoid risk of erroneously based decision; (5) costs likely to arise from advance disclosure, including delays in decision-making process—Process commenced with February 26, 1996 letter to appellant indicating Department in possession of evidence suggesting appellant danger to public and Minister or delegate would be considering whether to issue danger opinion—While, unlike *Bhagwandass*, letter not stating departmental officials would be seeking danger opinion from Minister or delegate, that is effect of letter—Ministerial Opinion Report, based on evidence which letter says suggests appellant danger to public, confirming process adversarial from outset and remaining so until conclusion—While Ministerial Opinion Report appearing more carefully prepared, better balanced than similar documents in *Bhagwandass*, duty of fairness requiring disclosure because of adversarial nature of danger opinion process—In adversarial proceedings of this nature, fairness requiring documents submitted to decision-maker by one party be disclosed to other—Duty not diminished by content, tone of submissions—Minister breached duty of fairness by failing to disclose Ministerial Opinion Report—Principle equally applicable to other documents submitted by Ministry officials to Minister's delegate—Any documents submitted to Minister's delegate by Ministry officials acting in adversarial role to appellant must generally be disclosed to appellant, or at least must be specifically identified—Resulting mischief delay—No indication delay herein need be lengthy—Over one year elapsed to initiate danger opinion proceedings—Additional 15 days in order to meet requirements of procedural fairness not causing undue delay—Indeed disclosure could diffuse any possible arguments Minister's delegate disregarded important information, potentially removing ground of judicial review, resulting in overall reduction of time in removal of persons found to be dangers to public.

CHU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-614-97, 2001 FCA 113, Rothstein J.A., judgment dated 11/4/01, 7 pp.)

Inadmissible Persons

Application for judicial review of visa officer's decision refusing applicant's permanent residence application on ground applicant's son, Kok Ho Wong, medically inadmissible—Applicant applied for permanent residence status under Investor Class on February 26, 1997—Medical Notification by medical officer, Dr. Axler, concluding requirement for special education considered excessive demand on social services—Dr. Kennedy not one of medical officers involved with assessment of applicant's son—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Contents of two Kennedy affidavits not admissible in that facts therein not within personal knowledge of Dr. Kennedy as required by r. 81(1)—Whether medical officer's decision reached in error, thereby impugning visa officer's decision—Merely suffering from disease, disorder not rendering person inadmissible—Effect of disease critical to determination—Excessive demand defined as "more than normal"—Visa officer can, should ask whether circumstances of case indicate in fact probable excessive demand on health, social services—Assessment individual assessment which must consider each applicant's personal circumstances—Medical opinion herein including patently unreasonable error of fact in that information available to medical officers not that applicant's son, Kok Ho Wong, required special care, constant supervision—Evidence referred to by Court establishing opposite conclusion—Patently unreasonable error of fact resulting in error of jurisdiction—Opinion not valid opinion under Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii)—Visa officer committed reviewable error based on invalid medical opinion to arrive at decision to deny visas to applicant, family—Application allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 81—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.)), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 47, s. 77; *idem*, c. 49, ss. 11, 122(c),(d); 1995, c. 15, s. 2; 1996, c. 19, s. 83; 2000, c. 24, s. 55).

MO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4082-98, 2001 FCT 66, O'Keefe J., order dated 14/2/01, 23 pp.)

Application for judicial review of decision of visa officer James Schultz refusing applicant's application for permanent residence in Canada on ground inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(c.2)—Applicant, born in Hong Kong in February 1957, made application for permanent residence as member of Family Class at Commission for Canada in Hong Kong in July, 1992—Visa officer Michael MacKenzie basing refusal of application for permanent residence on applicant's criminal record in Hong Kong—Applicant's sponsor successfully appealed MacKenzie's refusal to Immigration Appeal Division (IAD)—Officer Schultz refusing application for permanent residence following review of new information not available at time of applicant's previous refusal, at successful appeal to IAD—Act, s. 77(5) only prohibiting officer Schultz from reaching same conclusions on grounds dealt with by IAD—Officer Schultz's decision to refuse applicant's application based on grounds not previously considered by IAD—Officer Schultz not precluded, by reason of Act, s. 77(5), from concluding as he did—No evidence officer Schultz decided matter improperly, prejudged matter to point of being unresponsive to applicant's arguments—No reasonable apprehension of bias arises from comments made by officer Schultz—Latter not breaching duty of fairness by not disclosing documents reproduced as exhibits D, E and F to applicant—Duty of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

fairness not breached if applicant given opportunity to respond to concerns raised in visa officer's mind by documents—Applicant given ample opportunity during interview to respond to officer Schultz's concerns arising as result of knowledge of triad activities—Duty of fairness not requiring visa officer agree with applicant's answers—Applicant aware of case to be met, had many opportunities to disabuse officer Schultz, to respond to concerns—Visa officer not breaching duty of procedural fairness—Standard of review for officer Schultz's decision unreasonableness *simpliciter*—Conclusion applicant inadmissible to Canada under Act, s. 19(1)(c.2) not unreasonable—Totality of record, including confidential affidavits, supporting officer Schultz's conclusions—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.)), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 47, s. 77; *idem*, c. 49, ss. 11, 122(c),(d); 1995, c. 15, s. 2; 1996, c. 19, s. 83; 2000, c. 24, s. 55), 77 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 10, s. 6; (4th Supp.), c. 28, s. 33; S.C. 1992, c. 49, s. 68; 1995, c. 15, s. 15; 1999, c. 31, s. 134).

AU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-946-00, 2001 FCT 243, Nadon J., order dated 26/3/01, 30 pp.)

Removal of Permanent Residents

Judicial review of Minister's delegate's decision applicant danger to public—Applicant, citizen of Jamaica, permanent resident of Canada since 1990—Convicted of importing narcotics in 1998—Opinions issued pursuant to Immigration Act, ss. 70(5), 46.01(1)(e)(iv)—No reasons provided with opinions, and applicant not provided with copies of Ministerial Opinion Report and request for Minister's Opinion—*Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 3 (C.A.) determinative of present application—Expanded duty of fairness requiring disclosure of Ministerial Reports—Unnecessary to determine merits of danger opinions in light of Minister's breach of duty of fairness—Application allowed, danger opinions quashed—Following question certified: should Ministerial Reports prepared under Immigration Act, s. 70(5) be taken by reference to be reasons for Minister's delegate's opinion?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.01(1)(e)(iv) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9), 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

GRANDISON V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6308-98, 2001 FCT 300, Heneghan J., order dated 6/4/01, 6 pp.)

Danger opinion—Application for judicial review of Ministerial opinion applicant representing danger to public by reason of conviction for sexual assault—Applicant

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

invoking breach of procedural fairness on basis not provided with copy of “Request for Minister’s Opinion” and “Ministerial Opinion Report” prior to Minister’s delegate forming opinion—Application allowed—In *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 3 (C.A.), F.C.A. held failure to disclose Request for Minister’s Opinion and Ministerial Opinion Report to applicant before decision made constituted denial of procedural fairness as applicant deprived of opportunity to address contents of documents before decision affecting his interests made—*Bhagwandass* followed.

HERNANDEZ-ANDASOL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-331-00, 2001 FCT 349, Pelletier J., order dated 19/4/01, 4 pp.)

Removal of Refugees

Motion to stay execution of removal order against applicant by immigration enforcement officer—Based, *inter alia*, on irreparable harm to applicant’s infant born in Canada on July 20, 1999—Applicant, citizen of Nigeria, entered Canada on June 18, 1995, claimed Convention refugee status upon arrival at Pearson International Airport—Claim rejected by Immigration and Refugee Board—In June 1999, applicant married Joseph Disi, citizen of Nigeria, who was granted permanent resident status in Canada—Disi father of applicant’s daughter—Due to unusual circumstances of case, motion for stay granted—Despite best efforts of immigration officials, interests of Canadian child not sufficiently considered—Serious issue raised, namely circumstances in which removal officer must account for interests of Canadian infant—Irreparable harm will occur in interim should child be removed to Nigeria with mother—Interests of infant child inseparably linked with those of applicant—Pending full consideration of serious issue, earlier full consideration of child’s interests, applicant, daughter *de facto* inseparable—Motion for stay of execution of removal order granted pending determination of applicant’s application for leave and for judicial review, earlier determination of humanitarian, compassionate considerations affecting interests of infant child.

OBASOHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-694-01, 2001 FCT 92, MacKay J., order dated 16/2/01, 7 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of Post-Determination Claims Officer decision applicant out of time to obtain review of immigration status under PDRCC class—Application allowed—Application of Immigration Act, s. 2(4)(b) and Immigration Regulations, s. 11.4(2)(b)—Found as fact

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

as applicant received notice on September 23, 1998 and filed application to obtain review on October 8, 1998, applicant filed within time limit set out in Regulation, s. 11.4(2)(b) (15 days after notification)—Officer’s decision set aside—Standard Form Notice not in conformity with statutory provisions; efforts should be made to correct defects—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(4)(b) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 1)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11.4(2)(b) (as enacted by SOR/93-44, s. 10; 97-182, s. 5).

LI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5879-98, Campbell J., order dated 20/12/00, 4 pp.)

Application for judicial review of decision by Citizenship and Immigration Canada (CIC) refusing to recognize applicant as member of Post-determination Refugee Claimants in Canada Class (PDRCC) as application not received within required time period—Application must be allowed as CIC examined, from wrong end of telescope, issue of whether applicant’s PDRCC application out of time—CIC asking itself when did Department receive application rather than asking when did applicant send application—Governing provision Immigration Regulations, s. 11.4(2)(b) which provides applicant “shall submit an application not later than 15 days after the person is notified of the determination by the Refugee Division”—Ordinary meaning of word “submit” in s. 11.4(2)(b) to send, make application—Applicant received Refugee Division’s decision on May 10, 1999—Application sent on May 24, 1999—Application not out of time—Judicial review application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11.4 (as enacted by SOR/93-44, s. 10; 97-182, s. 5).

VARNOSFADERANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-91-00, 2001 FCT 109, Lemieux J., order dated 23/2/01, 7 pp.)

Application for judicial review of decision to exclude applicant under Convention, Art. 1(F)(a)—When exclusion issue came up during applicant’s testimony, Refugee Division (IRD) dismissed applicant’s request for adjournment to another day, only allowing 80-minute recess—Application allowed—Immigration Act, s. 69.1(5) providing IRD to give claimant reasonable opportunity to present evidence, question witnesses and make representations—Act, s. 69(6) requiring IRD only grant adjournment when satisfied proceeding will not be unreasonably impeded—Adjournment criteria listed in Convention Refugee Determination Division Rules, s. 13(4)—Federal Court has consistently emphasized importance of adequate notice to refugee claimant concerning possibility of exclusion issue—80-minute adjournment insufficient—Applicant and counsel had right to longer adjournment to prepare for exclusion

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

issue—Failure to adjourn to another day constituting breach of procedural fairness and natural justice—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69(6) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 69.1(5) (as enacted by R.S.C., 1985, (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60)—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, R. 13(4)—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can T.S. No. 6, Art. 1F(a).

YANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4408-00, 2001 FCT 219, Lutfy A.C.J., order dated 22/3/01, 4 pp.)

Application for extension of time to bring application for judicial review of visa officer's decision rejecting applicant's request for visa—Applicant's problems attributable to immigration consultant who delayed taking action on applicant's file until limitation period found in Federal Court Act nearly expired—Consultant not providing retained lawyer information required to prepare notice of application—One of elements of test for granting extension of time failure to commence application in timely manner must be explained—Explanation offered: consultant failed to properly discharge obligations—Material silent on two-week delay in filing application for extension of time—Applicant claiming dispensation from rules as not represented by lawyer, received bad advice—Applicants will be held to consequences of choice of advisor even when advisor lawyer—Individuals holding themselves out as skilled in immigration matters will be held to same standard as those customarily appearing before Court—Explanation offered for delay not entitling applicant to relief sought—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7.

COVE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-934-01, 2001 FCT 266, Pelletier J., order dated 30/3/01, 5 pp.)

Appeal from Motions Judge's decision ([1999] F.C.J. No. 1434 (QL)) visa officer breached no duty owed to applicant—Appeal dismissed—Negative answer to certified question: Does visa officer, processing application for permanent residence designating mailing address of immigration consultant as mailing address for applicant, owe duty to applicant to ensure applicant has received notice of scheduled interview in circumstances where visa officer becomes aware immigration consultant has encountered difficulties that may impact on service provided by immigration consultant to applicant?

MAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-599-99, 2001 FCA 100, Sharlow J.A., judgment dated 2/4/01, 3 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

STATUS IN CANADA

Citizens

Appeal from Citizenship Judge's decision refusing applicant's application for Canadian citizenship on basis applicant failed to accumulate at least 3 years (1095 days) of residence within 4 years immediately preceding application for citizenship as required by Act, s. 15(1)(c)—Applicant argued Citizenship Judge misinterpreted principles of residence and acted improperly in telephoning applicant on day following interview, before rendering decision, without prior notice to counsel—Appeal allowed—Citizenship Judge acted improperly in telephoning applicant at home on day after interview, before rendering decision—While procedure followed by citizenship judges in dealing with citizenship applications may be informal, such informality not authorizing independent inquiry process by those judges—Questionable practice for Citizenship Court to obtain information on its own; function of Citizenship Court to consider evidence presented and to make decision on that basis, not to conduct or direct investigation and utilize information obtained in making of decision: *Cheung (Re)*, [1995] F.C.J. No. 922 (F.C.T.D.) (QL)—Citizenship Judge required to consider what is before him and not to pursue inquiries independent of interview conducted by him.

POON V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-545-00, 2001 FCT 232, Heneghan J., order dated 22/3/01, 6 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of visa officer's refusal of application for permanent resident status—Applicant applied under assisted relative category, indicating intended occupation "Caterer: self-employed"—Canadian High Commission in Sri Lanka Policy explaining Sri Lankan educational system stating secondary education requiring student to write two public examinations: General Certificate of Education (Ordinary Level) and General Certificate of reduction (Advanced Level)—No certificate obtained upon successful completion of O Level examinations, but to proceed to A Level, must obtain six ordinary passes (achieving 35 to 50%) including three credits (between 50 and 75%) in not more than two sittings—Must obtain ordinary passes in first language, mathematics—Because government not setting standards for successful completion of O Level examinations, Commission adopted entry requirements for A Level as mark for successful completion of O Level studies—Applicant saying passed five subjects in one sitting in 1971, including first language, math; passed sixth subject in 1974—Visa officer saying applicant passed four subjects in 1971, another four subjects in 1972, and received a single credit in 1974—Visa officer awarding no points under education factor—Applicant only assessed under occupation "caterer", not as "self-employed"

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

person”—Awarded 68 units, two short of number required to obtain immigrant visa—Application allowed—(1) Applicant not paying fees required in order for application to be processed in self-employed category—Perfection of application requiring necessary fees be paid—Thus no duty at law to assess applicant as self-employed person absent payment of requisite fees at time application for landing made—Obligation to advise of deficiency only arising if recognition of any expectation applicant would be assessed as self-employed person—Application submitted by experienced counsel under cover of letter referring to “independent immigrant” category—Overseas Processing Manual distinguishing between “independent immigrants”, “entrepreneurs and self-employed immigrants”—Reference to “independent immigrant” category not alerting Commission to any expectation applicant applying as self-employed person—Further, applicant in self-employed category subject to definition of self-employed persons requiring applicant to establish intention, ability to establish, purchase business in Canada that will create employment opportunity for immigrant and make significant contribution to Canadian economy or cultural or artistic life—Nothing indicating how applicant would qualify as self-employed person as defined—Neither breach of duty of fairness, nor reviewable error in failing to have applicant assessed in self-employed category—(2) Requiring applicant to obtain results allowing applicant to obtain admission to A Level studies not sufficiently unreasonable as to warrant judicial interference—But because visa officer operating under erroneous belief at time of interview that student required to obtain six passes with four credits at one sitting, as opposed to six passes with three credits at up to two sittings, assessment sufficiently flawed that visa officer’s decision should be set aside.

FERNANDO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5899-99, 2001 FCT 205, Dawson J., judgment dated 20/3/01, 14 pp.)

Appeal from dismissal of Minister’s application for judicial review of Immigration Appeal Board’s decision ([2000] 2 F.C. D-4 (T.D.))—Answer to certified question: person obtaining visa, granted landed status by fraudulent or improper means or misrepresenting identity, in possession of “lawful permission to establish permanent residence in Canada” and thus permanent resident within meaning of Immigration Act, s. 70(1)—*Jaber v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 603 (C.A.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Seneca*, [1999] 247 N.R. 397 (F.C.A.) applied—Appeal dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. POWNALL (A-783-99, 2001 FCA 37, Rothstein J.A., judgment dated 12/3/01, 2 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Umpire’s decision—When respondent’s employment terminated, sued employer for wrongful dismissal—Settlement payment including \$1,500 for job search expenses, \$2,500 for job training expenses—Commission treating those sums (\$4,000) as earnings—On appeal, Board of Referees simply holding \$4,000 should not have been treated as earnings—While respondent providing no evidence amount actually spent for purposes designated in settlement, Board obviously concluding from oral statements money would be used for such purposes—Umpire confirming Board’s decision, distinguishing *Renaud*, CUB-17899 wherein stated “only such expenditures actually incurred . . . in job searching and relocation can be . . . removed from their characterization as earnings”—Application dismissed—Employment Insurance Regulations, s. 57(2)(a) providing earnings to be taken into account including entire income of claimant arising out of any employment—Court long holding settlement payment in respect of action for wrongful dismissal “income arising out of . . . employment” unless claimant demonstrating due to “special circumstances” some portion of it should be regarded as compensation for some other expense or loss—Statement in *Renaud* only such reasonable expenses “actually incurred” in job searching, relocation can be removed from earnings, too rigid formulation of what is necessary finding of fact by Board—That finding of fact must be that appears money allocated for job searches, training, used for such purposes or that genuine intention will be so used—Onus on claimant to provide satisfactory evidence amounts allocated for these purposes in settlement so spent or genuine intent to so spend them—Too restrictive to insist such costs “actually incurred”—In face of claimant’s evidence, Commission’s submissions on law as to need for “special circumstances” warranting exclusion of \$4,000 from allocated earnings Board finding \$4,000 should be excluded from earnings—Commission not satisfying Court Board erred in fact, law in so finding—That ex-employer agreed to allocating generous portion of settlement to non-earnings neither conclusive nor persuasive allocations for job searches, training “reasonable”—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 57(2)(a) (as am. by SOR/90-756, s. 17).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. RADIGAN (A-567-99, Strayer J.A., judgment dated 31/1/01, 6 pp.)

ENVIRONMENT

Appeal from F.C.T.D. decision ((1998), 27 C.E.L.R. (N.S.) 177) dismissing two applications for judicial review of Minister of Finance’s approval of loan by Export Development Corporation to Vancouver Port Corporation (VPC) and of Minister of Environment’s decision not to refer Deltaport to mediator pursuant to Act—Band owning 640-acre reserve in Roberts Bank area—VPC operating port

ENVIRONMENT—Concluded

facilities at Roberts Bank—Construction of container terminal there approved in 1992, began in 1993, completed in 1997—Canadian Environmental Assessment Act (CEAA) came into force in 1995—No environmental assessment of project done pursuant to CEAA, nor under predecessor regime, EARPGO—VPC did own review, considering not required to comply with either of these regimes as Crown corporation—Band arguing its interests never considered adequately by any review—Appeal dismissed—Definition of project in CEAA making it clear environmental assessments must be done only of proposed construction still in planning stages—Otherwise, would be unfair to those responsible for building projects, as project could be halted or changed at any time during construction process and, possibly, even afterwards—Retroactivity to be avoided—Transitional provision, CEAA, s. 74, not meant to furnish new system of review under CEAA to projects already under construction—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1982, c. 37, s. 74—Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

TSAWWASSEN INDIAN BAND V. CANADA (MINISTER OF FINANCE) (A-257-98, 2001 FCA 58, Linden J.A., judgment dated 13/3/01, 7 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**TRIAL DIVISION**

Application for declaration assignment of patent null, void—Application dismissed—Although statutory grant of jurisdiction found in Federal Court Act, s. 20 and Patent Act “law of Canada” upon which case based, applicant not showing existing body of federal law essential to disposition of case: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752—Applicant referring to series of contracts in support of claim owner of patent—Court must interpret those contracts to determine if applicant acquired ownership—Court having no inherent jurisdiction to adjudicate upon private contracts not otherwise within its jurisdiction—Interpretation of various contracts requiring interpretation, application of provincial law, including Ontario’s Personal Property Security Act—Court without jurisdiction to interpret, apply provincial law—Argument Court having jurisdiction to determine priorities between competing claims to patent designed to distract attention from primary issue i.e. ownership of patent—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 20 (as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 34)—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4—Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P-10—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].

