



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1998, Vol. 1, Part 1**

**1998, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [1998] 1 F.C., 3-243**

**Renvoi [1998] 1 C.F., 3-243**

---



Published by

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

---

Editorial Board

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

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

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

---

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager  
LAURA VANIER

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 1998.

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

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

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

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

Publié par

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

---

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

---

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 1998.

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

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil des arrêts de la Cour fédérale, doivent être adressées au Directeur général au (613) 995-2706.*

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

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

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

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

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

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

## CONTENTS

Digests .....	D-1
Appeals Noted .....	I

Albion Transportation Research Corp. v. Canada (T.D.) .....	78
---	----

Practice — Limitation of actions — Crown Liability and Proceedings act, s. 3(1)(a) — Action for conversion of chattels (funds and assets), for wrongful filing of writ of *feri facias*, and for damages — Action statute barred pursuant to Alberta Limitation of Actions Act, s. 51(g) — Cause of action arising on date of allegedly wrongful seizure.

Administrative law — Statutory appeals — Pursuant to Federal Court Act, s. 18.5, plaintiffs' right of appeal to T.C.C. barring Court from adjudicating claims of plaintiffs — Act, s. 18.5 applying to actions as well as judicial review — Act, s. 18.5 barring Court from adjudicating claim entailing challenge to validity of tax assessment or of collection proceedings taken in respect thereof as alternative right of appeal to T.C.C. — Not precluding Court from adjudicating merits of claim for wrongful filing of writ of *feri facias* as original amount subsequently varied and assessment not challenged .

Estoppel — Practice — *Res judicata* — Issue estoppel — Claim for wrongful filing of writ of *feri facias* with respect to certificate registered under Income Tax Act, s. 223 — Not case of issue estoppel as plaintiff not seeking to relitigate validity of tax assessed against her, but rather arguing writ flowing from assessment wrongfully filed.

Income tax — Practice — Action for conversion of chattels (funds and assets), for wrongful filing of writ of *feri facias*,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Fiches analytiques .....	F-1
Appels notés .....	I

Albion Transportation Research Corp. c. Canada (1 <sup>o</sup> inst.) .....	78
---	----

Pratique — Prescription — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, art. 3(1)a) — Action en détournement de biens meubles (numéraires et éléments d'actif), en dépôt injustifié de bref de *feri facias*, et en dommages-intérêts — Action prescrite par l'effet de l'art. 51g) de la loi Limitation of Actions Act de l'Alberta — Le fait litigieux s'est produit le jour de la soi-disant saisie injustifiée.

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Par application de l'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale, la Cour ne peut connaître des prétentions des demandereses qui ont droit d'appel devant la C.C.I. — L'art. 18.5 s'applique aux actions tout aussi bien qu'aux recours en contrôle judiciaire — L'art 18.5 interdit à la Cour de connaître d'une demande qui reviendrait à contester la validité de la cotisation d'impôt ou des mesures de recouvrement y afférentes si celles-ci peuvent être portées en appel devant la C.C.I. — Il n'interdit pas à la Cour de connaître du fond de l'action en dépôt injustifié de bref de *feri facias* puisque le montant initial a été modifié et que la cotisation n'a pas été contestée.

Fin de non-recevoir — Pratique — Autorité de la chose jugée — Issue estoppel — Action en dépôt injustifié de bref de *feri facias* par suite du certificat enregistré en application de l'art. 223 de la Loi de l'impôt sur le revenu — La fin de non-recevoir n'est pas valide puisque la contribuable ne cherche pas à remettre en question sa cotisation d'impôt mais soutient que le bref découlant de la cotisation a été déposé de façon injustifiée.

Impôt sur le revenu — Pratique — Action en détournement de biens meubles (numéraires et éléments d'actif), en dépôt

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

and for damages — Action statute barred pursuant to Alberta Limitation of Actions Act, s. 51(g) — Also, Federal Court Act, s. 18.5 barring Court from adjudicating claim entailing challenge to validity of tax assessment or of collection proceedings taken in respect thereof as alternative right of appeal to T.C.C.