R.L.P. MACHINE & STEEL FABRICATION INC. V. DiTULLIO (T-961-99, 2001 FCT 245, Heneghan J., order dated 27/3/01, 14 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION—Continued

Appeal from Prothonotary’s decision to strike statement of claim, warrant for arrest of defendant ship, and declaring arrest of ship, cargo invalid because claim underlying proceedings not within Court’s jurisdiction—On February 12, 1999 plaintiff entered into agreement with Dragnets, holder of authorization for 100 fishing days to harvest shrimp allocated to Cuba by North Atlantic Fishing Organization (NAFO)—As consideration for use of allocation, plaintiff agreed to pay US\$5000 per month for each month vessel operating under its direction fishing shrimp allocation—In return Dragnets agreed to prosecute shrimp fishery under plaintiff’s direction under arrangements whereby plaintiff would pay costs of manning, operating, victualling, fuelling and supplying vessel—Prior to commencement of performance of agreement, Dragnets chartered defendant ship from sister corporation, Pesquera, and contracted allocation to defendant ship rather than to plaintiff—Subsequently sub-chartered vessel to Dragsea to carry out exploitation of fishing allocation—Cancelled agreement with plaintiff on August 8, 1999—Plaintiff initiated this action, claiming right of user in allocation, and provision of it to another fishing vessel constituted supply of necessary as harvest of shrimp in accordance with NAFO fishing regulations could not be undertaken without it—Argued fishing quota assigned to defendant vessel supply of necessary, wrongfully taken from plaintiff for which latter having claim against vessel—Prothonotary determined agreement, not maritime or navigation and shipping issues, subject-matter of action—Appeal dismissed—When making determination regarding jurisdiction, prothonotary held to standard of correctness—Test for determining whether Federal Court has jurisdiction set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752: subject-matter must be so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence—Federal Court Act, s. 22(2)(m) conferring jurisdiction on Trial Division with respect to any claim in respect of goods, materials, services supplied to ship for operation or maintenance of ship—Jurisdiction conferred in relation to supply of necessary or goods, materials or services to ship only when supplier remaining unpaid—As plaintiff not supplying anything to ship for its operation, maintenance, not remaining unpaid—Main purpose of agreement commercialization of NAFO shrimp fishing allocation—That purpose had nothing directly to do with shipping, navigation or activity on navigable waters—Agreement created to grant access to fishing quota, and any effects upon ships or shipping arising therefrom incidental—Subject-matter of action dealing with agreement to exploit fishing quota, matter not within Federal Court’s jurisdiction as matter of navigation, shipping or Canadian maritime law within s. 22—S. 43(2) providing jurisdiction conferred by s. 22 may be exercised *in rem* against ship—Agreement contemplated use of unnamed third party vessel of Icelandic registry to exploit fishing allocation—At no time was defendant ship considered—Defendant

FEDERAL COURT JURISDICTION—Continued

ship not subject to Agreement—Only became involved as result of separate contract between Dragnets and Pesquera to which plaintiff not privy, following cancellation of original agreement—Prothonotary correctly held no *in rem* jurisdiction to be exercised—To conclude action based on property as permitted in s. 22(2)(m) connection between property seized, i.e. cargo, and cause of action must be apparent from facts—Basis for such claim not set out in statement of claim as not asserting performance of agreement commenced or that any consideration passed between parties—Conditions precedent not met, ownership of shrimp harvest not granted to plaintiff, no profits from shrimp harvest payable to plaintiff—Test for striking pleadings set out in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441: applicant must show that clear, obvious pleading shows no reasonable cause of action—If Court not having jurisdiction to hear matter, proceeding must be struck as can be no reasonable cause of action if claim not satisfying threshold issue of jurisdiction—Prothonotary correctly finding central issue agreement—Action arising out of alleged breach of contract addressing fishing issues, but fails to connect defendant ship, cargo with agreement—In absence of such connection, claim *in rem* for necessities cannot succeed as goods must be supplied to ship by claimant, not to some other party—Alleged breach of agreement not so integrally connected to maritime matters as to constitute legitimate Canadian maritime law or matters falling within class of navigation or shipping—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 22, 43.

INTER ATLANTIC CANADA LTD. V. RIO CUYAGUATEJE (THE) (T-2282-99, 2001 FCT 306, MacKay J., order dated 9/4/01, 14 pp.)

Motion by Canadian Judicial Council (CJC) to strike statement of claim against it—Statement of claim naming 42 defendants in action alleging breach of trust agreement, conflict of interest, professional misconduct of legal counsel; biased judiciary; conspiracies between defendants to undermine plaintiffs' ability to finance, refinance properties; damages for illegal, unnecessary foreclosures—Court lacking jurisdiction to consider motion—Federal Court statutory court without inherent jurisdiction—General, inherent jurisdiction resting with superior courts of provinces—*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 setting out three-prong test to establish jurisdiction of Federal Court, including existing body of federal law essential to disposition of case—That federal Court may need to apply provincial law in resolution of claim not bar to jurisdiction where claim validly founded on federal law: *Rhine v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442—But dispute over which jurisdiction is sought must rely principally and essentially on federal law: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626—Case at bar essentially based upon common law of tort; appropriately case for superior court of

FEDERAL COURT JURISDICTION—Concluded

inherent jurisdiction—No relationship between claim against CJC, any existing, applicable federal law—Court lacking jurisdiction to hear claim against CJC—In case jurisdiction conclusion wrong, motion to strike considered—Federal Court Rules, 1998, r. 221 permitting Court to strike pleading on ground discloses no reasonable cause of action—Statement of claim not setting out any allegations against CJC—No factual basis upon which plaintiffs can rely in claim against CJC—Statement of claim not linking CJC to any of plaintiffs' assertions, damages claimed—Cause of action must lie on material facts, not assumptions—As no cause of action against CJC, statement of claim against it struck—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221.

CHAVALI V. CANADA (T-824-00, 2001 FCT 268, Blanchard J., order dated 30/3/01, 9 pp.)

HUMAN RIGHTS

Application for judicial review of decision by Canadian Human Rights Commission dismissing applicant's complaint that, in refusing to continue to employ her, Human Resources Development Canada (HRDC) discriminated against her contrary to Canadian Human Rights Act, s. 7—Alleged grounds of discrimination ethnic, national origin, age—Whether Commission considered applicant's complaint respondent's finding work performance unsatisfactory pretext to cover up fact people who refused to extend contract did so because of age, ethnicity—Appropriate standard of review of Commission's decision of whether to dismiss complaint reasonableness *simpliciter*—In making such decision, Commission exercising discretion under CHRA, s. 44(3)—Commission acting within discretion to dismiss complaint based on evidence before it, which included statements from witnesses contradicting applicant's allegations, performance review of applicant's work while at HRDC—Investigator relying on credibility findings—Findings not spelled out in investigation report—Troubling omission concerning applicant's allegation that, after she left Department, made claim against it, respondent constructed various excuses in order to explain why contract not renewed—Investigation report failing to deal with that allegation—Omission fundamental as investigation of discrimination must ascertain who decision-maker is, contain inquiry into reasons of decision-maker—Not necessary to find complainant could have dealt with omission in response if omission of fundamental nature—Reconsideration of decision necessary as decision involves failure to conduct inquiries with person(s) who decided not to renew applicant's contract on issue of applicant's pretext argument—Application allowed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 44 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 31, s. 64; S.C. 1998, c. 9, s. 24).

SINGH V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2259-99, 2001 FCT 198, McKeown J., order dated 19/3/01, 13 pp.)

INCOME TAX

CORPORATIONS

Judicial review of T.C.C.'s dismissal (*Smith v. Canada* (2000), 2000 DTC 1888) of taxpayer's appeal from assessments for amounts owed by corporation of which taxpayer director (unremitted employee source deductions, GST)—Income Tax Act, s. 227.1(3), Excise Tax Act, s. 323(3) exempting director from liability for corporation's failure to deduct, withhold, remit such amounts where director exercised degree of care, skill to prevent failure that reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances—What may reasonably be expected of director for purposes of those sections depending upon facts of case, and has both objective, subjective aspects—Subjective aspect depending upon director's personal attributes, including knowledge, experience—Generally person experienced in business, financial matters held to higher standard than person with no business acumen, experience—In assessing objective reasonableness of conduct of director, factors considered including size, nature, complexity of business, customs, practices—More reasonable for directors of larger, more complex businesses to allocate responsibilities among themselves—Resulting in higher standard of care being imposed on some directors of corporation than on others eg. may be more appropriate to impose higher standard of care on "inside director" (director involved in hands-on management) than "outside director" (director with only superficial knowledge of, involvement in affairs of corporation), particularly if outside director reasonably relied on assurances from inside directors that corporation's tax remittance obligations being met—Taxpayer director of corporation from February 1993 to October 1995—When first became director, no business training, experience—Minority shareholder, elected to board of directors to act as liaison between minority, majority shareholders—Expected to neither participate in day-to-day operations of company nor to understand details of financial affairs—Aware of company's financial difficulties—Sought legal advice about legal duties of directors—At first board meeting after appointment proposed motion priority be given to payment of Revenue Canada accounts; motion approved—Reports presented to directors at every meeting leading taxpayer to believe Revenue Canada remittances not in default—Application allowed—Tax Court Judge misdirected himself when determined taxpayer "inside director" at time of appointment because of education, willingness to act as director, efforts to understand obligations—Generally, for purposes of due diligence defence, "inside directors" involved in day-to-day management of company, influence conduct of business affairs: *Soper v. Canada*, [1998] 1 F.C. 124 (C.A.)—Taxpayer not assuming that role—Facts relevant to determination of whether "inside director" relating to tasks person undertakes as director, degree of person's involvement in business of corporation—Standard of care imposed on taxpayer too high—As outside director, reasonable for taxpayer to propose motion to keep Revenue

INCOME TAX—Continued

Canada accounts current, thereafter rely on inside directors to ensure instructions followed—Due diligence defence established up to June 1995, when taxpayer becoming inside director by becoming more extensively involved in company's financial affairs in effort to keep company afloat—From July to September 1995 company's remittance obligations with respect to employee source deductions met—Taxpayer relied on information provided by corporate officers, Revenue Canada to ascertain amount of corporation's liabilities—Given limited experience in tax, business affairs reasonable for him to accept such information as reliable, although in fact inaccurate—Tried hard, if unsuccessfully, to ensure federal government research grant would be applied to company's obligations—Tax Court recognized efforts, but erred in application of due diligence defence when concluded actions did nothing to prevent failure—Director only required to act reasonably in circumstances—That efforts unsuccessful not establishing failure to act reasonably—Matter remitted to Tax Court with direction appeal be allowed, assessments vacated—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 227.1(3)—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 323(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12).

SMITH V. CANADA (A-154-00, 2001 FCA 84, Sharlow J.A., judgment dated 26/3/01, 14 pp.)

INCOME CALCULATION

Capital Gains and Losses

On March 1, 1991, sons of late A. W. Nussey transferred to him shares in family-owned business to enable sons to crystallize capital gains, take advantage of certain capital gains exemptions without unduly disadvantageous tax consequences for father—Shareholders' agreement provided on death of shareholder, shares deemed redeemed on day preceding shareholder's death—A. W. Nussey died on April 1, 1991—No redemption of shares transferred to A. W. Nussey in fact occurring during lifetime—Executors invoking redemption provision in order to remove shares from reach of Income Tax Act, s. 70(5) which provides deceased taxpayer deemed to have disposed of all of assets at fair market value immediately prior to death—Tax Court not erring in holding deemed redemption provision in agreement not effecting retroactive disposition of shares day before death—By its terms agreement could only operate once taxpayer had died, by which time Act, s. 70(5) would have applied—Nor was contract underlying transfer of shares void for mistake because not having one of intended tax consequences—Mistake not such as to render contract, transfer null and void from beginning—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 70(5) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 19; 1985, c. 45, s. 33).

NUSSEY ESTATE V. CANADA (A-687-99, 2001 FCA 99, Evans J.A., judgment dated 30/3/01, 3 pp.)

INCOME TAX—Continued

Deductions

Appeal from Tax Court Judge (T.C.J.) decision holdbacks not deductible in years claimed, thereby upholding MNR's decision portion of contract payments held back against possibility of failure by contractors to meet their obligations under workers' compensation legislation deductible only when paid or demanded, upon presentation, by contractors, of clearance certificates proving compliance with workers' compensation legislation—Taxpayers hired contractors to cut, delimb and skid logs and haul wood from various logging sites to mills—Scaling slips conclusive proof work done—Bi-weekly payments on basis of stipulated amount per metric tonne of wood delivered—Holdbacks means of giving taxpayers some security against risk of vicarious liability for workers' compensation obligations of contractors—Common ground that taxpayers complied with ordinary accounting principles in deducting holdbacks in computing income for year in which subcontractors completed their work, regardless of date of payment—Holdbacks deductible in years claimed unless deduction in that year precluded by provision of ITA or some income tax law principle—T.C.J. held ITA, s. 18(1)(a) or (e) precluded deduction of holdbacks until year of payment—Appeals allowed—ITA, s. 18(1)(a) imposing purpose test for deductibility of amounts in computing income from business or property—Crown and T.C.J. misapprehended meaning of "incurred" used in s. 18(1)(a)—Generally, taxpayer incurring expense when has legal obligation to pay sum of money—In most situations, legal obligation exists upon fulfilment of contractual obligations to which payment relates—Whether payment of obligation required then or in subsequent year irrelevant—Question herein whether holdbacks contingent liabilities of taxpayers once contract work completed—Accepted test for determining whether liability contingent in *Winter and Others (Executors of Sir Arthur Munro Sutherland) (deceased) v. Inland Revenue Commissioners*, [1963] A.C. 235 (H.L.): contingent liability depending for its existence upon event which may or may not happen—Correct interpretation of contracts that contract price becomes absolute obligation of taxpayers when contractors complete their work, as evidenced by scalers' slips—Holdback provisions apply only after that obligation comes into existence—Holdbacks thus constitute amounts due to contractors and taxpayers have continuing obligation to pay holdbacks even though, as long as no clearance certificate provided, they may choose to pay them to contractors or to Workers' Compensation Board for account of contractors—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 18(1)(a),(e)—Workers' Compensation Act, R.S.O., 1990, W.11.

WAWANG FOREST PRODUCTS LTD. v. CANADA (A-153-99, A-154-99, 2001 FCA 80, Sharlow J.A., judgment dated 26/3/01, 15 pp.)

INCOME TAX—Continued

Appeal from Tax Court's judgment (99 D.T.C. 631) upholding Minister's denial of deductions for interest, other expenses—Appellant, physician, limited partner in Gerrard, owner of condominium project in Toronto, and in Collegeway, owner of condominium project in Mississauga—Before investing aware little likelihood of earning share of partnership income—Size of investment substantial over time, even though relatively small amount of cash paid initially—Capital contributions, financial payments funded by way of tax-sheltered cash flow, income savings—Appellant expected condominium properties would appreciate in value such that gain realized from sale at end of 10-year period would offset earlier losses—In 1988 appellant paying \$1,920 towards \$231,283 cost of one unit of partnership interest in Gerrard, and \$10,925 towards \$171,000 cost of one unit of partnership interest in Collegeway—Balance of purchase price paid by way of promissory notes—Appellant thereby assuming *pro rata* share of debt obligations of each partnership—Notes refinanced by means of interest bearing mortgages—Mortgage loan with respect to Collegeway amortized over 25 years—When appellant became partner, total debt related to acquisition of condominium property projected to increase—Each limited partner required to make monthly payments in respect of indebtedness limited to 42 or 43% of subscriber's losses for tax purposes—Subscriber's losses for tax purposes included carrying costs of promissory notes, "arranging fee", "guarantor fee"—In 1997 appellant's investment in Gerrard project terminated—Continued investment in Collegeway—In 1989, 1990, 1991, appellant sought to deduct from income interest with respect to both Collegeway, Gerrard, as well as arranging fee and guarantee fee with respect to Gerrard—Minister denied deductions on basis interest amounts not borrowed money used for purpose of gaining, producing income from business within Income Tax Act, s. 20(1)(c), arranging fee not deductible under s. 20(1)(e), guarantee fee not deductible under s. 20(1)(e.1)—In dismissing appeal, Tax Court rejecting appellant's contention investments in Gerrard, Collegeway amounting to adventure in nature of trade—Regarded appellant's intention at time of investing as of no relevance—Found direct evidence of intention in partnership agreements indicating properties to be held to derive rental income—Concluded when gains on resale excluded from consideration, two partnerships could not be regarded as sources of income—Appeal allowed in part; matter referred back to Minister for reassessment with respect to interest in Collegeway—(1) In determining whether transaction in real estate adventure in nature of trade, taxpayer's intention, feasibility thereof, factors to be considered: *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103—Facts found at trial not supporting feasibility of intention to profit on resale: appellant could only give effect to such intention within legal framework of limited partnership agreements, both of which significantly circumscribed ability of limited partner to bring about resale—In each case, passage of special resolution required—(2) Given respondent's pleaded

INCOME TAX—Continued

assumption, appellant needed to show had source of income from either rental operations or from adventure in nature of trade—If succeeded in doing so by way of *prima facie* case, Minister's assumption demolished, onus of proof would then shift to Minister who would be obliged to establish correctness of assumption—(3) *Moldovan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480 setting out test to determine whether appellant had reasonable expectation of profit—Rigour of test in cases involving no personal element somewhat tempered by *Tom v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73 (C.A.)—No “personal element” present herein: appellant made no use of any dwelling unit, purchased none of his own; participation limited to investments of limited partner—Appellant failing to demolish Minister's assumption Gerrard not having reasonable expectation of profit, therefore no business source of income—Partnership burdened by heavy debt load from beginning; load projected to remain undiminished throughout first 10 years of operations—No profit realized from Gerrard's inception until mortgage foreclosed in 1997—Interest, other expenses claimed in respect of Gerrard not deductible under s. 20(1)—Reasonable expectation of profit did exist in respect of Collegeway—Debt load amortized over 25 years; enjoyed profit in two of three years at issue herein—Collegeway intended to be long-term operation as indicated by partnership's constating document, fact mortgage loan amortized over 25 years—Appellant made out *prima facie* case of reasonable expectation of profit; Minister not establishing assumption to contrary correct—Interest expenses properly deductible under s. 20(1)(c)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(c) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 12; 1990, c. 39, s. 9; 1991, c. 49, s. 15), (e) (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 7; 1988, c. 55, s. 12), (e.1) (as enacted by S.C. 1988, c. 55, s. 12).

CARDELLA V. CANADA (A-213-99, 2001 FCA 39, Stone J.A., judgment dated 26/2/01, 26 pp.)

Application for judicial review of T.C.C. decision dismissing applicant's appeal against assessments—Applicant associate professor at York University, was refused promotion to full professor in 1989—Complained to Ontario Human Rights Commission refusal based on political views—Claim rejected by Commission—Ontario courts dismissing application for judicial review of Commission's dismissal of complaint—Applicant seeking to deduct, from income for years 1994-1997 inclusive legal expenses incurred in pursuit of complaint against University—Tax Court Judge did not err in law in dismissing applicant's appeal—Legal expenses incurred to challenge refusal of promotion to rank that would have entitled applicant to higher salary not falling within Income Tax Act, s. 8(1)(b), even if promotion would not affect nature of employment duties performed—Expenses not incurred to establish right to salary owed to taxpayer by employer—Application dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 8(1)(b).

JAZAIRI V. CANADA (A-782-99, 2001 FCA 31, Evans J.A., judgment dated 21/2/01, 4 pp.)

INCOME TAX—Continued

Appeal from T.C.C. decision holding certificates stating “This person requires a supervised setting since January 31, 1995 due to medical illness. This person requires a 24-hour companion” sufficient for purposes of Income Tax Act, s. 118.2(2)(e)—S. 118.2(2)(d) requiring certificate patient person who, by reason of lack of normal mental capacity, now and in foreseeable future will continue to be, dependent on others for personal needs and care—S. 118.2(2)(e) requiring certificate patient person who, by reasons of physical or mental handicap, requiring equipment, facilities or personnel specially provided (by place to which expense paid) for care or training of individuals suffering from that handicap—Appeal allowed—Certificate under s. 118.2(2)(e) must at least specify mental or physical handicap from which patient suffers, and equipment, facilities or personnel patient requires in order to obtain care, training needed to deal with handicap—Certificates herein too vague to meet that requirement—Also not specific enough for purposes of s. 118.2(2)(d) as not stating patient lacking normal mental capacity—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 118.2(2).

CANADA V. TITLE ESTATE (A-196-00, 2001 FCA 106, Sharlow J.A., judgment dated 5/4/01, 3 pp.)

Farming

Appeal from T.C.C. of Canada decision dismissing appellant's appeal—Appellant practising dentistry in Saskatchewan since 1965—In 1973, appellant, wife incorporated company which commenced to purchase farm land, equipment—For years 1992, 1993, 1994, appellant's farm generated losses totalling \$72,935, \$42,345 and \$86,561 respectively—Appellant spent about 2000 hours per year on farm operation and about 1500 hours per year on dental practice—Sought to deduct farm losses for years 1992 to 1994 from other income—Deductions disallowed by Minister—In dismissing appeal, Court having sympathy for lot of farmers such as appellant—Income Tax Act, s. 31, case law applying test which may, in some cases, seem unfair—Many s. 31 cases brought before Tax Court, Federal Court producing sometimes conflicting results—Despite appearance of unfairness in some cases, where taxpayer with well-paying job also seriously involved in unprofitable farming but not “hobby farm”, Parliament has not re-examined provision which Dickson J. in 1977 described as “awkwardly worded and intractable section”—Nor has S.C.C. revisited problem since 1977—Perhaps time to amend, at least clarify provision to make it more suited to our time—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 31(1).