### **Beattie v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (T.D.) ..... 104**

Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — Actions for reimbursement of tuition, instructional fees, accommodation, travel costs for Aboriginal children not living on reserve — Crown agreeing to pay salaries of teachers to instruct children under Treaty No. 11 — Actions dismissed — Benefits so conferred not extending beyond treaty area — Court must take into account context in which treaty negotiated; words interpreted in sense naturally understood by Indians at time of signing — When treaty executed, Native children receiving free education — Treaty confirming pre-existing situation — Bands' main concern medical attendance, schools at each post — Natives at time of signing not understanding education provision as conferring on them universal right to education — Constitution Act, 1982, s. 35(1) guaranteeing (i) access to free education (ii) confined to area defined in treaty (iii) akin or equivalent to education provided to non-native children in public school system.

Native peoples — Actions for reimbursement of tuition, instructional fees, travel, accommodation costs for Aboriginal children not living on reserve — Crown agreeing to pay teachers' salaries under Treaty No. 11 — Actions dismissed — Principles of treaty interpretation — Treaty benefits not extending beyond treaty area.

### **Canada (Attorney General) v. Jencan Ltd. (C.A.) . 187**

Unemployment insurance — Appeal from T.C.C. decision quashing M.N.R.'s determination worker's employment not "insurable employment" under the Act — In earlier case, Minister finding respondent, worker not dealing at arm's length, employment not insurable — Terms, conditions of employment in instant case "basically the same" — Contract of service between worker, respondent required under Act,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

injustifié de bref de *feri facias*, et en dommages-intérêts — Action prescrite par l'effet de l'art. 51g) de la loi Limitation of Actions Act de l'Alberta — D'autre part, l'art 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale lui interdit de connaître d'une demande qui reviendrait à contester la validité de la cotisation d'impôt ou des mesures de recouvrement y afférentes si celles-ci peuvent être portées en appel devant la C.C.I.

### **Beattie c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 104**

Droit constitutionnel — Droits ancestraux et droits issus de traités — Actions en remboursement de frais de scolarité, de logement et de déplacements engagés pour des enfants autochtones ne vivant pas dans des réserves — Sa Majesté avait accepté, aux termes du traité n° 11, de payer le salaire des maîtres d'école pour instruire les enfants autochtones — Les actions sont rejetées — Les avantages accordés ne s'appliquent pas au-delà des limites de la région visée par le traité — Le tribunal doit tenir compte du contexte dans lequel le traité a été négocié et doit donner au texte du traité le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l'époque de sa signature — À l'époque de la signature du traité, les enfants autochtones recevaient déjà des services d'éducation gratuits — Le traité confirmait une situation qui existait déjà — La principale préoccupation des bandes au moment de la signature du traité était d'obtenir des services médicaux et des écoles à chaque poste — À la date de signature, les autochtones n'ont pas compris que la disposition relative à l'éducation leur accordait un droit universel à l'éducation — L'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 garantit: (1) l'accès à l'éducation gratuite; (2) sur le territoire défini dans le traité; (3) l'éducation gratuite ainsi offerte doit être semblable ou équivalente à celle qui est offerte aux enfants non autochtones dans le réseau d'écoles publiques.

Peuples autochtones — Actions en remboursement de frais de scolarité, de logement et de déplacements engagés pour des enfants autochtones ne vivant pas dans des réserves — Sa Majesté avait accepté, aux termes du traité n° 11, de payer le salaire des maîtres d'école — Les actions sont rejetées — Principes d'interprétation des traités — Les avantages accordés par le traité ne s'appliquent pas au-delà des limites de la région visée par le traité.