WATT V. CANADA (A-834-99, Sexton J.A., judgment dated 16/3/01, 7 pp.)

PRACTICE

Motion to appoint receiver under r. 375—Respondent alleged to owe applicant large sum of money for unpaid

INCOME TAX—Concluded

income tax—Unwilling to pay up, settle with Canada Customs & Revenue Agency—Latter discovered tax debtor owns at least one valuable asset: taxi operator's and owner's licence, worth between \$30,000 and \$40,000—MNR serving on British Columbia Motor Carrier Commission motion to have receiver appointed—Motion granted—MNR not seeking to exclude licence-issuing Motor Carrier Commission from proceedings—Fair receiver should lawfully deprive tax debtor of value of asset—Minister's motion to appoint receiver allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 375.

CANADA V. LANGEVIN (ITA-5685-99, 2001 FCT 18, Muldoon J., order dated 2/2/01, 5 pp.)

LABOUR RELATIONS

Appellant operated school bus line—Respondent employees complained about non-payment of wages under Canada Labour Code—Human Resources Development Canada inspector ordered appellant to pay—Appeal to Labour Relations Arbitrator, sitting as referee, dismissed—Appeal to F.C.T.D. dismissed ((1999), 179 F.T.R. 266)—Appellant submitting business not falling under Canada Labour Code because governed by law of Province of Ontario—Labour relations within provincial jurisdiction as aspect of property, civil rights within Constitution Act, 1867, s. 92(13), but exception to provincial jurisdiction over “local works and undertakings” under s. 92(10)(a) if particular transportation undertaking extending beyond limits of province—Although appellant's primary business bussing children to, from school within Ontario, appellant also operated charter service carrying people to destinations in United States as well as Ontario—Charter trips constituted 1/10% of appellant's total business—Referee and Motions Judge considering whether extra-provincial activity undertaken by appellant continuous, regular to determine whether appellant's undertaking extended beyond province—Referee considered: customers provided with extra-provincial service consistently, without interruption whenever requests made for such service subject to availability of equipment, personnel; appellant ready at any time to engage in extra-provincial trips at instance of customer; appellant obtained extra-provincial licence; appellant purchased specially equipped bus for charter service—Motions Judge agreed with Referee's conclusion—Both Referee, Motions Judge applied proper test—Appeal dismissed—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 92.

AUGUSTINE'S SCHOOL BUS INC. V. ASHER (A-48-00, 2001 FCA 109, Sexton J.A., judgment dated 6/4/01, 5 pp.)

PENSIONS

Surviving spouse and estate of public service employee invoking Charter, s. 15 and claiming death benefit under Public Service Superannuation Act and Supplementary Death Benefit Regulations only 20% of what should be—Act, s. 47(1) and Regulations, s. 15 providing benefit payable under Supplementary Death Benefit Plan (SDB Plan) subject to reduction of one-tenth for every year of age in excess of 60 attained by participant—Plaintiff's husband 69 years old when died, with result plaintiff received only two-tenths of benefit under SDB Plan—Issue whether Act, s. 47 and Regulations, s. 15 contrary to Charter, s. 15—As parties agree provisions impose differential treatment on basis of age, question whether distinction discriminatory—Applying *Law v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, plaintiffs must only prove, on balance of probabilities, that effect of impugned provisions violation of essential human dignity—Provisions in violation of Charter, s. 15—Plaintiffs arguing SDB Plan death benefit scheme with attributes of term life insurance plan, while defendant arguing SDB Plan term life insurance plan with attributes of death benefit scheme—On evidence, SDB Plan intended to be two things at same time: one-time death benefit payment to meet expenses incurred on account of death, and term insurance with large payout before age of 60, and reduced payout thereafter—Single concept combining two dissimilar ideas—Judicial notice taken of fact death benefits of surviving spouse same whether participant dies at 60 or 70—Illogical to maintain contrary—Conflict created by marrying death benefit feature to term life insurance feature within benefit concept such as SDB Plan leading to result reduction aspect introduced by term insurance feature contaminating whole scheme relative to Charter, s. 15—Illogical nature of reducing “death” benefit according to age of participant on death beyond 60 resulting in violation of human dignity of participant and surviving spouse—Not proven that survivors over 60 have general decreased need for financial benefit—Indeed, opposite true—As violation of human dignity of participant and surviving spouse, reduction aspect of SDB Plan contrary to Charter, s. 15—Damage claim should be recalculated to take account of premiums that would have been due if reduction aspect not part of SDB Plan—Most convenient way to arrive at final damage award to refer calculation to reference—Public Service Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. P-36, s. 47 (as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 25)—Supplementary Death Benefits Regulations, C.R.C., c. 1360, s. 15—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.

MARGOLIS V. CANADA (T-40-98, 2001 FCT 85, Campbell J., order dated 16/2/01, 26 pp.)

PRACTICE**COSTS**

With respect to reference to assess extent of patent infringement and for accounting of profits proceedings—

PRACTICE—Continued

Reasons dealing with submissions of both parties in relation to plaintiffs request for costs to be assessed with special directions and establishing grounds for fixing costs by taxing officer, if counsel cannot agree upon amount of costs in light of directions issued on March 7, 2000 in supplementary judgment concerning costs—Conduct of defendant Apotex and counsel did not warrant award of costs on solicitor-client basis for trial of reference—Defendant failed to produce documents in timely manner—No agreement on any facts until after hearing commenced, and certain facts acknowledged by defendant on basis of information put to it many months before hearing—Furthermore, full costs and expenses of plaintiffs' expert accountants should be recoverable as costs disbursed by plaintiffs in view of valuable help in reconstructing from Apotex' limited documents reasonable representation of Apotex' operations, determination of defendant's sales and profits attributable to infringing use of plaintiffs' patented process—Applicable principles: (1) under r. 400, full discretion in Court over amount and allocation of costs, according to various factors; (2) Tariff B intended to reasonably reflect costs incurred in litigation, but not to defray actual costs in full in any given case; unless otherwise ordered, costs awarded on party and party basis assessed in accord with Tariff B, column III; combination of factors relevant to costs may, in given case, warrant award above column III; (3) motion for special directions to be given to assessment officer in respect of costs not essential where issue of costs, as here, arising at conclusion of hearing on reference concerning extent of infringement and accounting of profits to be paid, continuing proceedings to specify relief in quantitative terms following judgment in action where costs claimed by successful party; here, Court acting pursuant to r. 400 without further formal motion required; (4) complexity in assessing extent of infringement by analysis of many samples required, in accountants' extensive work required to establish basis for extent of infringement and accounting of profits, in number of issues to be resolved; (5) discretion in r. 400 permitting award of costs on level of solicitor-client costs, if warranted, but exercise of discretion would require explanation of same sort as for solicitor-client costs; (6) even though very substantial difference between amounts claimed and amounts awarded, success not divided, plaintiffs successful—Court directing plaintiffs' senior counsel's work with U.K. plaintiff in preparing, assessing and reporting on analyses of 115 sample batches of defendant's product, for reasonable period of time actually spent for travel and consultation in U.K. and for up to 2 similar days in Canada, shall be allowed in accord with column IV of Tariff B for services as may be allowed by Court—In addition, expense of return air fare, hospitality class, Toronto to London allowed, as expense for transport and maintaining integrity of 115 samples—Court directing costs allowable shall include allowance for reasonable out-of-pocket expenses incurred in analyzing defendant's samples, but not including salaries or allowances of employed staff, or capital expenditures or general

PRACTICE—Continued

operating expenses of laboratory attributable to analysis of defendant's samples—Court directing costs allowable shall include counsel fees for senior counsel at upper level of Tariff B, column IV, item 27, in relation to preparation of trial in working with expert accountants for up to 4 working days, of up to 7 hours each, spent in analyzing and reviewing defendant's inventory and financial records and preparing, and revising quantity and revenue schedules in preparation of evidence in advance of hearings of reference—Court directing costs allowable include provision for one, but not two, junior counsel in relation to services and fees under items 13 and 14 of Tariff B, without duplicating costs claimed in relation to clauses (i) and (iii) of present order—Court directing costs allowable for services of counsel generally in Tariff B, except services specified in clauses (i) and (iii) and services in relation to assessment of costs, shall be at maximum level of column III with discretion in assessment officer to exceed that level for reasons deemed exceptional—Court directing plaintiffs' allowable disbursements, to be included in recoverable costs, include (a) reasonable expenses and fees for payments in relation to three expert witnesses who testified at reference, including travel and accommodation expenses, in participating in, planning and analyzing results of analyses of defendant's 115 sample batches; in drafting and executing affidavits, participation in reference proceedings; (b) all reasonable fees and expenses charged to, and paid by them for work of their expert accountants; (c) reasonable fees charged to and paid by them for services of U.K. and European patent agent, rendered as independent consultant after retirement from employment by U.K. plaintiff—Court directing costs of time reasonably spent by plaintiffs' senior counsel in reviewing with accounting experts, invoices and shipping documents produced by defendant after hearing of reference commenced, shall be assessed at upper level of Tariff B, column IV, item 13(a), for fees for preparation for hearing—Court directing costs allowed shall include reasonable costs to be proven by plaintiffs for in-house photocopying, and failing proof thereof, allowance of \$1,500 for costs of such copying—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 400, Tariff B, columns III, IV.

WELLCOME FOUNDATION LTD. v. APOTEX INC.
(T-80-83, 2001 FCT 174, MacKay J., order dated 12/3/01, 18 pp.)

Action addressing issues concerning seizure, import, valuation, jurisdiction relative to aircraft, helicopter, Customs Act—Court deciding in favour of plaintiffs with costs—Plaintiffs presented bill of costs combining elements of solicitor-client, party-and-party costs—Case not most difficult of matters, but had some complexity—Fact that actual cost to client may exceed, perhaps significantly, party-and-party costs permissible under Tariff factor to be considered, but generally should not be determinative—Court allowing 6 units for item 1: preparation, filing of

PRACTICE—Continued

statement of claim—Defendant argued plaintiffs' settlement offer not meeting threshold set by r. 420—According to defendant, designation of \$10,000 as GST meant plaintiffs would be eligible for almost immediate return of those \$10,000 because of set-off regulations—Payment of \$10,000 would have been better for defendant—Plaintiffs asserted defendant in worse position as judgment left it in custody of aircraft, with expense of maintenance—Proposal to pay cash, get aircraft back in comparable condition reasonable—Assessment officer not accepting plaintiffs' proposition judgment left defendant in worse position simply because latter continues to hold aircraft, to spend dollars to maintain it—Defendant administering Act embodying public policy, purpose of which not profit—Plaintiffs' settlement offer not meeting r. 420 threshold—Plaintiffs' bill of costs, presented at \$22,160.80, assessed, allowed at \$11,693.80—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 420.

WILLIAMS v. M.N.R. (T-1646-97, 2001 FCT 106, Stinson A.O., taxation dated 22/2/01, 14 pp.)

DISCOVERY*Production of Documents*

Motion pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 317 for production of documents arising out of hearing held by Mr. Michael Goldie, related to federal government's expropriation of bed of Gulf of Georgia comprising Nanoose Bay torpedo testing range, subsequent expropriation of that area—R. 317 permitting party to request material in possession of tribunal whose order subject of application—Expropriation decision made by federal Minister of Public Works and Government Services—Mr. Goldie not making decision, merely reporting findings arising out of hearing over which presided—Where Minister's decision challenged, applicant may only have those documents before Minister when made decision—Minister already producing documents before him when made decision, except those privileged or exempt from production—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 317.

HUMAN RIGHTS INSTITUTE OF CANADA v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T-1639-99, 2001 FCT 71, Hargrave P., order dated 13/2/01, 4 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Reversal or Variation*

Appeal by named present descendants of members of Beaver Band of Indians from October 1, 1999 order of Hugessen J. ([2000] 1 F.C. D-31) dismissing motion to set

PRACTICE—Continued

aside March 2, 1998 order—In appeal from order of Hugessen J. of April 7, 1999, Court determined S.C.C. judgment of December 14, 1995 did not have effect of determining entitlement of present descendants—Issue therefore not *res judicata* when matter came before Hugessen J.—Question of whether March 2, 1998 order of Hugessen J. had effect present descendants, Public Trustee say he gave it moot—Present descendants found to have no entitlement to any portion of order of \$147 million, therefore adequacy, timing of amount set aside in trust fund also moot—When issue of entitlement of present descendants came to light, counsel brought it to Court's attention—No steps taken thereafter that would prejudice rights of present descendants—Argument based on equitable fraud groundless—Record demonstrating Court took several significant steps to recognize, safeguard interests of infants, persons under disability—Hugessen J. providing for wide public notice, opportunity for anyone who considered themselves present descendant to come forward—As result of notice, claims filed on behalf of 490 people, of which large proportion infant children represented by *guardians ad litem*—Court regularly granting extensions of time for infants who had missed deadlines for filing claims—Appeal dismissed.

BLUEBERRY RIVER INDIAN BAND v. CANADA (DEPARTMENT OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (A-649-99, 2001 FCA 69, Rothstein J.A., judgment dated 19/3/01, 5 pp.)

LIMITATION OF ACTIONS

Appeal from Trial Division decision ((1999), 165 F.T.R. 135) granting summary judgment dismissing appellant's statement of claim for recovery of amount of federal sales tax overpaid in 1985, 1986—Even if appellant had non-statutory right to recover amount of taxes overpaid in 1985, 1986, claim barred by Federal Court Act, s. 39(2), Crown Liability and Proceedings Act, s. 32—Under these provisions, proceedings in Court, against federal Crown, must be instituted within six years after cause of action arose—Appellant's cause of action arose when overpaid taxes between August 1985, April 1986, hence expired at end of April 1992—Statement of claim herein issued on January 31, 1994, nearly two years outside limitation period—Discoverability principle inapplicable—Appellant had ample time after decision in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 331 (T.D.) rendered to issue statement of claim for taxes overpaid—Fact that appellant did not learn of decision until September 30, 1992 could not justify judicial extension of statutory limitation period, especially since appellant waited another 15 months before issuing statement of claim—Appellant's claim time-barred—Appeal dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 10)—Crown Liability and

PRACTICE—Continued

Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 32 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31).

FEDERATED CO-OPERATIVES LTD. V. CANADA (A-594-99, 2001 FCA 23, Evans J.A., judgment dated 15/2/01, 5 pp.)

PARTIES*Intervention*

Motion brought by Apotex Inc. seeking leave to intervene in proceeding under r. 109—Applicant seeking judicial review of Minister's decision to remove Canadian Letters Patent 1,249,969 from Patent Register administered under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—Whether patent including claims to medicine different than drug for which notice of compliance already issued should be included in Patent Register in respect of such drug—Apotex Ontario Corporation carrying on business principally as manufacturer of generic pharmaceutical products—Proposed intervener alleging it will bring perspective to proceeding different from that of current parties—Also alleging that, as Canada's largest generic drug manufacturer, it will be able to provide to Court informed additional perspective as to interpretation of Regulations—In determining whether to allow participation of intervener, Court will consider possibility of prejudice to parties as result of intervention—Should proposed intervener be granted intervener status herein?—In *Abbott v. Canada*, [2000] 3 F.C. 482 (T.D.), Prothonotary Hargrave indicated three basic conditions to be read conjunctively: (1) applicant for intervention must have interest in outcome; (2) applicant's rights will be seriously affected by outcome of litigation; and (3) applicant, as intervener, will bring different perspective to proceeding—Proposed intervener failing to show in evidence interest in outcome of proceeding, rights would be seriously affected by outcome of litigation—Having interest only in relation to interpretation of jurisprudence—Not sufficient for it to be granted intervener status—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 109—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

ELI LILLY CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-1212-00, 2001 FCT 56, Blais J., order dated 12/2/01, 13 pp.)

Appeal from Trial Division decision ((2000), 2000 DTC 6453) dismissing appellant's motion to be added as defendant, to be allowed to intervene—Plaintiffs in action claiming that by virtue of Treaty # 8, The Queen cannot impose tax upon them—Appellant incorporated federally in 1991 as vehicle for people throughout Canada concerned about all types of taxation in country—Seeking to uphold principle all Canadian taxpayers should be treated equally in

PRACTICE—Continued

taxation matters before, under law with right to equal protection, equal benefit of law without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion—Appellant only appealing Motions Judge's decision relating to motion for leave to intervene—Motions Judge's order discretionary—Test for review of exercise of discretion whether judge in first instance has given sufficient weight to all relevant considerations—Motions Judge not referring to any factors which might be considered on motion to intervene—Erred in not giving weight to all relevant considerations—Appellant having established: (1) its members will be affected by outcome of litigation; (2) justiciable public interest issue raised; (3) if appellant not allowed to intervene, issue will not be raised; (4) interests of justice would be better served by permitting appellant to intervene—Appeal allowed.

BENOIT V. CANADA (A-464-00, 2001 FCA 71, Sexton J.A., judgment dated 16/3/01, 7 pp.)

PRIVILEGE

In action by statement of claim to determine obligations of defendant pursuant to Canada Assistance Plan, motion by defendant challenging privileges of non-disclosure claimed by plaintiff—Latter relied on confidentiality of communications between solicitor and client, communications relating to negotiating strategy and/or internal analysis and communications intended for provincial Cabinet—Application of Quebec Code of Civil Procedure, art. 308—Defendant maintained six factors *inter alia* to be considered: relevance of information and documents and feasibility of filing them so case can be adequately and fairly argued; decision-making level; exact nature of public interest protection of which sought by non-disclosure; precise content of information and documents; time elapsed since documents in question or information sought originated; importance of issue—Defendant alleged plaintiff's affidavits must be detailed and show precise nature of public interest likely to be affected by disclosure of information in respect of which privilege claimed; how public interest would be affected by disclosure of information in question; how public interest should take priority over interests of proper administration of justice—Plaintiff maintained disclosure would give federal government unfair advantage if case at bar settled; likely to adversely affect conduct of relations between Quebec Government and federal government; documents covered by privilege of confidentiality as documents intended for members of Cabinet of Quebec Government; documents included legal opinions and discussions of legal opinions, which should benefit from privilege of confidentiality as professional secrets between solicitor and client—Motion allowed in part—Although documents prepared by public servants working for lower levels of government, this test not conclusive as fact documents may concern decision-making process at highest level of government cannot be

PRACTICE—Continued

ignored: *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637—Despite sworn statement by Deputy Minister in case at bar, mentioned in CCP, art. 308, Court must determine whether plaintiff's claim regarding public interest justifies granting privilege for documents concerned—Court must make decision by applying various tests—Necessary to inspect each of documents individually to decide whether Court should grant privilege of confidentiality for any of them—Consisted of legal opinions, documents intended for Cabinet, exchanges between various public servants and documents containing appendices which extended over period of more than 25 years—Privilege recognized for legal opinions, discussions of legal opinions and ministerial documents for Cabinet—Less easy to determine need to preserve confidentiality of certain documents which in some cases were

PRACTICE—Concluded

medley of financial documents, strategic opinions and continual updates of federal-provincial interplay lasting over 30 years and involving para-governmental organizations which have since disappeared and implementation of federal-provincial agreement which has not been in force for five years—Privilege recognized in case where disclosure could give federal government unfair advantage if case at bar settled or could adversely affect conduct of relations between Quebec and federal governments—About 70 documents inspected—Code of Civil Procedure, R.S.Q. c. C-25.

QUÉBEC (ATTORNEY GENERAL) V. CANADA
(T-2834-96, 2001 FCT 51, Blais J., order dated 12/2/01,
74 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ASSURANCE-EMPLOI

Contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre—Lorsque son emploi a pris fin, la défenderesse a intenté une poursuite contre l'employeur pour congédiement injustifié—En vertu d'un règlement de l'action, la défenderesse a reçu 1 500 \$ pour se chercher un emploi et 2 500 \$ pour sa formation professionnelle—La Commission a considéré que ces sommes (4 000 \$) constituaient une rémunération—En appel, le conseil arbitral a simplement conclu que les 4 000 \$ n'auraient pas dû être considérés comme une rémunération—Bien que la défenderesse n'ait fourni aucune preuve établissant qu'elle a effectivement dépensé cette somme conformément à ce que prévoyait le règlement, le conseil arbitral a de toute évidence conclu, sur la base des déclarations de la défenderesse, que celle-ci utiliserait cet argent à cette fin—Le juge-arbitre a confirmé la décision du conseil arbitral en distinguant la présente affaire d'avec l'affaire *Renaud*, CUB-17899, dont la décision mentionne que «seules des dépenses raisonnables déjà engagées en matière de . . . recherche d'emploi et réinstallation peuvent être . . . considérées comme n'étant pas une rémunération»—Demande rejetée—L'art. 57(2)a) du Règlement sur l'assurance-emploi prévoit que la rémunération dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu un arrêt de rémunération comprend le revenu intégral du prestataire provenant de tout emploi—La Cour considère depuis longtemps qu'un paiement effectué en vertu d'un règlement intervenu dans le cadre d'une action pour congédiement injustifié constitue un «revenu provenant [d'un] emploi», à moins que le prestataire puisse établir qu'en raison de «circonstances particulières», une partie de ce revenu doit être considérée comme une rémunération concernant une autre dépense ou perte—La déclaration dans *Renaud* selon laquelle seules des dépenses raisonnables «déjà engagées» en matière de recherche d'emploi et réinstallation peuvent être retranchées de la catégorie de la rémunération constitue une formulation trop rigide de ce qui est la conclusion de fait nécessaire du conseil—Cette conclusion de fait doit être qu'il ressort de la preuve que les sommes versées au titre de la recherche d'emploi et de la formation professionnelle ont été utilisées à de telles fins, ou

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

que l'intéressé a véritablement l'intention de les utiliser à ces fins—Il incombe au demandeur de fournir une preuve satisfaisante qu'il a ainsi dépensé les montants qui lui ont été versés à ces fins en vertu d'un règlement, ou encore qu'il a véritablement l'intention de les dépenser de cette manière—Il est trop restrictif d'exiger que de telles dépenses aient été «déjà engagées»—Compte tenu du témoignage de la défenderesse et des observations de la Commission en ce qui concerne l'état du droit, selon lequel elle devait conclure à l'existence de «circonstances particulières» pour que l'exclusion de la somme de 4 000 \$ du revenu soit justifiée, le conseil arbitral a conclu que les 4 000 \$ devaient être exclus de la rémunération—La Commission n'a pas convaincu la Cour que le conseil a commis une erreur de fait ou de droit en parvenant à cette conclusion—Le fait qu'un ancien employeur accepte de verser une partie importante du montant prévu dans le règlement au titre de considérations autres que la rémunération n'est ni concluant, ni convaincant pour ce qui est de la question de savoir si les montants qu'il a accordés au titre de la recherche d'emploi et de la formation professionnelle étaient «raisonnables»—Règlement sur l'assurance-emploi, C.R.C., ch. 1576, art. 57(2)a) (mod. par DORS/90-756, art. 17).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. RADIGAN
(A-567-99, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du
31-1-01, 6 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes non admissibles

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'une agente des visas refusant la demande de résidence permanente du demandeur au motif que le fils du demandeur, Kok Ho Wong, n'était pas admissible pour des raisons d'ordre médical—Le demandeur a présenté le 26 février

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

1997 une demande de résidence permanente dans la catégorie des investisseurs—Le docteur Axler a rempli un formulaire d'avis médical et y a conclu que le besoin d'éducation spécialisée était considéré comme un fardeau excessif pour les services sociaux—Le docteur Kennedy n'est pas un des médecins qui a participé à l'évaluation du fils du demandeur—Le contenu des deux affidavits souscrits par le docteur Kennedy n'est pas admissible, étant donné que le docteur Kennedy n'avait pas une connaissance personnelle des faits qui y sont relatés comme l'exige la règle 81(1)—La décision du médecin est-elle erronée, remettant ainsi en cause le bien-fondé de la décision de l'agent des visas?—Le simple fait de souffrir d'une maladie ou d'un trouble ne rend pas une personne non admissible—Ce sont les conséquences de la maladie qui importent—Le fardeau est excessif lorsqu'il est «plus qu'un fardeau normal»—L'agent des visas peut et doit se demander s'il ressort des circonstances de l'espèce que l'admission du requérant entraînerait effectivement un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé—L'évaluation est une appréciation individuelle qui doit tenir compte de la situation personnelle de chaque requérant—L'avis médical qui a été donné en l'espèce est entaché d'une erreur de fait manifestement déraisonnable, étant donné que les éléments d'information dont les médecins disposaient ne permettaient pas de conclure que le fils du demandeur, Kok Ho Wong, avait besoin de soins spéciaux et d'une surveillance constante—Les éléments de preuve que la Cour a examinés justifient la conclusion contraire—L'erreur de fait manifestement déraisonnable constitue une erreur de compétence—L'avis n'est pas un avis valablement donné en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration—L'agent des visas a commis une erreur susceptible de contrôle étant donné qu'elle s'est fondée sur un avis médical invalide pour en arriver à la décision de refuser de délivrer des visas au demandeur et aux membres de sa famille—Demande accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 81—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 47 art. 77; *idem*, ch. 49, art. 11, 122c,d); 1995, ch. 15, art. 2; 1996, ch. 19, art. 83; 2000, ch. 24, art. 55).

MO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4082-98, 2001 CFPI 66, juge O'Keefe, ordonnance en date du 14-2-01, 23 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas James Schultz a refusé la demande que le demandeur avait présentée en vue de résider en permanence au Canada pour le motif qu'il était non admissible au sens de l'art. 19(1)c.2) de la Loi sur l'immigration—En juillet 1992, le demandeur, qui est né à Hong Kong en février 1957, a présenté à la Commission, à Hong Kong, une demande de résidence permanente à titre de parent—L'agent

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

des visas Michael MacKenzie a fondé son refus de la demande de résidence permanente sur le casier judiciaire que le demandeur avait à Hong Kong—La répondante du demandeur a interjeté appel avec succès contre le refus de M. MacKenzie devant la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SAI)—L'agent Schultz a refusé la demande de résidence permanente à la suite de l'examen de nouveaux renseignements qui n'étaient pas disponibles lorsque la demande avait antérieurement été refusée ou lors de l'appel que la SAI avait accueilli—L'art. 77(5) de la Loi avait uniquement pour effet d'interdire à l'agent Schultz d'arriver aux mêmes conclusions en se fondant sur des motifs que la SAI avait examinés—La décision de l'agent Schultz de refuser la demande était fondée sur des motifs dont la SAI n'avait pas antérieurement tenu compte—Rien n'empêchait l'agent Schultz, en raison de l'art. 77(5) de la Loi, de tirer la conclusion qu'il a tirée—Rien ne montre que l'agent Schultz ait pris une décision injustifiée ou qu'il ait jugé d'avance l'affaire au point de se montrer insensible aux arguments du demandeur—Des commentaires faits par l'agent Schultz ne donnaient lieu à aucune crainte raisonnable de partialité—Il n'a pas manqué plus tard à l'obligation d'équité en ne communiquant pas au demandeur les documents reproduits sous les cotes D, E et F—Il n'y a pas eu violation de l'obligation d'équité si le demandeur a la possibilité de répondre aux préoccupations que les documents soulèvent dans l'esprit de l'agent—Le demandeur a amplement eu la possibilité, au cours de l'entrevue, de répondre aux préoccupations que l'agent Schultz avait, lesquelles découlaient de ce qu'il savait des activités des triades—L'obligation d'équité n'exige pas que l'agent des visas souscrive aux réponses du demandeur—Le demandeur était au courant de la preuve qu'il devait réfuter et il a amplement eu la possibilité de convaincre l'agent Schultz et de répondre à ses préoccupations—L'agent des visas n'a pas manqué à l'obligation qui lui incombait sur le plan de l'équité procédurale—La norme de contrôle qui s'applique à la décision de l'agent Schultz est celle de la décision déraisonnable *simpliciter*—La conclusion selon laquelle le demandeur ne pouvait pas être admis au Canada en vertu de l'art. 19(1)c.2) de la Loi n'était pas déraisonnable—L'ensemble du dossier, y compris les affidavits confidentiels, vient étayer les conclusions de l'agent Schultz—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 47, art. 77; *idem*, ch. 49, art. 11, 122c,d); 1995, ch. 15, art. 2; 1996, ch. 19, art. 83; 2000, ch. 24, art. 55), 77 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 10, art. 6; (4^e suppl.), ch. 28, art. 33; L.C. 1992, ch. 49, art. 68; 1995, ch. 15, art. 15; 1999, ch. 31, art. 134).

AU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-946-00, 2001 CFPI 243, juge Nadon, ordonnance en date du 26-3-01, 29 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Processus d'enquête en matière d'immigration

Appel soumis sous la forme d'une question certifiée par la Section de première instance ([1997] F.C.J. n° 1116 (QL)): l'examen par le décideur d'une preuve documentaire qui n'a pas été expressément identifiée ou dont une copie n'a pas été fournie à l'intéressé faisant l'objet de l'opinion selon laquelle il constitue «un danger pour le public» viole-t-il les principes de justice naturelle, d'équité procédurale ou de justice fondamentale?—Autre question en litige: l'obligation d'équité exige-t-elle que le Rapport sur l'avis du ministre présenté au représentant du ministre par les fonctionnaires du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration soit communiqué à l'appelant et qu'on lui donne la possibilité d'y répondre?—L'affaire *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 3 (C.A.) était déterminante quant à l'issue de l'appel—Elle établit que l'obligation d'équité exige que le Rapport sur l'avis du ministre et la Demande d'avis du ministre soient communiqués à la partie intéressée pour lui permettre de présenter des observations au représentant du ministre avant que celui-ci décide s'il y a lieu de délivrer un avis de danger—Dans *Bhagwandass*, la Cour a appliqué l'arrêt *Haghighi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 407 (C.A.)—*Haghighi* a identifié les facteurs suivants à prendre en compte pour déterminer si la communication est nécessaire: 1) la nature et l'effet de la décision dans le cadre du régime législatif; 2) la question de savoir si le rapport aura probablement une influence telle sur le décideur que la communication à l'avance est requise pour «équilibrer les chances»; 3) le préjudice qui pourrait vraisemblablement découler d'une décision fondée sur une mauvaise compréhension ou sur un examen erroné des faits pertinents; 4) la mesure dans laquelle la communication à l'avance du rapport permettrait d'éviter le risque qu'une décision mal fondée soit rendue; 5) les coûts que la communication à l'avance pourrait entraîner, dont ceux liés aux retards dans le processus de prise de décision—Le processus a débuté par une lettre adressée à l'appelant le 26 février 1996, indiquant que le Ministère avait en sa possession des éléments de preuve laissant croire que l'appelant constituait un danger pour le public et que le ministre ou son représentant examinerait la question de savoir s'il convenait de délivrer un avis de danger—Contrairement à ce qui s'est passé dans l'affaire *Bhagwandass*, la lettre ne mentionnait pas que les fonctionnaires du Ministère demanderaient au ministre ou à son représentant de délivrer un avis de danger, mais il est évident qu'elle avait cet effet—Le Rapport sur l'avis du ministre, fondé sur des éléments de preuve qui, selon la lettre, laissaient croire que l'appelant constituait un danger pour le public, a confirmé que la procédure est de nature contradictoire dès ses débuts et le demeure jusqu'à la fin—Bien que le Rapport sur l'avis du ministre semblait avoir été préparé plus minutieusement et être plus équilibré que dans

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'affaire *Bhagwandass*, l'obligation d'équité exigeait la communication en raison du caractère contradictoire de la procédure même d'avis de danger—Dans les procédures contradictoires de cette nature, l'équité exige que les documents soumis à un décideur par une partie soient communiqués à l'autre—Cette obligation n'est pas atténuée par le contenu ou le ton des observations soumises—Le ministre a manqué à son obligation d'équité en ne communiquant pas le Rapport sur l'avis du ministre—Ce principe s'appliquait également aux autres documents que les fonctionnaires du Ministère avaient remis au représentant du ministre—Tout document présenté au représentant du ministre par les fonctionnaires du Ministère en leur qualité de partie opposée à l'appelant doivent, règle générale, être communiqués à l'appelant, ou à tout le moins identifiés expressément—Conséquence négative: retard—Rien ne laissait croire que ce retard serait nécessairement important—Délai de plus d'un an avant que la procédure d'avis de danger soit engagée—Un délai additionnel de 15 jours visant à satisfaire aux exigences de l'équité procédurale ne semblait pas excessif—En fait, la communication pourrait permettre d'écarter l'argument possible que le représentant du ministre n'a pas tenu compte de renseignements importants, éliminant ainsi un motif de demande de contrôle judiciaire; d'où une réduction globale du temps requis pour renvoyer les personnes reconnues comme constituant un danger pour le public.

CHU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-614-97, 2001 CAF 113, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 11-4-01, 7 p.)

Renvoi de résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision du délégué du ministre selon laquelle le demandeur constitue un danger pour le public—Le demandeur est un citoyen de la Jamaïque qui est résident permanent au Canada depuis 1990—Il a été déclaré coupable d'importation de stupéfiants en 1998—Avis émis aux termes des art. 70(5) et 46.01(1)e)(iv)—Aucun motif n'a été fourni avec les avis et le demandeur n'a reçu aucune copie du rapport sur l'avis du ministre et de la demande de l'avis du ministre—L'arrêt *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 3 (C.A.), règle le sort de la présente demande—L'obligation d'équité étendue exige la communication des rapports du ministre—Il est inutile d'examiner le bien-fondé des avis de danger à la lumière de l'inexécution de l'obligation d'équité du ministre—Demande accueillie, avis de danger annulés—Question suivante certifiée: Les rapports sur l'avis du ministre qui ont été préparés aux termes de l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration doivent-ils être considérés, par déduction, comme étant les motifs de l'avis du délégué du ministre?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01(1)e)(iv) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.),

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9), 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

GRANDISON C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6308-98, 2001 CFPI 300, juge Heneghan, ordonnance en date du 6-4-01, 6 p.)

Avis de danger—Demande de contrôle judiciaire d'un avis du ministre selon lequel le demandeur constitue un danger pour le public en raison de sa déclaration de culpabilité relative à une agression sexuelle—Le demandeur a invoqué la privation de l'équité procédurale au motif qu'on ne lui avait fourni aucune copie de la «Demande de l'avis du ministre» et du «Rapport sur l'avis du ministre» avant que le délégué du ministre établisse l'avis—Demande accueillie—Dans *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 3 (C.A.), la C.A.F. a conclu que le défaut de communiquer au demandeur la demande de l'avis du ministre et le rapport sur l'avis du ministre avant la prise de la décision constituait une négation de l'équité procédurale étant donné que le demandeur avait été privé de la possibilité de faire des observations sur le contenu des documents avant qu'une décision touchant ses droits soit prise—L'arrêt *Bhagwandass* a été suivi.

HERNANDEZ-ANDASOL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-331-00, 2001 CFPI 349, juge Pelletier, ordonnance en date du 19-4-01, 4 p.)

Renvoi de réfugiés

Requête visant à obtenir un sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi prise contre la requérante par une agente d'exécution—La requête reposait notamment sur le préjudice irréparable causé à l'enfant de la requérante qui était née au Canada le 20 juillet 1999—La requérante, une citoyenne nigérienne, a été admise au Canada le 18 juin 1995 et a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention dès son arrivée à l'aéroport international Pearson—La section du statut de réfugié a rejeté la revendication—En juin 1999, la requérante s'est mariée avec Joseph Disi, un citoyen nigérien qui avait obtenu le statut de résident permanent au Canada—Disi est le père de la fille de la requérante—En raison des circonstances inhabituelles de l'espèce, la requête visant à obtenir un sursis est accueillie—Malgré les efforts déployés par les fonctionnaires de l'Immigration, on n'a pas suffisamment tenu compte de l'intérêt de l'enfant canadien—Une question sérieuse a été soulevée, savoir dans quelles circonstances l'agent chargé du renvoi doit tenir compte de l'intérêt d'un enfant canadien—Un préjudice irréparable sera causé dans l'intervalle si l'enfant devait être renvoyée au Nigéria avec sa mère—L'intérêt de l'enfant est inextricablement lié à celui de la requérante—En attendant un examen approfondi de la question sérieuse, ou de l'intérêt de l'enfant, le cas de la requérante et celui de sa fille sont en

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

fait inséparables—La requête visant à obtenir un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi est accueillie jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue sur la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire présentée par la requérante, ou jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue sur les motifs d'ordre humanitaire touchant l'intérêt de l'enfant.

OBASOHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-694-01, 2001 CFPI 92, juge MacKay, ordonnance en date du 16-2-01, 8 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent de révision des revendications refusées portant que le délai dans lequel le demandeur pouvait faire réviser son statut d'immigrant dans la catégorie des DNRSRC était expiré—Demande accueillie—Application de les art. 2(4)b) de la Loi sur l'immigration et 11.4(2)b) du Règlement sur l'immigration—Conclusion de fait: le demandeur a reçu son avis le 23 septembre 1998 et, comme il a déposé sa demande de révision le 8 octobre 1998, il l'a déposée avant l'expiration du délai fixé par l'art. 11.4(2)b) du Règlement (15 jours suivant l'avis)—Décision de l'agent annulée—La formule d'avis type n'est pas conforme aux dispositions législatives; des efforts doivent être faits pour en corriger les lacunes—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(4)b) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 1)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11.4(2)b) (édicte par DORS/93-44, art. 10; 97-182, art. 5).

LI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5879-98, juge Campbell, ordonnance en date du 20-12-00, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a refusé de reconnaître le demandeur à titre de membre de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (les DNRSRC) parce que cette demande n'avait pas été reçue dans le délai imparti—La demande de contrôle judiciaire doit être accueillie parce que CIC a examiné par le mauvais bout de la lorgnette la question de savoir si la demande de DNRSRC du demandeur avait été présentée en dehors du délai imparti—CIC s'est demandé à quelle date le Ministère avait reçu la demande au lieu de se demander à quelle date le demandeur avait envoyé sa demande—La disposition pertinente est l'art. 11.4(2)b) du Règlement sur l'immigration, qui prévoit que le demandeur «doit présenter [. . .] une demande [. . .] dans les 15 jours suivant la date où la section du statut l'a avisé de sa décision»—Le sens ordinaire du mot «présenter» figurant à l'art. 11.4(2)b) signifie envoyer ou soumettre une demande—Le demandeur a reçu la décision de la section du statut le 10 mai 1999—La demande a été envoyée le 24 mai 1999—La demande n'a pas été présentée en dehors du délai imparti—Demande de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

contrôle judiciaire accueillie—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11.4 (édicte par DORS/93-44, art. 10; 97-182, art. 5).

VARNOSFADERANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-91-00, 2001 CFPI 109, juge Lemieux, ordonnance en date du 23-2-01, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire visant la décision d'exclure le demandeur en vertu de l'art. 1(F)a) de la Convention—Lorsque la question de l'exclusion fut soulevée durant la déposition du demandeur, la section du statut de réfugié (SSR) a rejeté la requête du demandeur en vue d'ajourner l'audience à une date ultérieure, n'accordant qu'une suspension de 80 minutes—Demande accueillie—L'art. 69.1(5) de la Loi sur l'immigration prévoit que la SSR est tenue de donner à l'intéressé la possibilité de produire des éléments de preuve, d'interroger des témoins et de présenter des observations—L'art. 69(6) de la Loi prévoit que la SSR ne peut ajourner une procédure que si elle est convaincue que l'ajournement ne causera pas d'entrave sérieuse—Les critères justifiant un ajournement sont énumérés à l'art 13(4) des Règles de la section du statut de réfugié—La Cour fédérale a toujours insisté sur le fait qu'il était important de donner un avis adéquat à l'intéressé au sujet de la possibilité que la question de l'exclusion se pose—L'ajournement de 80 minutes accordé en l'espèce était insuffisant—Le demandeur et son avocat avaient droit à un ajournement plus long en vue de se préparer relativement à la question de l'exclusion—L'omission d'ajourner l'audience à une date ultérieure constituait un manquement à l'équité procédurale et à la justice naturelle—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69(6) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), 69.1(5) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60)—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, règle 13(4)—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa).

YANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4408-00, 2001 CFPI 219, juge en chef adjoint Lutfy, ordonnance en date du 22-3-01, 4 p.)

Demande de prorogation de délai en vu de présenter une demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un agent des visas a rejeté la demande de visa présentée par la demanderesse—Les problèmes rencontrés par la demanderesse étaient attribuables à un consultant en matière d'immigration qui a tardé à prendre des mesures relativement au dossier du demandeur au point que le délai de prescription prévu par la Loi sur la Cour fédérale était presque expiré—Le consultant n'a pas fourni à l'avocat dont les services avaient été retenus les renseignements requis pour préparer l'avis de demande—L'un des éléments du

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

critère pour accorder une prorogation de délai est qu'il faut donner une explication relativement à l'omission de présenter la demande au moment opportun—L'explication fournie était que le consultant ne s'était pas acquitté correctement de ses obligations—Le document ne mentionne rien au sujet du délai de deux semaines mis à présenter la demande de prorogation de délai—La demanderesse prétend qu'elle devrait être exemptée de l'application des règles parce qu'elle n'était pas représentée par un avocat et n'a pas reçu de conseils valables—Les demandeurs sont responsables du choix de leurs conseillers même lorsqu'il s'agit d'avocats—Les individus qui se présentent comme étant spécialisés en matière d'immigration devront répondre au même standard que ceux qui habituellement comparaissent devant la Cour—L'explication fournie relativement au retard n'habilite pas la demanderesse à demander réparation—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7.

COVE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-934-01, 2001 CFPI 266, juge Pelletier, ordonnance en date du 30-3-01, 5 p.)

Appel de la décision du juge des requêtes ([1999] A.C.F. n° 1434 (QL)) selon laquelle l'agent des visas n'avait manqué à aucun devoir envers le demandeur—Appel rejeté—Réponse négative à la question certifiée suivante: L'agent des visas qui procède au traitement d'une demande de résidence permanente dans laquelle l'adresse postale du consultant en immigration est indiquée comme adresse postale du demandeur est-il tenu envers le demandeur de s'assurer que celui-ci a reçu l'avis d'entrevue lorsqu'il apprend que le consultant éprouve des difficultés pouvant avoir des répercussions sur les services qu'il offre au demandeur?

MAI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-599-99, 2001 CAF 100, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 2-4-01, 2 p.)