### **Canada (Procureur général) c. Jencan Ltd. (C.A.) 187**

Assurance-chômage — Appel d'un jugement par lequel la C.C.I. a infirmé la décision par laquelle le M.R.N. avait conclu que l'emploi d'un certain salarié n'était pas un «emploi assurable» au sens de la Loi — Dans la décision précédente, le ministre avait conclu que, comme l'intimée et le salarié avaient un lien de dépendance entre eux, l'emploi en question n'était pas assurable — En l'espèce, les modal-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

s. 3(1)(a) — Considering large number of appeals from ministerial determinations under s. 3(2)(c)(ii), Court providing clarification of law — T.C.C. must undertake two-stage inquiry — Discretionary power conferred upon Minister to make determinations under Act, s. 3(2)(c)(ii) — Judicial deference not extending to Minister's findings of fact — T.C.J. failing to consider whether Minister exercised discretionary authority properly.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — T.C.C. reversing M.N.R.'s determination worker's employment not insurable under Unemployment Insurance Act, s. 3(1)(a) — Minister said to have improperly relied upon T.C.C.'s previous decision between same parties — Whether T.C.J. erred in interfering with discretionary determination by Minister under Act, s. 3(2)(c)(ii) — Minister granted discretionary power to determine whether employer, worker deemed to deal at arm's length — Tax Court's intervention justified only if Minister exercised discretion in manner contrary to law — Judicial deference not extending to Minister's findings of fact — T.C.J. failing to consider whole evidence — Judicial deference not accorded.

### **Hutton v. Canada (Chief of Defence Staff) (T.D.) . 219**

Armed Forces — Judicial review of denial of applicant's grievances by Chief of Defence Staff (CDS) — Career Medical Review Board (CRB(M)) recommending applicant's release from Armed Forces as unable to meet physical requirements for infantry — Applicant filing grievance — Superiors disagreeing as to whether applicant could be transferred to another occupation — Second CRB(M) convened, decision recommending release rendered within 24 hours — Applicant not notified — Subsequently denied promotion; application to join militia refused because of low medical release suitability — Application not premature — Recourse to Minister provided under Queen's Regulations & Orders for the Canadian Forces (QR&O) not adequate alternative remedy since QR&O precluding Minister from acting on complaint because outstanding complaint under Canadian Human Rights Act — Failure to notify applicant of second CRB(M), give opportunity to make submissions, breaching natural justice principles — Second CRB(M) not rendering independent recommendation; device of officers

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

tés d'emploi du salarié étaient «essentiellement les mêmes» qu'auparavant — L'art. 3(1)a) de la Loi exige que le salarié soit employé aux termes d'un contrat de louage de services — Vu le nombre élevé d'appels interjetés de décisions rendues par le ministre en vertu de l'art. 3(2)c)(ii), la Cour se doit de clarifier davantage les règles de droit applicables — La C.C.I. doit procéder à une analyse à deux étapes — L'art. 3(2)c)(ii) de la Loi confère au ministre le pouvoir de rendre des décisions discrétionnaires — La retenue judiciaire ne s'applique pas aux conclusions de fait tirées par le ministre — Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas déterminé si le ministre avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon régulière.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — La C.C.I. a infirmé la décision par laquelle le M.R.N. avait conclu que l'emploi d'un certain salarié n'était pas assurable au sens de l'art. 3(1)a) de la Loi — Le ministre se serait fondé à tort sur le jugement antérieur rendu par la C.C.I. entre les mêmes parties — Le juge de la Cour de l'impôt a-t-il commis une erreur en infirmant la décision discrétionnaire rendue par le ministre en vertu de l'art. 3(2)c)(ii)? — Le ministre s'est vu conférer le pouvoir discrétionnaire de déterminer si un employeur et un salarié sont réputés ne pas avoir un lien de dépendance entre eux — L'intervention de la Cour de l'impôt n'est justifiée que si le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière contraire à la loi — La retenue judiciaire ne s'applique pas aux conclusions de fait tirées par le ministre — Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas tenu compte de l'ensemble de la preuve — Il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue judiciaire en l'espèce.