STATUT AU CANADA*Citoyens*

Appel d'une décision par laquelle un juge de la citoyenneté a refusé la demande de citoyenneté canadienne du demandeur parce que ce dernier n'avait pas, dans les quatre ans qui avaient précédé immédiatement la date de sa demande, résidé au Canada pendant au moins trois ans (1 095 jours) comme l'exige l'art. 15(1)c) de la Loi—Le demandeur a affirmé que le juge de la citoyenneté a mal interprété les principes de résidence et a agi irrégulièrement en téléphonant au demandeur le lendemain de son entrevue, avant de rendre sa décision, sans envoyer de préavis à l'avocat—Appel accueilli—Le juge de la citoyenneté a agi irrégulièrement en téléphonant chez le demandeur le lendemain de son entrevue, avant de rendre sa décision—

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Bien que la procédure suivie par les juges de la citoyenneté saisis de demandes de citoyenneté soit informelle, cette absence de formalités ne permet pas à ces juges de recourir à une procédure d'enquête indépendante—L'usage consistant pour la Cour de la citoyenneté à recueillir elle-même des éléments d'information est contestable; le rôle de la Cour de la citoyenneté consiste à examiner la preuve qui lui est soumise et à rendre une décision sur la foi de cette preuve et non à mener ou à diriger une enquête et à utiliser les renseignements obtenus pour rendre sa décision: *Cheung (Re)*, [1995] A.C.F. n° 922 (C.F. 1^{re} inst.) (QL)—Un juge de la citoyenneté doit tenir compte des éléments portés à sa connaissance et doit s'abstenir de pousser son enquête au-delà de l'entrevue qu'il mène.

POON C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-545-00, 2001 CFPI 232, juge Heneghan, ordonnance en date du 22-3-01, 6 p.)

Résidents permanents

Contrôle judiciaire du rejet d'une demande de résidence permanente par l'agente des visas—Le demandeur a présenté une demande dans la catégorie des parents aidés en indiquant qu'il avait l'intention d'exercer la profession de «traiteur: travailleur autonome»—La politique du Haut-commissariat du Canada au Sri Lanka expliquant le système d'éducation du Sri Lanka disait que l'enseignement secondaire obligeait l'étudiant à passer deux examens publics, soit le certificat d'éducation général (niveau ordinaire) et (niveau avancé)—La réussite des examens du niveau O n'emporte la délivrance d'aucun certificat, mais un étudiant ne peut passer au niveau A que s'il a obtenu six notes de passage ordinaire (en obtenant entre 35 et 50 %) y compris trois crédits (en obtenant entre 50 et 75 %) en au plus deux séances d'examen—Il doit obtenir la note de passage ordinaire dans sa langue maternelle et en mathématiques—Comme le gouvernement du Sri Lanka n'a pas fixé de norme concernant la réussite des examens du niveau O, le Commissariat a adopté les critères d'admission au niveau A comme note de réussite des études de niveau O—Le demandeur disait avoir réussi cinq matières en une séance en 1971, dont une note de passage en langue maternelle et en mathématiques; il a réussi une sixième matière en 1974—L'agente des visas a affirmé qu'il avait réussi quatre matières en 1971, quatre autres en 1972 et obtenu un seul crédit en 1974—Elle ne lui a accordé aucun point pour le facteur «Études»—Le demandeur n'a été évalué qu'en fonction de la profession de «traiteur» et non en qualité de «travailleur autonome»—Il a obtenu 68 points, soit deux de moins que le nombre requis pour avoir droit à un visa d'immigrant—Demande accueillie—1) Le demandeur n'a pas payé les droits requis pour être évalué dans la catégorie des travailleurs autonomes—La demande n'est en état que lorsque les droits exigibles ont été payés—L'agente n'avait

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

donc pas l'obligation d'évaluer le demandeur en qualité de travailleur autonome si les droits exigibles n'avaient pas été payés au moment de la présentation de la demande d'établissement—L'obligation d'aviser le demandeur du défaut ne prend naissance qu'en cas de reconnaissance de l'attente du demandeur d'être évalué dans la catégorie des travailleurs autonomes—La demande a été présentée par un avocat d'expérience, accompagnée d'une lettre mentionnant la catégorie des «immigrants indépendants»—Le Guide sur le traitement à l'étranger fait une distinction entre les «immigrants indépendants» et les «immigrants entrepreneurs et travailleurs autonomes»—La mention de la catégorie des «immigrants indépendants» n'a pas fait comprendre au Commissariat que le demandeur présentait sa demande en qualité de travailleur autonome—De plus, le demandeur qui appartient à la catégorie des «travailleurs autonomes» est assujéti à la définition du travailleur autonome, selon laquelle il doit établir qu'il a l'intention et qu'il est en mesure d'établir ou d'acheter une entreprise au Canada, de façon à créer un emploi pour lui-même et à contribuer de manière significative à la vie économique, culturelle ou artistique du Canada—Aucun élément n'indiquait comment le demandeur se serait qualifié comme travailleur autonome au sens du Règlement—Il n'y a eu ni manquement à une obligation d'agir équitablement ni erreur donnant ouverture au contrôle judiciaire du fait que le requérant n'a pas été évalué en fonction de la catégorie des travailleurs autonomes—2) Le fait d'exiger qu'un demandeur obtienne des résultats qui le rendent admissible au niveau A n'est pas suffisamment déraisonnable pour justifier l'intervention de la Cour—Toutefois, la décision de l'agente des visas comporte une erreur suffisante pour être annulée, parce que l'agente des visas a examiné le dossier en croyant erronément, au moment de l'entrevue, qu'un étudiant devait obtenir six notes de passage et quatre crédits en une seule séance, plutôt que six notes de passage et trois crédits en deux séances.

FERNANDO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5899-99, 2001 CFPI 205, juge Dawson, jugement en date du 20-3-01, 14 p.)

Appel du rejet de la demande de contrôle judiciaire du ministre à l'encontre de la décision de la section d'appel de l'immigration ([2000] 2 C.F. F-5 (1^{re} inst.))—Réponse à la question certifiée: La personne qui a obtenu un visa et qui s'est vu accorder le droit d'établissement en donnant frauduleusement une fausse indication sur son identité a l'«autorisation d'établir sa résidence permanente au Canada» et est un «résident permanent» au sens de l'art. 70(1) de la Loi sur l'immigration—*Jaber c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 1 C.F. 603 (C.A.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Seneca*, [1999] 247 N.R. 397 (C.A.F.) appliqués—Appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art.

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

70(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.) ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. POWNALL (A-783-99, 2001 CAF 37, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 12-3-01, 2 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE**

Demande en vue de faire déclarer nulle la cession d'un brevet—Demande rejetée—Bien que l'attribution de compétence soit faite par l'art. 20 de la Loi sur la Cour fédérale et que la «loi du Canada» invoquée dans l'affaire soit la Loi sur les brevets, la demanderesse n'a pas démontré qu'il existe un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige: *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.* et autre, [1986] 1 R.C.S. 752—La demanderesse invoque une série de contrats à l'appui de sa prétention d'être la propriétaire du brevet—Pour décider si la demanderesse a effectivement acquis la propriété du brevet, la Cour doit interpréter ces contrats—Or, la Cour n'a aucune compétence inhérente lui permettant de se prononcer sur des contrats privés qui ne relèvent pas autrement de sa compétence—L'interprétation des différents contrats demande d'interpréter et d'appliquer le droit provincial, notamment la Loi sur les sûretés mobilières de l'Ontario—La Cour ne peut connaître de l'interprétation et de l'application du droit provincial—L'argument selon lequel la Cour peut connaître de la détermination de l'ordre des priorités dans les revendications concurrentes sur le brevet est destiné à détourner l'attention de la question principale, à savoir la propriété du brevet—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 20 (mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 34)—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4—Loi sur les sûretés mobilières, L.R.O. 1990, ch. P-10—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].

R.L.P. MACHINE & STEEL FABRICATION INC. V. DITULLIO (T-961-99, 2001 CFPI 245, juge Heneghan, ordonnance en date du 27-3-01, 15 p.)

Appel de la décision du protonotaire de radier la déclaration, de radier le mandat de saisie du navire défendeur et de déclarer invalide la saisie du navire et de sa cargaison au motif que la demande à l'origine de la procédure ne relevait pas de la compétence de la Cour—Le 12 février 1999 la demanderesse a conclu une entente avec Dragnets, qui détenait une autorisation de 100 jours de pêche lui permettant de capturer les crevettes allouées à Cuba (le quota) par

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE
—Suite

l'Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest (OPANO)—En contrepartie de l'utilisation du quota, la demanderesse a convenu de payer 5 000 \$US par mois pour chaque mois où un navire exploité sous sa direction pêcherait la crevette en vertu du quota—En retour, Dragnets a convenu de pêcher la crevette sous la direction de la demanderesse, selon des arrangements en vertu desquels la demanderesse paierait les frais d'équipage, d'exploitation, de ravitaillement, d'approvisionnement en carburant et d'équipement du navire—Avant le début de l'exécution de l'entente, Dragnets a affrété le navire défendeur de sa société sœur Pesquera et a cédé le quota par contrat au navire défendeur plutôt qu'à la demanderesse—Elle a ensuite sous-affrété le navire à Dragsea pour que celle-ci exploite le quota de pêche—Elle a annulé l'entente avec la demanderesse le 8 août 1999—La demanderesse a intenté l'action en prétendant être titulaire du droit d'utilisation du quota et que le fait de le fournir à un autre navire de pêche constituait la fourniture d'un approvisionnement nécessaire car, selon les règlements de l'OPANO, il n'était pas possible de capturer des crevettes sans ce droit—Elle a soutenu que l'attribution du quota de pêche au navire défendeur constituait la fourniture d'un approvisionnement nécessaire dont la demanderesse avait été privée à tort, ce qui lui donnait le droit de faire valoir une demande contre le navire—Le protonotaire a statué que l'objet de l'action était l'entente et non des questions de droit maritime, de navigation ou de marine marchande—Appel rejeté—Lorsqu'il tranche une question de compétence, le protonotaire est assujéti à la norme de la décision correcte—Le critère à appliquer pour déterminer si la Cour fédérale a compétence est celui énoncé dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752: il faut conclure que la question est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale—L'art. 22(2)m) de la Loi sur la Cour fédérale confère compétence à la Section de première instance dans le cas d'une demande relative à des marchandises, matériels ou services fournis à un navire pour son fonctionnement ou son entretien—La compétence relative à la fourniture d'un approvisionnement nécessaire ou de marchandises, matériels ou services à un navire vaut uniquement lorsque le fournisseur demeure impayé—La demanderesse n'a rien fourni au navire pour son fonctionnement ou son entretien, elle n'a donc pas la qualité d'un fournisseur impayé—Le principal but de l'entente était la commercialisation du quota de pêche à la crevette accordé par l'OPANO—Ce but n'avait rien à voir directement avec la marine marchande, la navigation ni les activités sur les eaux navigables—L'entente a été conçue pour donner accès à un quota de pêche et ses incidences sur les navires ou la marine marchande étaient accessoires—L'objet de l'action touchait une entente visant l'exploitation d'un quota de pêche, une question qui ne

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Suite

relevait pas de la compétence de la Cour fédérale sur les questions de navigation et de marine marchande ou de droit maritime canadien au sens de l'art. 22—L'art. 43(2) prévoit que la compétence conférée par l'art. 22 peut être exercée en matière réelle dans une action portant sur un navire—L'entente prévoyait l'utilisation du navire d'un tiers non identifié immatriculé en Islande pour l'exploitation du quota de pêche—Jamais le navire défendeur n'a été envisagé—Le navire défendeur n'était pas assujéti à l'entente—Il n'est entré en jeu qu'à la suite d'un contrat distinct conclu par Dragnets et Pesquera, avec lequel la demanderesse n'a aucun lien juridique, après l'annulation par Dragnets de l'entente originale—Le protonotaire a conclu à bon droit que la Cour n'avait aucune compétence *in rem* à exercer—Pour conclure qu'une action est fondée sur un bien comme le permet l'art. 22(2*m*) de la Loi, un lien entre le bien saisi, c'est-à-dire la cargaison, et la cause d'action doit ressortir des faits—Le fondement d'une telle demande n'était pas exposé dans la déclaration; celle-ci ne mentionnait pas que l'exécution de l'entente avait débuté ou que les parties avaient échangé une contrepartie—Les conditions suspensives n'ont pas été remplies, la propriété des prises n'a pas été cédée à la demanderesse, aucune part des profits réalisés sur les prises de crevettes n'était payable à la demanderesse—Le critère à appliquer pour radier un acte de procédure est énoncé clairement dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441: un requérant doit démontrer qu'il est clair et évident que l'acte de procédure visé ne divulgue aucune cause raisonnable d'action—Si la Cour conclut qu'elle n'a pas compétence pour connaître de l'affaire, la procédure doit être radiée, car il ne saurait exister de cause raisonnable d'action si la demande ne satisfait pas au critère préalable de la compétence—Le protonotaire a eu raison de conclure que la convention était la question centrale de la demande—L'action découlait d'une prétendue violation d'un contrat qui touchait des questions de pêche, mais n'établissait pas de lien entre le navire défendeur ou sa cargaison et l'entente—En l'absence d'un tel lien, une demande *in rem* concernant des approvisionnements nécessaires ne peut être accueillie car les marchandises doivent être fournies à un navire par le demandeur et non par une autre partie—La prétendue violation n'était pas entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien ni une question de navigation ou de marine marchande—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22, 43.

INTER ATLANTIC CANADA LTD. C. *RIO CUYAGUATEJE* (LE) (T-2282-99, 2001 CFPI 306, juge MacKay, ordonnance en date du 9-4-01, 14 p.)

Requête du Conseil canadien de la magistrature (CCM) portant radiation de la déclaration déposée contre lui—La

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Fin

déclaration concerne une action engagée contre 42 défendeurs et comporte des allégations de bris d'un accord de fiducie, de conflit d'intérêts, de faute professionnelle d'un conseiller juridique, de partialité de la magistrature, de complots entre différents défendeurs pour empêcher les demandeurs de financer ou refinancer leurs propriétés ainsi que de saisies illégales, pour lesquelles une indemnité est réclamée—La Cour n'a pas compétence pour trancher la requête—La Cour fédérale est un tribunal créé par la loi et ne possède pas une compétence inhérente—Ce sont les cours supérieures des provinces qui sont investies d'une compétence générale et inhérente—Dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, la Cour suprême du Canada a énoncé un critère à trois volets à appliquer pour décider si la Cour fédérale a compétence, lequel critère comprend l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales qui est essentiel à la solution du litige—Le fait que la Cour fédérale devra peut-être appliquer le droit provincial pour trancher une réclamation ne constitue pas un obstacle à sa compétence, lorsque la réclamation repose sur un fondement valable selon le droit fédéral: *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442—Cependant, le différend à l'égard duquel on plaide l'existence d'une compétence doit être principalement et essentiellement fondé sur des règles de droit fédérales: *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626—Le présent litige est essentiellement une affaire qui est fondée sur les règles délictuelles applicables en common law et qui devrait être portée devant une cour supérieure investie d'une compétence inhérente—Il n'existe aucun lien entre la demande formulée contre le Conseil canadien de la magistrature et une règle de droit fédérale applicable—La Cour fédérale n'a pas compétence pour entendre la demande engagée contre le Conseil canadien de la magistrature—Pour le cas où la conclusion concernant la compétence de la Cour serait erronée, la requête en radiation est examinée—Selon la règle 221 des Règles de la Cour fédérale (1998), la Cour peut ordonner la radiation de tout acte de procédure au motif qu'il ne révèle aucune cause d'action valable—La déclaration n'énonce aucune allégation à l'encontre du CCM et ne comporte aucun fondement factuel que les demandeurs peuvent invoquer au soutien de leur réclamation visant celui-ci—De plus, la déclaration ne permet pas de lier le CCM à l'une ou l'autre des allégations que les demandeurs formulent ou à l'indemnité qu'ils réclament—Un droit d'action doit être fondé sur des faits pertinents et non sur des hypothèses—En raison de l'absence de droit d'action contre le CCM, la déclaration déposée contre lui est radiée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221.

CHAVALI C. CANADA (T-824-00, 2001 CFPI 268, juge Blanchard, ordonnance en date du 30-3-01, 9 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Requête pour que la Cour ordonne, en application de l'art. 18.4(2) de la Loi sur la Cour fédérale, que la demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action—La demande de contrôle judiciaire vise à contrôler l'ordonnance de détention datée du 14 mai 1999; le navire de la demanderesse a été détenu conformément à cette ordonnance au motif qu'il était dangereux—Dans l'arrêt *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464 (C.A.), il a été conclu que c'est seulement lorsque les faits ne peuvent pas être évalués ou établis avec satisfaction au moyen d'un affidavit que l'on devrait utiliser l'art. 18.4(2); la complexité, comme telle, des questions de fait et de droit n'est pas un motif suffisant; le vrai critère est de savoir si la preuve présentée au moyen d'affidavits sera suffisante—Les défendeurs ont soutenu que la crédibilité des témoins était une question importante, mais n'ont pas indiqué la crédibilité de quels témoins était en cause ni quelles parties de leur témoignage donnaient matière à réserve—La question de crédibilité est suffisante pour exiger que la demande soit transformée en action—Ni les faits ni les questions juridiques ne sont complexes—En tout état de cause, la complexité des questions juridiques n'est pas en soi une considération pertinente parce que, si elles sont complexes dans le cadre d'une demande, elles le seraient également dans le cadre d'une action—Les questions liées à la Charte ne nécessitent pas un procès quand des affidavits peuvent établir un fondement factuel: *Macinnis*—La Cour n'a aucune raison de croire qu'une preuve par affidavit ne peut établir le fondement factuel des arguments relatifs à la Charte—La preuve par affidavit n'est pas insuffisante pour établir les faits nécessaires pour statuer sur la question litigieuse—Il n'est pas nécessaire de présenter une preuve de vive voix—L'affaire ne devrait pas être retardée inutilement par la conversion de la demande de contrôle judiciaire en action—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—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].

KALKE C. CANADA (T-1948-99, 2001 CFPI 251, juge O'Keefe, ordonnance en date du 27-3-01, 9 p.)

Requête en vertu de l'art. 18.4 de la Loi sur la Cour fédérale visant à ce qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme une action—Westshore exploite une installation de chargement de charbon en vrac à Roberts Bank (C.-B.)—Elle loue cet emplacement de l'Administration portuaire de Vancouver—Elle demande le contrôle judiciaire du loyer payé en vertu du bail parce qu'elle croit que le taux stipulé est incompatible avec les taux exigés des autres locataires, supérieur au taux demandé à un concurrent

DROIT ADMINISTRATIF—Suite

—L'art. 50(1) de la Loi maritime du Canada oblige les administrations portuaires à éviter la discrimination injustifiée entre les utilisateurs du port—L'art. 49(1) permet à l'Administration portuaire de fixer les droits à payer à l'égard de différents services et usages—Selon Westshore, ces deux articles combinés commandent la fixation de droits équitables—Elle soutient que l'art. 50(1) codifie la common law applicable à un service public ou à un autre fournisseur de service monopolistique, c.-à-d. que le fournisseur monopolistique d'un produit ou d'un service doit le fournir sans créer de discrimination entre ses clients—Requête rejetée—La décision *Prince Edward Island Potato Board c. Canada* (1993), 56 F.T.R. 150 (C.F. 1^{re} inst.) établit qu'il ne faut pas déroger à la procédure établie dans la Loi sur la Cour fédérale pour le traitement d'une demande de contrôle judiciaire en l'absence de motifs très clairs—La Cour a approuvé et renforcé le critère des motifs très clairs dans *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464 (C.A.) en soulignant que le législateur a manifesté l'intention que les demandes de contrôle judiciaire soient traitées rapidement et que l'art. 18.4(2) entre en jeu uniquement lorsque les faits risquent de ne pas être établis ou appréciés de façon satisfaisante si la preuve est produite sous forme d'affidavit—Le critère ne consiste pas à déterminer si la preuve présentée au cours d'une instruction pourrait être supérieure, mais plutôt si la preuve par affidavit présentée dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire sera suffisante—La complexité des faits ou des questions de droit ne constitue pas un facteur pour décider si une procédure de contrôle judiciaire doit être convertie en action—*Macinnis* a écarté différents motifs qui pourraient être invoqués à l'appui de la conversion en action, dont le vide factuel, la complexité des questions de droit, le temps dont les avocats ont besoin pour présenter leur affaire, le volume de la preuve par affidavit et le désir subjectif que la preuve soit présentée de vive voix—Il faut se rappeler la vraie nature des questions auxquelles la Cour doit répondre dans une procédure de contrôle judiciaire, et considérer la pertinence d'utiliser la preuve déposée par affidavit pour répondre à ces questions: *Vancouver Island Peace Society c. Canada* [1992] 3 C.F. 42 (1^{re} inst.)—Le rôle de la Cour saisie d'une demande de contrôle judiciaire consiste à déterminer si la décision a été rendue en conformité avec le droit—L'évaluation des faits et des opinions des experts n'est pas pertinente à cet égard—Il n'appartient pas à la Cour, en l'espèce, d'analyser les renseignements comptables, les statistiques, la pratique et ce que commande l'intérêt public, puis de fixer un taux pour le loyer—Il faut se préoccuper d'éviter les frais et les retards inutiles, apprécier la nécessité d'évaluer l'attitude et la crédibilité des témoins et tenir compte du fait que la Cour doit bien saisir l'ensemble de la preuve—Examen de la vraie nature des questions à trancher—Si la question soumise à la Cour se résume à la question de droit étroite du droit ou de la loi applicable à l'Administration portuaire, relativement à la fixation du loyer, aucun motif défendable ne peut être invoqué à l'appui de la

DROIT ADMINISTRATIF—Suite

conversion de la procédure en action—Si la Cour est saisie d'une vaste question de fait, certaines parties additionnelles de l'imposante preuve par affidavit pourraient être pertinentes—Toutefois, la preuve n'est pas telle que la Cour pourrait avoir besoin d'entendre la preuve de vive voix pour décider que le loyer est irrégulier—Un examen sommaire effectué au moyen d'une preuve par affidavit et dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire ne constituerait pas un handicap pour la Cour et ne l'empêcherait pas de traiter convenablement les questions en litige—Les questions en litige ne sont pas complexes au point de nécessiter tout l'appareillage d'un procès en bonne et due forme—Le volume des affidavits déposés par l'Administration portuaire en réponse à l'opposition de Westshore à la tenue d'un procès n'emporte pas l'irrecevabilité—L'Administration portuaire a plutôt bien exposé toutes ses prétentions à l'intention de Westshore—Loi maritime du Canada, L.C. 1998, ch. 10, art 49(1), 50(1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4, (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

WESTSHORE TERMINALS LTD. C. ADMINISTRATION PORTUAIRE DE VANCOUVER (T-68-00, 2001 CFPI 312, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 7-3-01, 17 p.)