### **Hutton c. Canada (Chef d'état-major de la défense) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 219**

Forces armées — Contrôle judiciaire du rejet des griefs du requérant par le chef d'état-major de la défense (CEMD) — Le comité de révision des carrières (raisons médicales) (CRC(RM)) recommandait la libération du requérant des Forces armées étant donné qu'il n'était pas en mesure de respecter les conditions physiques pour faire partie de l'infanterie — Le requérant a déposé un grief — Ses supérieurs n'étaient pas d'accord quant à savoir si le requérant pouvait être transféré à un autre groupe professionnel — Un deuxième CRC(RM) a été convoqué et a rendu sa décision, dans un délai de 24 heures, recommandant la libération — Le requérant n'en a pas été informé — Par la suite, on lui a refusé une promotion; une demande présentée pour se joindre à la milice lui a été refusée à cause de la faible cote qui lui avait été attribuée au niveau de la possibilité qu'il soit libéré pour des raisons de santé — La demande n'est pas prématurée — Le recours au ministre prévu dans les Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) n'est pas une autre

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

opposed to applicant's retention to force CDS to conclude had to be released — CDS explicitly referring to second CRB(M), holding no impropriety in process — Since breaches of natural justice, mistaken about validity of process — Court unable to say CDS not relying on CRB(M) in making decision to release — CDS not considering promotion in context of any other occupation — Decisions to release, not promote related — Court would not speculate as to CDS's conclusions if disregarded second CRB(M).

Administrative law — Judicial Review — *Certiorari* — Denial of applicant's grievances by Chief of Defence Staff (CDS) — Application not premature — Applicant using internal grievance procedure under National Defence Act, s. 29 — Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O), art. 19.26 permitting complaint to Minister if not satisfied with redress — Although normally recourse to Minister adequate alternative remedy, applicant also filing complaint with Canadian Human Rights Commission — QR&O, art. 19.26(16), (17) providing as long as complaint under Canadian Human Rights Act outstanding Minister precluded from acting on complaint — Recourse to Minister not adequate alternative remedy since precluded from acting — Respondent's decision invalid — Explicitly referring to second career medical review board (CRB(M)) decision — CRB(M) breaching natural justice principles as applicant given neither notice of hearing, nor opportunity to make submissions — Not rendering independent recommendation but device of officers opposed to applicant's retention to force CDS to conclude must be released — Respondent stating no impropriety — Clearly mistaken — Court unable to say respondent not relying on CRB(M) decision in making decision to release applicant — Decision to release, not promote applicant related.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

voie de recours appropriée étant donné que les ORFC empêchent le ministre de prendre des mesures relativement à la plainte parce qu'une autre plainte a été déposée en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne — L'omission d'informer le requérant de la convocation du deuxième CRC(RM) et de lui donner la possibilité de présenter ses observations constitue un manquement aux principes de justice naturelle — Le deuxième CRC(RM) n'a pas présenté de recommandation indépendante; il s'agit d'un plan concocté par les officiers opposés au maintien de l'emploi du requérant afin d'obliger le CEMD à conclure qu'il devait être libéré — Le CEMD a fait explicitement référence à la décision du deuxième CRC(RM), et a statué qu'aucune erreur n'avait été commise dans le processus — Étant donné qu'il y a eu des manquements aux principes de justice naturelle, le CEMD s'est trompé sur la validité du processus — La Cour est incapable de dire que le CEMD ne s'est pas appuyé sur la décision du CRC(RM) pour prendre sa décision concernant la libération du requérant — Le CEMD n'a pas examiné la question de la promotion dans le contexte d'un autre groupe professionnel — Les décisions de libérer le requérant et de ne pas lui accorder de promotion sont liées — La Cour ne peut spéculer quant à savoir quelles auraient été les conclusions du CEMD s'il n'avait pas tenu compte de la décision du deuxième CRC(RM).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Rejet des griefs du requérant par le chef d'état-major de la défense (CEMD) — La demande n'est pas prématurée — Le requérant a eu recours à la procédure interne de règlement des griefs prévue à l'art. 29 de la Loi sur la défense nationale — L'art. 19.26 des Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) autorise la présentation d'une plainte auprès du ministre si le requérant n'est pas satisfait du redressement qui lui est accordé — Habituellement, le recours au ministre est une autre voie de recours appropriée, mais le requérant a également déposé une plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne — Les art. 19.26(16) et (17) des ORFC disposent que, tant et aussi longtemps qu'une plainte fondée sur la Loi canadienne sur les droits de la personne n'est pas réglée, le ministre ne peut prendre aucune mesure relativement à cette plainte — La plainte adressée au ministre n'est donc pas une autre voie de recours appropriée étant donné que le ministre ne pouvait agir — La décision de l'intimé est invalide — On y fait explicitement référence à la décision du deuxième comité de révision des carrières (raisons médicales) (CRC(RM)) — Le CRC(RM) a manqué aux principes de justice naturelle étant donné que le requérant n'a ni été avisé de la tenue de l'audience ni eu la possibilité de présenter des observations — Le CRC(RM) n'a pas présenté de recommandation indépendante, mais constitue un plan concocté par les officiers qui s'opposaient au maintien de l'emploi du requérant afin d'obliger le CEMD à conclure qu'il devait être libéré des Forces armées

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Mastri v. Canada (Attorney General) (C.A.) . . . . . 66**

Income tax — Income calculation — Deductions — Judicial review of T.C.C. decision taxpayers entitled to deduct share of rental loss incurred on property purchased as principal residence from other income — Holding reasonable expectation of profit, but M.N.R. not establishing “personal element” or “foreseeable tax advantage” accruing to taxpayers during taxation year as required by *Tonn v. Canada* — T.C.C. erred in understanding, application of *Tonn* — *Tonn* not altering law as stated in *Moldowan v. The Queen*: (1) to have source of income, taxpayer must have reasonable expectation of profit; (2) whether reasonable expectation of profit objective determination — *Tonn* affirming courts not to second guess business decisions of taxpayers — “Personal element” existing as property purchased as principal residence; no evidence considering whether could be rented profitably.

Judges and Courts — Judicial review of T.C.C. decision taxpayer entitled to deduct share of rental loss on property purchased as principal residence from other income — Relying on *Tonn v. Canada* — M.N.R. submitting *Tonn* should be overruled as wrongly decided — Incorrect to speak of recent F.C.A. panel overruling earlier one — Rule of *stare decisis* dictates both decisions of equal weight — Formal means for overruling earlier decision to strike enlarged F.C.A. panel where conflicting decisions, lines of authority on issue of fundamental significance to area of federal law.

### **Mohammad v. Canada (C.A.) . . . . . 165**

Income tax — Income calculation — Deductions — Judicial review of T.C.C. decision reducing amount of deductible interest under Income Tax Act, s. 67 — Taxpayer co-

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

— L’intimé prétend qu’aucune erreur n’a été commise — Il s’est manifestement trompé à ce sujet — La Cour est incapable de dire que l’intimé ne s’est pas appuyé sur la décision du CRC(RM) pour prendre sa décision concernant la libération du requérant — Les décisions de libérer le requérant et de ne pas lui accorder de promotion sont liées.

### **Mastri c. Canada (Procureur général) (C.A.) . . . . . 66**

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Contrôle judiciaire de la décision de la C.C.I. selon laquelle les contribuables avaient le droit de déduire leur part des pertes locatives à l’égard d’une propriété achetée à titre de résidence principale des autres sources de revenus — Elle a jugé qu’il y avait attente raisonnable de profit, mais que le ministre n’avait pas établi qu’il y avait soit un «élément personnel» soit un «avantage fiscal prévisible» dont bénéficieraient les contribuables au cours de l’année d’imposition comme l’exigeait l’arrêt *Tonn c. Canada* — La C.C.I. a commis une erreur d’interprétation et d’application de l’arrêt *Tonn* — L’arrêt *Tonn* ne modifie pas le droit énoncé dans l’arrêt *Moldowan c. La Reine*: (1) pour avoir une source de revenu, un contribuable doit avoir une attente raisonnable de profit; (2) on doit s’appuyer sur tous les faits pour déterminer objectivement si un contribuable a une expectative raisonnable de profit — L’arrêt *Tonn* confirme que les tribunaux ne devraient pas apprécier rétrospectivement les décisions commerciales des contribuables — Il y avait un «élément personnel», car la propriété a été achetée à titre de résidence principale; il n’y a aucun élément de preuve indiquant que la maison en rangée pouvait être louée avec profit.