Mandamus

Deux demandes de contrôle judiciaire dans lesquelles la demanderesse, le Schwarz Hospitality Group Limited (la titulaire de domaine à bail), cherche à obtenir diverses réparations—Le Storm Mountain Lodge a été aménagé dans les années 20 comme un camp de bungalows du Canadien Pacifique pour accueillir les voyageurs et il est situé du côté nord de la route 93, dans le parc national Banff—En 1996, après des consultations initiales avec des représentants de Parcs Canada, la titulaire de domaine à bail a décidé de réaménager le Storm Mountain Lodge—La première réparation demandée dans la première demande, soit «une déclaration portant que le moratoire est invalide ou illicite et sans effet à l'égard du projet de réaménagement du Storm Mountain Lodge», est théorique—Il n'existe plus de «litige actuel» au sujet du moratoire entre les parties dans la présente affaire—La titulaire de domaine à bail n'a subi aucun préjudice grave en raison de l'imposition du moratoire—Aucune réparation à l'égard du moratoire prétendument imposé n'est justifiée—Les paramètres de la doctrine de l'attente légitime sont bien établis en droit—Les fonctionnaires de Parcs Canada au parc national Banff n'ont pas cessé d'encourager la titulaire de domaine à bail de continuer à investir du temps, des énergies et de l'argent dans le parachèvement de son projet, dans le cadre du processus d'approbation et des lignes directrices pour les aménagements qui étaient en vigueur à l'époque—Les actes des personnes de Parcs Canada dans les bureaux du parc national Banff ont créé chez la titulaire de domaine à bail une attente raisonnable ou légitime que le projet de réamé-

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

nagement du Storm Mountain Lodge ferait l'objet d'un examen—Une réparation est accordée à la titulaire de domaine à bail sur sa première demande—Plusieurs des réparations sous forme de déclarations recherchées dans la deuxième demande ainsi que certaines réparations afférentes par voie de *mandamus* tombent—Le directeur était l'autorité responsable à l'égard du projet de réaménagement de la titulaire de domaine à bail—La Loi canadienne sur l'évaluation environnementale impose à l'autorité responsable, en l'espèce le directeur, une obligation légale d'agir à caractère public—L'obligation existe envers la titulaire de domaine à bail—La titulaire de domaine à bail a le droit clair d'obtenir l'exécution de cette obligation—La titulaire du domaine à bail avait, au moment où la deuxième demande de contrôle judiciaire a été déposée, rempli toutes les conditions préalables qu'on avait portées à sa connaissance et qui donnaient naissance à l'obligation—Elle avait déjà présenté une demande d'exécution de l'obligation—L'obligation dont on demande l'exécution forcée n'est pas discrétionnaire, elle est obligatoire, encore que la décision finale ne soit pas obligatoirement favorable à la titulaire de domaine à bail—La titulaire de domaine à bail n'a aucun autre recours—L'ordonnance sollicitée aura une incidence sur le plan pratique—Aucun obstacle en vertu de l'équité n'empêche d'obtenir le redressement demandé par voie de *mandamus*—Compte tenu de la «balance des inconvénients», une ordonnance de *mandamus* devrait être rendue—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.

SCHWARZ HOSPITALITY GROUP LTD. C. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (T-1552-98, T-34-00, 2001 CFPI 112, juge Gibson, ordonnance en date du 23-2-01, 37 p.)

Pratique

À l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (la C.C.I.) a rejeté un appel contre des cotisations au moyen de la procédure informelle, l'intimée a présenté une requête pour faire retirer un document du dossier—Le document, c'est-à-dire un document de travail qui aurait été préparé par un fonctionnaire de la Couronne dans le cadre d'une vérification, n'a pas été présenté en preuve devant la C.C.I.—Demande accueillie—Le fait que l'avocate de la Couronne n'ait pas agi de manière diligente lors de l'examen du dossier du demandeur ne modifie en rien la règle générale selon laquelle le contrôle judiciaire d'une décision doit être fondé sur les documents présentés à l'instance décisionnelle—On ne peut pas ne pas tenir compte du fait que le demandeur a tenté sans succès de présenter le document lors de l'instance—Rien dans le dossier ne permet de conclure que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en refusant d'admettre le document—Dépens adjugés au demandeur.

SMITH C. CANADA (A-154-00, 2001 CAF 86, juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 26-3-01, 4 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par la Commission canadienne des droits de la personne ayant rejeté la plainte de la demanderesse portant que, par son refus de continuer de l'employer, Développement des ressources humaines Canada (DRHC) a commis un acte discriminatoire à son endroit, en contravention de l'art. 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Les motifs de distinction illicite allégués concernent l'origine nationale ou ethnique et l'âge—La Commission a-t-elle étudié la plainte de la demanderesse portant que la conclusion tirée par le défendeur quant au caractère insatisfaisant de son rendement au travail n'était qu'un prétexte pour dissimuler le fait que les personnes qui ont refusé de renouveler son contrat ont agi ainsi en raison de son âge et de son origine ethnique?—La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission, quant à savoir si la plainte doit être rejetée ou non, est celle de la décision raisonnable *simpliciter*—Lorsqu'elle prend une telle décision, la Commission se trouve à exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'art. 44(3) de la LCDP—La Commission a agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle a rejeté la plainte au regard de la preuve dont elle disposait, preuve qui comprenait des déclarations faites par des témoins pour contredire les allégations de la demanderesse, ainsi qu'un examen du rendement de la demanderesse lorsqu'elle travaillait au DRHC—L'enquêteur s'est fondé sur des conclusions relatives à la crédibilité—Ces conclusions ne figurent pas dans le rapport d'enquête—Une troublante omission a trait à l'allégation de la demanderesse selon laquelle, après qu'elle eut quitté le Ministère et déposé sa plainte, le défendeur a inventé plusieurs prétextes pour justifier le non-renouvellement de son contrat—Le rapport d'enquête ne traite pas de cette allégation—Cette omission est fondamentale, car toute enquête relative à une pratique discriminatoire doit déterminer l'identité du décideur et comporter des questions sur les motifs invoqués par le décideur—Il n'est pas nécessaire de conclure que la plaignante aurait pu traiter de l'omission dans sa réponse si l'omission était de nature fondamentale—Le réexamen de la décision s'impose, car cette décision révèle l'omission d'interroger la (les) personne(s) qui a (ont) décidé de ne pas renouveler le contrat de la demanderesse sur la question du prétexte que celle-ci fait valoir—Demande accueillie—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 44 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 64; L.C. 1998, ch. 9, art. 24).

SINGH C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-2259-99, 2001 CFPI 198, juge McKeown, ordonnance en date du 19-3-01, 16 p.)

ENVIRONNEMENT

Appel d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale ((1998), 27 C.E.L.R. (N.S.) 177) de

ENVIRONNEMENT—Fin

rejeter deux demandes de contrôle judiciaire portant sur l'approbation par le ministre des Finances d'un prêt de la Société pour l'expansion des exportations à la Société du port de Vancouver (SPV) et sur la décision du ministre de l'Environnement de ne pas renvoyer le projet Deltaport devant un médiateur conformément à la Loi—La bande indienne a une réserve de 640 acres dans le secteur de Roberts Bank—La SPV exploite des installations portuaires à Roberts Bank—La construction d'un terminal à conteneurs à cet endroit a été approuvée en 1992, a commencé en 1993 et s'est terminée en 1997—La Loi canadienne sur l'évaluation environnementale est entrée en vigueur en 1995—Aucune évaluation environnementale du projet n'a été effectuée en application de la LCEE ou du régime antérieur, le Décret sur les lignes directrices visant le PÉEE—La SPV a fait son propre examen parce qu'en tant que société d'État, elle n'était pas obligée de respecter les exigences de ces régimes—La bande indienne prétend que ses intérêts n'ont jamais été suffisamment pris en compte lors des examens effectués—Appel rejeté—Il ressort clairement de la définition de projet prévue dans la LCEE que les évaluations environnementales ne doivent s'appliquer qu'aux propositions de construction qui n'en sont qu'à une étape préliminaire—Autrement, cela serait injuste pour les responsables de projets de construction parce que ces projets pourraient être interrompus ou modifiés à n'importe quel moment dans le processus de construction et peut-être même par la suite—Rétroactivité à éviter—L'art. 74 des dispositions transitoires de la LCEE n'est pas censé fournir un nouveau système de révision en vertu de la LCEE pour les projets déjà en cours de construction—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, S.C. 1982, ch. 37, art. 74—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

BANDE INDIENNE DES TSAWASSEN C. CANADA (MINISTRE DES FINANCES) (A-257-98, 2001 CAF 58, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 13-3-01, 3 p.)

FORCES ARMÉES

Demande de bref de prohibition provisoire contre le commandant Price siégeant en qualité de président de la cour martiale permanente et de jugement déclaratoire provisoire portant que la cour martiale permanente ne peut siéger avant l'issue de la demande de contrôle judiciaire visant à obtenir un bref de prohibition contre les trois juges nommés récemment (dont le commandant Price) car ils avaient tous travaillé en qualité de directeur ou de directeur adjoint des poursuites militaires—Les requérants alléguaient que le commandant Price ne devait pas présider la cour martiale permanente parce que, en qualité de directeur adjoint des poursuites militaires au moment où les accusations ont été portées, il avait la responsabilité de surveiller l'avocat maintenant responsable de la poursuite contre les

FORCES ARMÉES—Fin

requérants—Requête rejetée—Les critères applicables pour décider si une réparation provisoire doit être accordée sont ceux régissant l'octroi d'une injonction interlocutoire et énoncés dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110—Il est clair que l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Section de première instance de la Cour fédérale la compétence pour connaître d'une demande de bref de prohibition telle celle en l'espèce—Application du critère en trois volets énoncé par la C.S.C. dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*; et *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311—Aucune question sérieuse à trancher—Aucune allégation portant que le commandant Price avait même connaissance du dossier—En outre, le commandant Price a déclaré à l'audience qu'il n'avait pas connaissance des dossiers des requérants à l'époque et qu'il n'y avait pas travaillé—Une association professionnelle antérieure ne suffit pas en soi pour étayer une allégation de crainte de partialité: *Hodson c. M.R.N.* (1987), 46 D.L.R. (4th) 342 (C.A.F.); *Fogal c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 916 (C.A.F.)—Compte tenu des circonstances et de la pauvreté de la preuve, la simple assertion des requérants ne suffisait pas à démontrer qu'il existait une question sérieuse à trancher—Les requérants n'avaient pas établi qu'ils subiraient un préjudice irréparable s'ils n'obtenaient pas l'injonction—Le refus d'accorder la suspension avait pour effet de forcer les requérants à subir leur procès et de reporter la décision concernant la crainte raisonnable de partialité—La prépondérance des inconvénients était nettement favorable au rejet de la demande de suspension—Les requérants contestaient l'intégrité de trois des quatre juges militaires siégeant à la magistrature militaire—Si elle avait accordé la suspension aux requérants, la Cour aurait difficilement pu refuser la même réparation à d'autres—L'éventualité d'une avalanche de suspensions et de la quasi-paralysie du système de justice militaire posait des problèmes pratiques et ne servait pas l'intérêt public—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).

RUSHNELL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-349-01, 2001 CFPI 199, juge Rouleau, ordonnance
en date du 19-3-01, 12 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel de la décision par laquelle le juge de la Cour canadienne de l'impôt (J.C.C.I.) a conclu que les retenues n'étaient pas des déductions permises au cours des années pour lesquelles elles ont été demandées, confirmant ainsi la décision du MRN selon laquelle la fraction du paiement contractuel retenue au titre d'une provision contre les entrepreneurs en défaut de remplir leurs obligations en vertu

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

des lois sur les accidents du travail, est une déduction admissible seulement lorsqu'elle est payée ou exigée, sur présentation, par les entrepreneurs, des attestations de paiement prouvant qu'ils se sont conformés aux lois sur les accidents du travail—Les contribuables ont embauché les entrepreneurs pour faire la coupe, l'ébranchage et le débarbage de grumes, et pour transporter le bois entre les sites d'exploitation forestière et les scieries—Le bordereau de mesurage faisait preuve des travaux exécutés—Rémunération à la quinzaine sur la base d'un prix convenu par tonne métrique de bois livré—Les retenues servent à donner aux contribuables une garantie contre le risque qu'elles soient tenues indirectement responsables des obligations des entrepreneurs au titre des accidents du travail—Nul ne conteste que les contribuables ont, pour l'année pendant laquelle les sous-traitants ont exécuté le travail, respecté les principes comptables ordinaires lorsqu'elles ont déduit les retenues dans le calcul de leurs revenus, sans égard à la date de paiement—La déduction des retenues est admissible au cours des années demandées, à moins d'une disposition contraire de la LIR, ou d'un principe de droit fiscal—Le juge de la C.C.I. a conclu que l'art. 18(1*a*) ou *e*) de la LIR rendait la déduction des retenues inadmissible avant l'année où le paiement est effectué—Appels accueillis—L'art. 18(1*a*) de la LIR assujettit la déductibilité d'un montant dans le calcul du revenu d'une entreprise ou d'un bien au critère du but visé—La Couronne et le juge de la C.C.I. ont mal compris le sens du terme «effectuées» dans le contexte de l'art. 18(1*a*)—De façon générale, le contribuable effectue une dépense lorsqu'il a l'obligation juridique de payer une somme d'argent—Dans la majorité des cas, l'obligation juridique naît de l'exécution des obligations contractuelles auxquelles le paiement se rattache—Il n'est pas important de savoir si le paiement de l'obligation est exigible à ce moment précis ou dans une année subséquente—La question en l'espèce est de savoir si les retenues étaient des obligations éventuelles qui incombaient aux contribuables après l'exécution du travail prévu au contrat—Pour décider si une obligation est éventuelle, on applique le critère reconnu énoncé dans la décision *Winter and Others (Executors of Sir Arthur Munro Sutherland) (deceased) v. Inland Revenue Commissioners*, [1963] A.C. 235 (H.L.): une obligation éventuelle est une obligation dont l'existence dépend d'un événement qui peut se produire ou ne pas se produire—L'interprétation juste à donner aux contrats veut que le prix convenu devienne une obligation absolue qui incombe aux contribuables dès que les entrepreneurs ont exécuté leur travail, comme l'attestent les bordereaux de mesurage—Les clauses relatives aux retenues s'appliquent seulement après la naissance de cette obligation—Les retenues constituent ainsi des sommes dues aux entrepreneurs et les contribuables ont l'obligation continue de payer les retenues même si, tant et aussi longtemps qu'une attestation de paiement n'est pas fournie, elles peuvent choisir de les payer soit aux entrepreneurs soit à la Commission des accidents du travail pour le compte des

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

entrepreneurs—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 18(1)a),e)—Loi sur les accidents du travail, L.R.O. 1990, ch. W.11.

WAWANG FOREST PRODUCTS LTD. C. CANADA (A-153-99, A-154-99, 2001 CAF 80, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 26-3-01, 15 p.)

Appel d'un jugement de la Cour de l'impôt (99 D.T.C. 631) confirmant le refus du ministre d'autoriser des déductions d'intérêts et d'autres frais—L'appelant, un médecin, était commanditaire de Gerrard, propriétaire d'un ensemble immobilier à Toronto, et de Collegeway, propriétaire d'un ensemble immobilier à Mississauga—Avant d'investir, il savait qu'il était peu probable qu'il obtiendrait une part du revenu de la société—Il devait verser au départ une somme en espèces relativement faible, mais le montant de son placement devait augmenter progressivement—L'apport de capitaux et les frais de financement étaient financés par l'entremise d'un flux de trésorerie exempt d'impôt et des économies d'impôt sur le revenu—L'appelant s'attendait à ce que les ensembles immobiliers locatifs prennent de la valeur de sorte qu'à la fin de la période initiale de 10 ans, ils puissent être revendus et générer un bénéfice qui compenserait largement les pertes antérieures—En 1988, l'appelant a versé 1 920 \$ sur 231 283 \$ pour le coût d'une part des sociétés Gerrard, et 10 925 \$ sur 171 000 \$ pour le coût d'une part des sociétés Collegeway—Le solde du prix d'achat a été acquitté par des billets à ordre—L'appelant assumait ainsi une part proportionnelle du passif de chacune des sociétés en commandite—Des billets ont été refinancés au moyen d'hypothèques portant intérêt—Pour ce qui est de Collegeway, le prêt hypothécaire était amortissable sur une période de 25 ans—Quand l'appelant est devenu commanditaire, la dette totale concernant l'achat de la propriété immobilière devait augmenter—Tous les commanditaires devaient effectuer des versements mensuels pour rembourser les sommes dues, qui ne pouvaient être supérieurs à 42 % ou 43 % des pertes fiscales du souscripteur—Les pertes fiscales des souscripteurs comprenaient les frais de détention des billets à ordre, les frais de montage et les frais de garantie—En 1997, le placement de l'appelant dans le projet Gerrard a pris fin—L'appelant a continué à effectuer ses versements dans Collegeway—En 1989, 1990, 1991, l'appelant a déduit de son revenu des intérêts par rapport à Collegeway et à Gerrard, ainsi que des frais de montage et des frais de garantie par rapport à Gerrard—Le ministre a refusé ces déductions pour le motif que les intérêts ne correspondaient pas à de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise au sens de l'art. 20(1)c) de la Loi de l'impôt sur le revenu, que les frais de montage n'étaient pas déductibles aux termes de l'art. 20(1)e) et que les frais de garantie n'étaient pas déductibles aux termes de l'art. 20(1)e.1)—En rejetant l'appel, la Cour de l'impôt n'a pas retenu l'argument de l'appelant selon lequel les placements dans Gerrard et Collegeway constituaient un projet

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

comportant un risque de caractère commercial—Elle a jugé que l'intention de l'appelant au moment où il a fait ce placement n'était pas pertinente—Elle a constaté l'existence d'une preuve directe de l'intention des parties dans les termes du contrat en commandite qui établissaient que l'entreprise devait conserver les biens immobiliers pour en tirer des revenus de location—Elle a conclu que si l'on ne tenait pas compte des profits susceptibles d'être réalisés sur la revente des propriétés, les parts dans les sociétés en commandite ne pouvaient pas être considérées comme des sources de revenu—Appel accueilli en partie; l'affaire est renvoyée au ministre pour l'établissement d'une nouvelle cotisation, pour ce qui est de la part dans Collegeway—1) Pour déterminer si une opération immobilière constitue un projet comportant un risque de caractère commercial, l'intention du contribuable et les possibilités de la réaliser sont des facteurs dont il faut tenir compte: *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103—Les faits constatés au procès ne confirment pas qu'une intention de réalisation de profit lors de la revente était réalisable: l'appelant ne pouvait donner effet à cette intention que dans le cadre juridique des contrats de sociétés en commandite, qui circonscrivaient de façon importante la capacité d'un commanditaire de demander la revente du bien—Dans les deux cas, il fallait faire adopter une résolution spéciale—2) Étant donné que l'intimé s'est fondé sur cette présomption, l'appelant devait tenter d'établir qu'il avait une source de revenu provenant soit des opérations de location soit d'un projet comportant un risque de nature commerciale—S'il avait réussi à présenter une preuve *prima facie* de cette affirmation, il aurait démolit la présomption du ministre à qui il incomberait alors d'établir l'exactitude de sa présomption—3) *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480 a formulé le critère permettant de déterminer si l'appelant avait une expectative raisonnable de profit—La rigueur du critère dans les affaires où il n'existe pas d'élément personnel a été quelque peu atténuée par *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73 (C.A.)—Aucun «élément personnel» n'est présent en l'espèce: l'appelant n'a pas utilisé les unités de logement de l'ensemble qu'il possédait et n'en a pas acheté d'autres; sa participation s'est limitée aux investissements effectués à titre de simple commanditaire—L'appelant n'a pas réussi à démolir la présomption du ministre selon laquelle il n'y avait pas d'expectative raisonnable de profit dans Gerrard et que, par conséquent, il n'y avait pas de source de revenu provenant d'une entreprise—La société en commandite a dû assumer dès le départ une lourde dette, qui, selon les prévisions, devait demeurer pratiquement inchangée pendant les dix premières années d'activités—Aucun profit n'a été réalisé depuis la création de Gerrard jusqu'en 1997, année à laquelle l'hypothèque a été forclosée—Les intérêts et autres frais réclamés à l'égard de Gerrard ne peuvent être déduits aux termes de l'art. 20(1)—Par contre, il existait effectivement une expectative raisonnable de profit pour ce qui est de Collegeway—Son endettement était amorti sur une période de 25 ans; Collegeway a réalisé des bénéfices au cours de deux

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

des trois années en cause ici—Collegeway devait exercer ses activités à long terme comme l'indique son document constitutif, le prêt hypothécaire était amorti sur une période de 25 ans—L'appelant a fait la preuve *prima facie* qu'il existait une expectative raisonnable de profit; le ministre n'a pas démontré que sa présomption contraire était la bonne—Les frais d'intérêt ont été déduits à juste titre aux termes de l'art. 20(1)c—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)c (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 12; 1990, ch. 39, art. 9; 1991, ch. 49, art. 15), e) (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 7; L.C. 1988, ch. 55, art. 12), e.1) (édicte par L.C. 1988, ch. 55, art. 12).

CARDELLA C. CANADA (A-213-99, 2001 CAF 39, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 26-2-01, 26 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la C.C.I. rejetant l'appel du demandeur contre les cotisations—Le demandeur est un professeur agrégé de l'Université York qui s'est vu refuser une promotion au poste de professeur à part entière en 1989—Il a porté plainte devant la Commission ontarienne des droits de la personne devant laquelle il a affirmé que le refus était attribuable à ses opinions politiques—La Commission l'a débouté de sa plainte—Les tribunaux ontariens ont rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission avait rejeté la plainte—Le demandeur a tenté de déduire de son revenu des années 1994 à 1997 inclusivement les frais judiciaires qu'il avait engagés pour l'instruction de sa plainte contre l'Université—Le juge de la C.C.I. n'a pas commis d'erreur de droit en déboutant le demandeur de son appel—Les frais judiciaires que le demandeur a engagés pour contester le refus d'être promu à un classement qui lui aurait donné droit à un traitement plus élevé ne relèvent pas de l'art. 8(1)b) de la Loi de l'impôt sur le revenu, même si la promotion n'aurait aucune incidence sur la nature des tâches professionnelles exécutées—Les frais n'ont pas été engagés pour établir le droit à un salaire dû au contribuable par son employeur—Demande rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 8(1)b).

JAZAIRI C. CANADA (A-782-99, 2001 CAF 31, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 21-2-01, 4 p.)

Appel d'une décision de la C.C.I. qui a reconnu que des attestations qui indiquent [TRADUCTION] «Cette personne a besoin de supervision depuis le 31 janvier 1995 à cause de sa maladie. Elle a besoin d'accompagnement 24 heures par jour» étaient suffisantes aux fins de l'art. 118.2(2)e) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'art. 118.2(2)d) demande une attestation selon laquelle le patient est quelqu'un qui, faute d'une capacité mentale normale, dépend d'autrui pour ses besoins et soins personnels et continuera d'en dépendre ainsi dans un avenir prévisible—L'art. 118.2(2)e) nécessite une attestation selon laquelle le patient est quelqu'un qui, en raison d'un handicap physique ou mental, a besoin d'équipe-

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

ment, d'installations ou de personnel spécialisés fournis (par l'endroit à qui les frais sont versés) pour le soin ou la formation de particuliers ayant ce handicap—Appel accueilli—Une attestation prévue à l'art. 118.2(2)e) doit au moins préciser le handicap mental ou physique qu'a le patient, et l'équipement, les installations ou le personnel dont le patient a besoin afin d'obtenir le soin ou la formation nécessaire pour faire face à ce handicap—Les attestations en l'espèce sont trop vagues pour répondre à cette exigence—De même, elles ne sont pas suffisamment précises aux fins de l'art. 118.2(2)d), parce qu'elles ne disent pas que le patient est dépourvu d'une capacité mentale normale—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 118.2(2).

CANADA C. TITLE, SUCCESSION (A-196-00, 2001 CAF 106, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 5-4-01, 3 p.)

Entreprises agricoles

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel interjeté par l'appelant—L'appelant pratique la médecine dentaire en Saskatchewan depuis 1965—En 1973, l'appelant et son épouse ont constitué une compagnie et ont commencé à acheter des terres agricoles ainsi que de l'équipement—Pour les années 1992, 1993 et 1994, la ferme de l'appelant a généré des pertes de l'ordre de 72 935 \$, 42 345 \$ et 86 561 \$ respectivement—L'appelant a consacré environ 2 000 heures par année à l'exploitation de la ferme et environ 1 500 heures à son cabinet de dentiste—L'appelant a tenté de déduire les pertes provenant de l'exploitation de la ferme pour les années 1992 à 1994 de ses autres revenus—Le ministre a rejeté les déductions—En rejetant l'appel, la Cour ne veut pas que le présent arrêt soit interprété comme un manque de compassion envers les fermiers dans la situation de l'appelant—L'art. 31 de la Loi de l'impôt sur le revenu et les décisions afférentes appliquent un critère qui peut, dans certains cas, sembler inéquitable—De nombreuses causes ayant trait à l'art. 31 portées devant la Cour de l'impôt et la Cour fédérale donnent parfois lieu à des résultats contradictoires—En dépit de l'apparence d'injustice dans certaines causes, lorsqu'un contribuable qui occupe un emploi bien rémunéré est également impliqué de façon importante dans une entreprise agricole déficitaire qui n'est pas une «ferme d'agrément», le législateur n'a pas réexaminé cette disposition que le juge Dickson a décrit en 1977 comme étant un «paragraphe difficile, mal formulé»—La C.S.C. ne s'est pas non plus penchée de nouveau sur cette question depuis 1977—Peut-être est-il temps de modifier ou du moins de clarifier cette disposition pour la mettre à jour—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 31(1).

WATT C. CANADA (A-834-99, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 16-3-01, 7 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite*Gains et pertes en capital*

Le 1^{er} mars 1991, les fils de feu A. W. Nussey lui ont transféré des actions d'une entreprise familiale pour permettre aux fils de cristalliser leurs gains en capital, de bénéficier de certaines exemptions applicables aux gains en capital, sans conséquences fiscales démesurément défavorables pour leur père—La convention des actionnaires prévoyait qu'au décès d'un actionnaire, ses actions seraient réputées avoir été rachetées par la société la veille du décès—A. W. Nussey est décédé le 1^{er} avril 1991—Aucun rachat des actions transférées à A. W. Nussey n'a, de fait, été effectué avant son décès—Les exécuteurs ont invoqué la clause de rachat réputé pour soustraire les actions à l'application de l'art. 70(5) de la Loi de l'impôt sur le revenu selon lequel un contribuable décédé est réputé avoir disposé de tous ses éléments d'actif à leur juste valeur marchande immédiatement avant son décès—La C.C.I. n'a pas commis d'erreur en statuant que la clause de rachat réputé incluse dans la convention n'emportait pas la disposition rétroactive des actions en date du jour précédant le décès—Selon son libellé, la convention ne pouvait s'appliquer qu'après le décès du contribuable; or, l'art. 70(5) serait alors déjà entré en jeu—L'erreur n'était pas de nature à rendre le contrat et, partant, le transfert, nuls dès le départ—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 70(5) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 19; L.C. 1985, ch. 45, art. 33).

NUSSEY, SUCCESSION C. CANADA (A-687-99, 2001 CAF 99, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 30-3-01, 3 p.)

PRATIQUE

Requête en nomination d'un séquestre en vertu de la règle 375—La requérante alléguait que l'intimé devait une importante somme d'argent au titre de son impôt sur le revenu impayé—L'intimé n'avait pas l'intention de payer sa dette ni de conclure un règlement avec l'Agence des douanes et du revenu du Canada—On a découvert plus tard que le débiteur fiscal était propriétaire d'au moins un élément d'actif de valeur: un permis d'exploitant et de propriétaire de taxi qui valait entre 30 000 \$ et 40 000 \$—Le MRN a signifié la requête en nomination d'un séquestre à la British Columbia Motor Carrier Commission—Requête accueillie—Le MRN n'essayait pas d'exclure de l'instance la Commission qui délivre les permis—Il était juste qu'un séquestre prive légalement le débiteur fiscal de la valeur de cet élément d'actif—La requête en nomination d'un séquestre présentée par le ministre a été accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 375.

CANADA C. LANGEVIN (ITA-5685-99, 2001 CFPI 18, juge Muldoon, ordonnance en date du 2-2-01, 5 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**SOCIÉTÉS**

Contrôle judiciaire de la décision de la C.C.I. (*Smith c. Sa Majesté la Reine* (2000), 2000 DTC 1888) rejetant l'appel du contribuable de cotisations portant sur des sommes dues par une société dont il était l'un des administrateurs (impôt sur le revenu retenu à la source sur le salaire d'employés et TPS non versés)—Les art. 227.1(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu et 323(2) de la Loi sur la taxe d'accise portent qu'un administrateur n'est pas responsable de l'omission de déduire, retenir ou remettre ces sommes lorsqu'il a agi pour prévenir le manquement avec le degré de soin, de diligence et d'habileté qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables—Ce à quoi on peut raisonnablement s'attendre d'un administrateur aux fins de ces paragraphes dépendra des faits de l'affaire, avec un élément objectif et un élément subjectif—L'élément subjectif dépendra des qualités personnelles de l'administrateur, y compris ses connaissances et son expérience—En général, une personne expérimentée en affaires ou en questions financières sera tenue à une norme plus élevée qu'une personne qui n'a pas de connaissances ou d'expérience en affaires—En évaluant objectivement l'aspect raisonnable de la conduite d'un administrateur, il y a lieu de tenir compte de facteurs comme le volume, la nature et la complexité des affaires de la société, ainsi que de ses coutumes et pratiques—Plus une entreprise est importante et complexe, plus il sera raisonnable que les administrateurs se partagent les responsabilités—Une norme de prudence plus élevée s'imposera donc à certains administrateurs d'une société par rapport à d'autres, c.-à-d. qu'il peut être approprié d'imposer une norme plus élevée à un «administrateur interne» (un administrateur ayant l'habitude de la gestion au jour le jour) qu'à un «administrateur externe» (un administrateur qui connaît assez peu les affaires de la société et n'est impliqué que de façon superficielle), plus particulièrement si l'administrateur externe a donné foi de façon raisonnable aux assurances données par les administrateurs internes que les remises d'impôts correspondant aux obligations de la société étaient versées—Le contribuable a été administrateur de la société de février 1993 jusqu'en octobre 1995—Lorsqu'il est devenu un administrateur, il n'avait aucune formation ou expérience en affaires—Actionnaire minoritaire, il a été élu au conseil d'administration dans le but d'assurer la liaison entre les actionnaires majoritaires et minoritaires—On ne s'attendait pas de lui qu'il participe aux activités quotidiennes de la société, non plus qu'il comprenne en détail ses affaires financières—Il était au courant des difficultés financières de la société—Il s'est informé auprès d'un avocat au sujet des responsabilités juridiques des administrateurs—À la première réunion du conseil d'administration suite à sa nomination, il a présenté une résolution pour qu'on accorde la priorité au paiement des sommes dues à Revenu Canada, résolution qui a été adoptée—Les administrateurs recevaient des rapports à chaque réunion, qui ont convaincu le contribuable que les sommes

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

dues à Revenu Canada lui étaient effectivement versées—La demande est accueillie—Le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'il a conclu que M. Smith était un «administrateur interne» dès sa nomination, compte tenu de son niveau d'études et du fait qu'il avait accepté d'être administrateur et fait des efforts pour comprendre quelles étaient ses obligations—En général, aux fins de la défense de diligence raisonnable, les «administrateurs internes» sont ceux qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société et qui peuvent influencer la conduite de ses affaires: *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124 (C.A.)—Ces mots ne décrivent aucunement le rôle du contribuable—Les faits qui sont pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est un «administrateur interne» sont les tâches dont cette personne est chargée en tant qu'administrateur et son degré d'implication dans les affaires de la société—La norme de prudence imposée au contribuable est trop élevée—En tant qu'administrateur externe, il était raisonnable que le contribuable présente une résolution visant à s'assurer que les comptes de Revenu Canada étaient payés, pour s'appuyer ensuite sur les administrateurs internes pour en assurer la mise en œuvre—Il a établi sa défense de diligence raisonnable pour la période se terminant en juin 1995, date à laquelle il est devenu un administrateur interne en s'impliquant plus activement dans les affaires financières de la société pour essayer de la maintenir en activité—De juillet à septembre 1995, les obligations de la compagnie de remettre les retenues perçues à la source de ses employés ont été satisfaites—Le contribuable s'est appuyé sur les renseignements fournis par les dirigeants de la compagnie ainsi que par Revenu Canada pour déterminer quelles étaient les créances de la compagnie—Il était raisonnable qu'il accepte les renseignements qu'on lui donnait comme étant valables, étant donné son expérience limitée en affaires et dans le domaine fiscal, bien qu'il se soit avéré par la suite qu'ils n'étaient pas exacts—Il a fait beaucoup de démarches pour essayer de s'assurer que la subvention de recherche du gouvernement fédéral serait utilisée pour satisfaire aux obligations de la société, sans succès—La C.C.I. a reconnu ces efforts, mais a commis une erreur dans son analyse de la défense de diligence raisonnable en concluant que les mesures prises par l'appelant n'ont nullement permis de prévenir le manquement—La seule obligation d'un administrateur est celle d'agir raisonnablement dans les circonstances—Le fait que ses efforts n'ont pas donné de résultats ne vient pas démontrer qu'il n'a pas agi de façon raisonnable—La question est renvoyée à la C.C.I., avec la directive d'accueillir l'appel et d'annuler les cotisations—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 227.1(3)—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 323(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12).

SMITH C. CANADA (A-154-00, 2001 CAF 84, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 26-3-01, 15 p.)

PENSIONS

La conjointe survivante et la succession d'un fonctionnaire invoquent l'art. 15 de la Charte et prétendent que la prestation de décès versée en vertu de la Loi sur la pension de la fonction publique et du Règlement sur les prestations supplémentaires de décès ne représente que 20 p. 100 du montant qui aurait dû être payé—L'art. 47(1) de la Loi et l'art. 15 du Règlement prévoient que la prestation payable dans le cadre du Régime de prestations supplémentaires de décès (le RPSD) est assujettie à une déduction de 10 p. 100 pour chaque année de l'âge du participant ultérieure à 60 ans—Le mari de la demanderesse est décédé à l'âge de 69 ans, de sorte que la demanderesse n'a reçu que les deux dixièmes de la prestation payable dans le cadre du RPSD—Il s'agit de savoir si l'art. 47 de la Loi et l'art. 15 du Règlement contreviennent à l'art. 15 de la Charte—Comme les parties conviennent que ces dispositions législatives imposent une différence de traitement fondée sur l'âge, il faut déterminer si la distinction en question est discriminatoire—Selon l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, les demandereses doivent uniquement établir, selon la prépondérance des probabilités, que les dispositions contestées ont pour effet de porter atteinte à la dignité humaine essentielle—Les dispositions contreviennent à l'art. 15 de la Charte—Les demandereses affirment que le RPSD est un régime de prestations de décès ayant les attributs d'un régime d'assurance-vie temporaire, alors que la défenderesse affirme que le RPSD est un régime d'assurance-vie temporaire ayant les attributs d'un régime de prestations de décès—Selon le dossier, le RPSD était au départ destiné à accomplir deux choses en même temps: à savoir accorder une prestation de décès unique permettant de faire face aux dépenses engagées par suite de décès, et une assurance temporaire avec un paiement élevé avant l'âge de 60 ans, et un paiement réduit par la suite—Il s'agit d'un seul concept englobant ces deux idées différentes—La Cour a pris judiciairement connaissance du fait que les besoins d'un conjoint survivant, en ce qui concerne la «prestation de décès», sont les mêmes, et ce, peu importe que le participant décède lorsqu'il a 60 ans ou lorsqu'il a 70 ans—Il n'est pas logique de maintenir le contraire—Par suite du conflit créé du fait que la prestation de décès est combinée à l'assurance temporaire dans le cadre d'un régime de prestations tel que le RPSD, la déduction attribuable à l'assurance temporaire a pour effet de contaminer tout le régime en ce qui concerne l'art. 15 de la Charte—La nature illogique de la réduction d'une prestation de «décès» en fonction de l'âge qu'a, en sus de 60 ans, un participant au moment de son décès porte atteinte à la dignité humaine de ce participant et de son conjoint survivant—Il n'est pas prouvé que les survivants âgés de plus de 60 ans ont en général moins besoin d'un avantage financier—De fait, c'est plutôt le contraire qui se produit—La déduction prévue dans le cadre du RPSD va à l'encontre de l'art. 15 de la Charte parce qu'elle porte atteinte à la dignité humaine du participant et de son conjoint survivant

PENSIONS—Fin

—Le montant de la demande devrait être calculé de nouveau de façon qu'il soit tenu compte des primes qui auraient été dues si la déduction ne faisait pas partie du RPSD—Il est préférable de déterminer le montant final des dommages-intérêts au moyen d'un renvoi—Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-36, art. 47 (mod. par L.C. 1992, ch. 46, art. 25)—Règlement sur les prestations supplémentaires de décès, C.R.C., ch. 1360, art. 15—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15.

MARGOLIS C. CANADA (T-40-98, 2001 CFPI 85, juge Campbell, ordonnance en date du 16-2-01, 30 p.

PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Production de documents

Requête en vertu de la règle 317 des Règles de la Cour fédérale (1998) en vue d'obtenir la production de documents issus des audiences tenues par M. Michael Goldie, relativement à l'expropriation par le gouvernement fédéral du fond marin du détroit de Géorgie où se trouve la zone d'essais de torpilles de la baie de Nanoose et à l'expropriation subséquente de cette zone—La règle 317 permet à une partie de demander des documents qui sont en la possession de l'office fédéral dont l'ordonnance fait l'objet de la demande—La décision de procéder à l'expropriation a été rendue par le ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux—M. Goldie n'a rendu aucune décision, mais a simplement fait un compte rendu des conclusions découlant des audiences qu'il a présidées—Lorsque c'est la décision du ministre qui est contestée, le demandeur ne peut obtenir que les documents dont le ministre disposait lorsqu'il a rendu sa décision—Le ministre avait déjà déposé les documents dont il disposait lorsqu'il a rendu sa décision et qui n'étaient ni protégés par un privilège ni exemptés quant à leur production—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 317.

INSTITUT CANADIEN DES DROITS HUMAINS C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (T-1639-99, 2001 CFPI 71, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 13-2-01, 4 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Dans une action en déclaration des obligations de la défenderesse sous le régime de la Loi sur le régime d'assistance publique du Canada, requête de la partie défenderesse

PRATIQUE—Suite

en contestation des privilèges de non-divulgence invoqués par la partie demanderesse—Celle-ci invoque la confidentialité des communications entre avocat et client, des communications relatives à une stratégie de négociation et/ou analyse interne, et de communications destinées au conseil des ministres de la province—Application de l'art. 308 du Code de procédure civile du Québec—La partie défenderesse soutient qu'il y a six facteurs, entre autres, à considérer: la pertinence des renseignements et documents et l'opportunité de les produire de manière à ce que le litige puisse être plaidé adéquatement et équitablement; le palier décisionnel; la nature précise de l'intérêt public dont la protection est recherchée par la non-divulgence; la teneur précise des renseignements et documents; le temps écoulé depuis la confection des documents en cause ou de l'information recherchée; l'importance du litige—La partie défenderesse allègue que les affidavits de la partie demanderesse doivent être détaillés et démontrer la nature précise de l'intérêt susceptible d'être perturbé par la divulgation de renseignements à l'égard desquels un privilège de non-divulgence est réclamé; en quoi cet intérêt public serait perturbé par la divulgation des renseignements en cause; en quoi cet intérêt public doit prévaloir sur celui favorisant une saine administration de la justice—La partie demanderesse prétend que la divulgation conférerait au gouvernement fédéral un avantage indu dans l'éventualité d'un règlement du présent litige; qu'elle porterait vraisemblablement préjudice à la conduite des relations entre le gouvernement du Québec et le gouvernement fédéral; que les documents doivent bénéficier du privilège de confidentialité à titre de documents destinés aux membres du cabinet du gouvernement du Québec; que les documents comprennent des opinions juridiques et les exposés d'opinions juridiques, lesquels doivent bénéficier du privilège de confidentialité, à titre de secret professionnel entre un avocat et son client—Requête accueillie en partie—Bien que les documents aient été préparés par des fonctionnaires œuvrant à des paliers inférieurs, ce critère n'est pas déterminant car on ne peut faire abstraction du fait que les documents peuvent concerner le processus décisionnel à l'échelon le plus élevé du gouvernement: *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637—Malgré la déclaration assermentée du sous-ministre en l'espèce, prévue à l'art. 308 du CPC, il faut quand même déterminer si les prétentions de la partie demanderesse quant à l'intérêt public justifient qu'un privilège de non-divulgence soit accordé à l'égard des documents en cause—C'est à la lumière des divers critères que la Cour doit prendre sa décision—Il a fallu examiner individuellement chacun des documents pour déterminer si la Cour devait donner ou non le bénéfice du privilège de confidentialité pour l'un ou l'autre de ces documents—Il s'agit d'opinions juridiques, de documents destinés au cabinet, d'échanges entre différents fonctionnaires, de documents comprenant des annexes qui peuvent remonter à plus de 25 ans—Le privilège est reconnu pour les opinions juridiques, les exposés d'opinions juridiques et les documents ministériels destinés au cabinet—Plus

PRATIQUE—Suite

difficile de déterminer la nécessité de garder confidentiels certains documents qui constituaient dans certains cas, un salmigondis de documents financiers, d'opinions stratégiques et de continuelles mises à jour d'un chassé-croisé fédéral-provincial qui dure depuis plus de trente ans mettant en cause des organismes para-gouvernementaux, maintenant disparus, et l'application d'une entente fédérale-provinciale qui n'est plus en vigueur depuis cinq ans—Le privilège est reconnu dans les cas où la divulgation pourrait conférer au gouvernement fédéral un avantage indu dans l'éventualité d'un règlement du présent litige, ou pourrait causer préjudice à la conduite des relations entre le gouvernement du Québec et le gouvernement fédéral—Environ 70 documents sont examinés—Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA
(T-2834-96, 2001 CFPI 51, juge Blais, ordonnance en date du 12-2-01, 74 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Renvoi se rapportant à l'appréciation de l'étendue d'une contrefaçon de brevet et à une reddition de comptes—Motifs portant sur les observations soumises par les parties au sujet de la demande que les demanderesse avaient faite en vue d'obtenir des directives spéciales aux fins de la taxation des dépens et indiquant les motifs qui s'appliquent à la fixation des dépens par un officier taxateur si les avocats n'arrivent pas à s'entendre sur le montant des dépens, compte tenu des directives données le 7 mars 2000 dans un jugement supplémentaire rendu à ce sujet—La conduite de la défenderesse Apotex et de son avocat ne justifiait pas l'octroi de dépens sur la base avocat-client en ce qui concerne l'instruction du renvoi—La défenderesse a omis de produire en temps opportun les documents nécessaires—On ne s'est entendu sur certains faits qu'après le début de l'audience et certains faits ont été reconnus par la défenderesse compte tenu de renseignements qui lui avaient été fournis plusieurs mois avant l'audience—En outre, les frais et dépenses se rapportant aux experts-comptables des demanderesse devraient pouvoir être recouvrés au complet en tant que frais engagés par les demanderesse puisque les travaux y afférents ont été fort utiles lorsqu'il s'est agi de reconstituer, à partir du nombre restreint de documents fournis par Apotex, un historique raisonnable des activités de cette dernière et de déterminer le chiffre d'affaires de la défenderesse et les profits attribuables à l'emploi du procédé breveté des demanderesse—Principes applicables: 1) en vertu de la règle 400, la Cour a entière discrétion pour déterminer le montant des dépens et les répartir selon divers facteurs; 2) le tarif B doit indiquer d'une façon raisonnable les frais engagés dans un litige, mais ne vise pas au paiement intégral des frais réels dans une affaire donnée; à moins qu'il ne soit ordonné autrement, les dépens entre parties sont taxés selon la colonne III du tarif B; une combinaison des facteurs pertinents, en ce qui concerne les dépens, peut dans

PRATIQUE—Suite

une affaire donnée justifier une adjudication supérieure à ce qui est prévu dans la colonne III; 3) une requête visant à ce que des directives spéciales soient données à l'officier taxateur au sujet des dépens n'est pas essentielle lorsque la question des dépens se pose, comme c'est ici le cas, à la fin de l'audition d'un renvoi concernant l'étendue de la contrefaçon et une reddition de comptes, l'instance se poursuivant afin de permettre de préciser la réparation à accorder, sur le plan quantitatif, à la suite d'un jugement rendu dans une action où les dépens sont demandés par la partie qui a gain de cause; en l'espèce, la Cour a agi conformément à la règle 400 sans qu'il ait été nécessaire de présenter une requête formelle additionnelle; 4) l'affaire était complexe puisqu'il avait fallu apprécier l'étendue de la contrefaçon en analysant de nombreux échantillons, que les comptables avaient dû effectuer énormément de travail en vue d'établir la méthode à employer pour apprécier l'étendue de la contrefaçon et comptabiliser les profits et qu'un certain nombre de questions devaient être réglées; 5) le pouvoir discrétionnaire conféré dans la règle 400 permettait d'adjuger les dépens sur la base avocat-client, si pareille adjudication était justifiée, mais l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire exigeait des explications telles que celles qui doivent être fournies pour que les dépens soient adjugés sur la base avocat-client; 6) même s'il existait une différence énorme entre les sommes réclamées et les sommes adjugées, le succès n'était pas partagé, les demanderesse ayant eu gain de cause—La Cour a ordonné que le travail que l'avocat principal des demanderesse avait effectué avec la demanderesse britannique lorsqu'il s'était agi de préparer et d'apprécier les analyses de 115 lots d'échantillons du produit de la défenderesse, et de faire rapport, pour le temps raisonnable réellement consacré au déplacement et à la consultation au Royaume-Uni et pour deux jours similaires au Canada, soit taxé selon la colonne IV du tarif B, en ce qui concerne les services qui peuvent être acceptés par la Cour—De plus, les frais d'un voyage aller-retour en avion, catégorie hospitalité, entre Toronto et Londres ont été admis à titre de débours, en tant que dépense liée au transport et au maintien de l'intégrité des 115 échantillons—La Cour a ordonné que les frais admissibles comprennent les dépenses raisonnables engagées aux fins de l'analyse des échantillons de la défenderesse, à l'exclusion des salaires ou des allocations versées au personnel employé, ou encore des dépenses en capital ou des frais généraux d'exploitation d'un laboratoire imputables à l'analyse des échantillons de la défenderesse—La Cour a ordonné que les dépens admissibles comprennent les honoraires d'un avocat principal, au niveau supérieur prévu dans la colonne IV du tarif B, article 27, pour la préparation de l'instruction, lorsqu'il s'était agi de travailler avec les experts-comptables, et ce, pour une période d'au plus quatre journées de travail, de sept heures au plus chacune, d'analyser et d'examiner les registres de stock et les documents financiers de la défenderesse ainsi que de préparer et d'examiner les tableaux de quantités et de recettes de façon à préparer la preuve avant l'audition du renvoi—La Cour a

PRATIQUE—Suite

ordonné que les dépens admissibles comprennent les frais d'un avocat subalterne, mais non de deux, pour les services et honoraires prévus aux articles 13 et 14 du tarif B, sans toutefois que les frais demandés en vertu des clauses (i) et (iii) de l'ordonnance soient comptés en double—La Cour a ordonné que les dépens admissibles selon le tarif B pour les services des avocats en général, à l'exception des services mentionnés aux clauses (i) et (iii) et des services relatifs à la taxation des dépens, soient accordés au niveau maximum prévu dans la colonne III, l'officier taxateur pouvant à sa discrétion excéder ce niveau s'il existe à son avis des motifs exceptionnels—La Cour a ordonné que les débours admissibles des demanderesse, qui devaient être inclus dans les frais recouvrables, comprennent a) les frais et honoraires raisonnables liés aux paiements effectués à l'égard des trois témoins experts qui avaient témoigné lors du renvoi, y compris les frais de déplacement et d'hébergement que ceux-ci avaient engagés lorsqu'il s'était agi de participer, de planifier et d'analyser les résultats des analyses des 115 lots d'échantillons de la défenderesse; de rédiger et de signer les affidavits et de participer au renvoi; b) les honoraires et frais raisonnables qui avaient été exigés et que les demanderesse avaient payés pour le travail de leurs experts-comptables; c) les honoraires raisonnables qui avaient été exigés et que les demanderesse avaient payés pour les services que l'agent de brevets britanniques et européens avait rendus à titre de conseiller indépendant après qu'il eut pris sa retraite et qu'il eut cessé de travailler pour la demanderesse britannique—La Cour a ordonné que les frais liés au temps que l'avocat principal des demanderesse avait raisonnablement passé à examiner avec les experts-comptables les fractures et les documents d'expédition produits par la défenderesse après le début de l'audience relative au renvoi soient taxés au niveau supérieur prévu dans la colonne IV du tarif B, article 13a), en ce qui concerne les honoraires exigés pour la préparation de l'audience—La Cour a ordonné que les frais admis comprennent des frais raisonnables, que les demanderesse devaient établir, pour les photocopies faites sur place et qu'en l'absence de pareille preuve, un montant de 1500 \$ soit inclus pour les frais de photocopie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 400, tarif B, colonnes III, IV.

WELLCOME FOUNDATION LTD. C. APOTEX INC. (T-80-83, 2001 CFPI 174, juge MacKay, ordonnance en date du 12-3-01, 19 p.)

Action portant sur certaines questions relatives à la saisie, l'importation, l'évaluation et la compétence concernant des aéronefs, un hélicoptère et la Loi sur les douanes—La Cour a tranché l'affaire en faveur des demandeurs et leur a adjugé les dépens—Les demandeurs ont présenté un mémoire de dépens qui comporte des éléments tenant à la fois des dépens sur la base avocat-client et des dépens entre parties—L'affaire, bien qu'elle ne soit pas des plus difficiles, revêtait dans une certaine mesure un caractère complexe—

PRATIQUE—Suite

Le fait que les frais réellement engagés par le client soient éventuellement, et peut-être même sensiblement, plus élevés que les dépens entre parties autorisés par le tarif est un facteur dont on peut tenir compte, mais qui ne devrait généralement pas être déterminant—La Cour accorde six unités au titre de l'article 1: préparation et dépôt de la déclaration—Le défendeur a fait valoir que l'offre de règlement par les demandeurs ne satisfait pas au critère préliminaire prévu par la règle 420—Selon le défendeur, le fait de qualifier les 10 000 \$ de TPS signifiait que les demandeurs seraient admissibles à un remboursement presque immédiat de cette somme en raison des dispositions réglementaires relatives à la compensation—Le paiement de 10 000 \$ aurait été plus avantageux pour le défendeur—Les demandeurs ont affirmé que le défendeur se trouvait maintenant dans une situation moins favorable parce que le jugement lui confie la garde des aéronefs et la responsabilité d'assumer les frais de leur entretien—La proposition de payer comptant et de recouvrer les aéronefs dans une condition comparable était raisonnable—L'officier taxateur n'est pas d'accord avec l'allégation des demandeurs voulant que le jugement ait placé le défendeur dans une situation moins avantageuse simplement parce que ce dernier continue de conserver les aéronefs et d'engager des dépenses pour les entretenir—Le défendeur est chargé d'administrer un texte législatif qui donne corps à la politique gouvernementale dont l'objet n'est pas le profit—L'offre de règlement proposée par les demandeurs ne satisfait pas au critère préliminaire prévu par la règle 420—Le mémoire de dépens des demandeurs, qui réclament 22 160,80 \$, est taxé et fixé à 11 693,80 \$—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), (2^e suppl.), ch. 1—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 420.

WILLIAMS C. M.R.N. (T-1646-97, 2001 CFPI 106, officier taxateur Stinson, taxation en date du 22-2-01, 14 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Annulation ou modification*

Appel interjeté par certains des descendants encore vivants de la bande indienne des Castors, suite à l'ordonnance du juge Hugessen ([2000] 1 C.F. F-38) en date du 1^{er} octobre 1999 qui rejetait leur requête en annulation de son ordonnance du 2 mars 1998—Dans l'appel visant l'ordonnance du 7 avril 1999 du juge Hugessen, la Cour a précisé que le jugement de la Cour suprême du Canada du 14 décembre 1995 n'avait pas pour effet de déterminer quels étaient les droits des descendants encore vivants—La question n'était donc pas chose jugée lorsqu'elle a été soumise au juge Hugessen—La question de savoir si l'ordonnance du 2 mars 1998 du juge Hugessen avait l'effet que lui accordent les descendants encore vivants en cause et le curateur public est devenue théorique—Il a été jugé que les descen-

PRATIQUE—Suite

dants encore vivants n'ont droit à aucune partie de l'ordonnance de 147 millions de dollars; donc la question de savoir si la somme placée dans la caisse de fiducie est suffisante ou si elle a été déterminée au bon moment est aussi devenue théorique—Lorsque la question du droit des descendants encore vivants a fait surface, l'avocat l'a mentionné à la Cour—Aucune mesure n'a été prise par la suite qui aurait pu causer un préjudice aux droits des descendants encore vivants—L'argument fondé sur la fraude en *equity* est sans fondement—Le dossier démontre que la Cour a pris plusieurs mesures importantes pour assurer la reconnaissance et la sauvegarde des intérêts des mineurs ou des personnes handicapées—Le juge Hugessen a prévu un large avis public, ainsi qu'une occasion pour que quiconque se considérant être un descendant encore vivant puisse se présenter—Suite à cet avis, des réclamations ont été présentées au nom de 490 personnes, une grande partie étant des mineurs représentés par leur curateur à l'instance—La Cour a plusieurs fois accordé des prorogations de délai pour que des mineurs qui n'avaient pas respecté les délais soient autorisés à déposer leurs réclamations—Appel rejeté.

BANDE INDIENNE DE LA RIVIÈRE BLUEBERRY C. CANADA (MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (A-649-99, 2001 CAF 69, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 19-3-01, 6 p.)

PARTIES*Intervention*

Requête présentée par Apotex Inc. pour obtenir l'autorisation d'intervenir dans l'instance en vertu de la règle 109—La demanderesse sollicite le contrôle judiciaire de la décision du ministre de radier les lettres patentes canadiennes n° 1,249,969 du registre des brevets administré sous le régime du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Est-il opportun qu'un brevet, lequel comporte des revendications pour un médicament qui se distingue de la drogue pour laquelle un avis de conformité a déjà été délivré, soit inscrit au registre des brevets à l'égard de cette drogue?—Apotex est une société par actions établie en Ontario dont les affaires ont trait, en majeure partie, à la fabrication de produits pharmaceutiques génériques—L'intervenante éventuelle allègue être en mesure d'apporter un point de vue différent de celui des autres parties à l'instance—Elle allègue également que, à titre de fabricant de médicaments génériques le plus important au Canada, elle sera en mesure de fournir à la Cour, de façon complémentaire, le point de vue d'un spécialiste quant à l'interprétation du Règlement—Pour décider s'il y a lieu d'autoriser une intervention, la Cour prendra soin d'évaluer si les parties risquent de subir un préjudice en raison de l'intervention—Est-il opportun d'accorder le statut d'intervenante à l'intervenante éventuelle en l'espèce?—Dans *Abbott c. Canada*, [2000] 3 C.F. 482 (1^{re} inst.), le notaire Hargrave a énuméré trois conditions de fond devant être lues

PRATIQUE—Suite

en conjonction: 1. le requérant de l'intervention doit posséder un intérêt en ce qui concerne l'issue du procès; 2. l'issue du procès portera gravement atteinte aux droits du requérant; 3. le requérant, en sa qualité d'intervenant, apportera un point de vue différent à l'instance—L'intervenante éventuelle n'a pas réussi à démontrer qu'elle possède un intérêt en ce qui concerne l'issue de l'instance ni que cette issue porterait gravement atteinte à ses droits—Elle n'a d'autre intérêt que l'interprétation de la jurisprudence—Cela est toutefois insuffisant pour lui accorder un statut d'intervenant—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 109—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

ELI LILLY CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-1212-00, 2001 CFPI 56, juge Blais, ordonnance en date du 12-2-01, 13 p.)

Appel d'une décision de la Section de première instance ((2000), 2000 DTC 6453) qui a rejeté la requête de l'appelante pour être jointe en qualité de défenderesse ou pour être autorisée à intervenir—Les demandeurs à l'action prétendent qu'en vertu du traité n° 8, la Reine ne peut pas leur imposer des taxes et des impôts—L'appelante a été incorporée au niveau fédéral en 1991 en tant qu'instrument des Canadiens préoccupés par tous les types de taxation au pays—Elle vise à faire valoir le principe que la loi doit s'appliquer également à tous les contribuables en matière fiscale et que ceux-ci ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur ou la religion—L'appelante interjette appel seulement contre la décision du juge des requêtes portant sur sa requête pour autorisation d'intervenir—L'ordonnance du juge des requêtes est de nature discrétionnaire—Le critère applicable au contrôle de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire consiste à savoir si le juge de première instance a accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes—Le juge des requêtes n'a mentionné aucun des facteurs susceptibles d'être pris en considération dans le cadre d'une requête en intervention—Il a commis une erreur en n'accordant pas d'importance à toutes les considérations pertinentes—L'appelante a établi que: 1) ses membres seront touchés par l'issue du litige; 2) il y a une question d'intérêt public relevant de la compétence des tribunaux; 3) si on ne lui permet pas d'intervenir, cette question ne sera pas soulevée; 4) l'intérêt de la justice serait mieux servi si on lui permettait d'intervenir—Appel accueilli.

BENOIT C. CANADA (A-464-00, 2001 CAF 71, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 16-3-01, 8 p.)

PRESCRIPTION

Appel de la décision de la Section de première instance ((1999), 165 F.T.R. 135) rejetant, par jugement sommaire,

PRATIQUE—Fin

la demande de remboursement de taxes de vente fédérales payées en trop relativement aux années 1985 et 1986 présentée par l'appelante—Même si l'appelante pouvait invoquer une autre source de droit que la Loi pour recouvrer le montant de taxes payées en trop en 1985 et 1986, une telle demande serait prescrite sous le régime de la Loi sur la Cour fédérale, art. 39(2) et de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, art. 32—Suivant ces dispositions, les poursuites intentées contre l'État fédéral devant la Cour doivent être introduites dans les six ans suivant le fait générateur—La cause d'action ayant pris naissance lors du paiement en trop de taxes par l'appelante entre août 1985 et avril 1986, l'action devenait prescrite à la fin d'avril 1992—La déclaration a été délivrée le 31 janvier 1994, soit près de deux ans après l'expiration du délai—Le principe de la date de découverte ne s'applique pas—L'appelante a eu amplement le temps, après la décision *MacMillan Bloedel Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 331 (1^{re} inst.), de déposer une déclaration se rapportant aux taxes payées en trop—Le fait qu'elle n'a eu connaissance de la décision que le 30 septembre 1992 ne peut justifier que la Cour allonge le délai prévu par la loi, d'autant plus que l'appelante a attendu encore quinze mois avant de déposer sa déclaration—L'action de l'appelante est prescrite—L'appel est rejeté—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 10)—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 32 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31).

FEDERATED CO-OPERATIVES LTD. C. CANADA (A-594-99, 2001, CFA 23, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 15-2-01, 5 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

L'appelante exploitait un service d'autobus scolaire—Les employés intimés ont déposé, en vertu du Code canadien du travail, une plainte portant qu'ils n'avaient pas reçu le salaire qui leur était dû—Un inspecteur de Développement des ressources humaines Canada a ordonné à l'appelante de

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

payer—L'appel devant un arbitre en matière de relations de travail, siégeant en qualité d'arbitre, a été rejeté—L'appel devant la C.F. 1^{re} inst. a été rejeté ((1999) 179 F.T.R. 266)—L'appelante a prétendu que son entreprise n'était pas régie par le Code canadien du travail parce qu'elle l'était par les lois de la province de l'Ontario—Le domaine des relations de travail relève de la compétence provinciale car il figure sous le chef de la propriété et des droits civils au sens de l'art. 92(13) de la Loi constitutionnelle de 1867, mais il existe une exception à la compétence conférée aux provinces par l'art. 92(10)a) en matière de «travaux et entreprises d'une nature locale» dans le cas où une entreprise de transport particulière s'étend au-delà des limites de la province—Même si l'appelante se consacrait principalement au transport aller et retour de l'école d'élèves par autobus en Ontario, elle exploitait aussi un service de location d'autobus pour lequel elle transportait des gens à des destinations aux États-Unis ainsi qu'en Ontario—Les voyages nolisés représentaient 1/10 % de l'affaire globale de l'appelante—Pour décider si l'entreprise de l'appelante s'étendait au-delà des limites de la province, l'arbitre et le juge des requêtes ont évalué le caractère continu et régulier de l'activité de l'appelante à l'extérieur de la province—L'arbitre a examiné divers facteurs: les clients recevaient des services à l'extérieur de la province de façon constante et sans interruption chaque fois qu'une telle demande de service était faite sous réserve des véhicules et du personnel disponibles; l'appelante était toujours prête à assurer des voyages à l'extérieur de la province à la demande d'un client; l'appelante avait obtenu un permis extra-provincial; l'appelante avait acheté un autobus spécialement équipé pour le service nolisé—Le juge des requêtes était d'accord avec la conclusion de l'arbitre—L'arbitre et le juge des requêtes ont appliqué le bon critère—Appel rejeté—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par 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. 92.

AUGUSTINE'S SCHOOL BUS INC. C. ASHER (A-48-00, 2001 CAF 109, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 6-4-01, 5 p.)

If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Coeur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9