Juges et tribunaux — Contrôle judiciaire de la décision de la C.C.I. selon laquelle le contribuable a le droit de déduire sa part des pertes locatives à l’égard d’une propriété achetée à titre de résidence principale des autres sources de revenus — Décision fondée sur *Tonn c. Canada* — Le M.R.N. soutient que l’arrêt *Tonn* devrait être infirmé, car il était erroné — On ne peut dire qu’une décision d’une formation récente de la C.A.F. en infirme une plus ancienne — Selon les règles en matière de *stare decisis* les deux décisions sont d’une importance égale — Le moyen formel pour infirmer une décision ancienne consiste à réunir une formation élargie, comme dans le cas où il y a deux décisions contraires de la Cour ou des courants jurisprudentiels contraires et que la question visée est réputée être d’une importance fondamentale pour la jurisprudence dans un domaine particulier du droit fédéral.

### **Mohammad c. Canada (C.A.) . . . . . 165**

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Contrôle judiciaire d’une décision de la C.C.I. de réduire le montant des intérêts déductibles en vertu de l’art. 67 de la

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

purchasing residential property for rental purposes, intending to realize capital gain — Purchasers assuming existing mortgage, each contributing \$25,000 which taxpayer borrowing — Act, s. 67 requiring deductible outlay, expense to be reasonable — M.N.R. disallowing deduction of rental losses on grounds no reasonable expectation of profit — T.C.J. holding unreasonable to finance 100% of purchase price, therefore interest paid on \$25,000 not deductible — Judicial doctrine of reasonable expectation of profit, concept of reasonable expenses under s. 67 must be invoked, applied independently — S. 67 must not be used in arbitrary manner, to soften strictures of reasonable expectation of profit test — Must be applied as objectively as possible — Full financing neither bar to deducting rental loss nor ground for reducing amount of interest deductible — Reasonableness of otherwise deductible expense not assessed by reference to whether any one expense, or collective expenses, disproportionate to revenues — *Ramsay v. M.N.R.*, *Elliott v. M.N.R.* line of cases no longer good law — Refusal to permit deduction of interest on personal loan arbitrary because no principled basis on which to determine amount by which interest expense must be reduced — T.C.C. misinterpreting, misapplying s. 67.

### **Semiahmoo Indian Band v. Canada (C.A.) . . . . . 3**

Native peoples — Lands — Crown obtaining absolute surrender of reserve land as needed to expand customs facilities — Most of surrendered land remaining unused for customs facilities, other public purpose for 40 years — Crown refusing to return land to Band — Inalienability of Indian reserve land except upon surrender to Crown — Crown in breach of fiduciary duty — Constructive trust appropriate remedy as giving back to Band interest in surrendered land.

Restitution — Constructive trusts — Equitable principles — Crown — Indians — Crown obtaining absolute surrender of reserve land as needed for customs facilities expansion — Doing nothing with land for 40 years but denying request for return of land — Crown in breach of fiduciary duty — Constructive trust appropriate remedy as redressing Crown's unjust enrichment, giving Indians beneficial interest in land,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Loi de l'impôt sur le revenu — Le contribuable a acheté avec un autre acquéreur une propriété résidentielle afin de la mettre en location, dans le but de réaliser un gain en capital — Les acquéreurs ont pris en charge l'hypothèque existante, et chacun a fait un apport de 25 000 \$ que le contribuable a empruntés — L'art. 67 de la Loi exige que la dépense déductible soit raisonnable — Le M.R.N. a refusé la déduction des pertes locatives au motif qu'il n'y avait pas d'expectative raisonnable de profit — Le juge de la C.C.I. a statué qu'il était déraisonnable de financer le coût d'acquisition à 100 p. 100, et par conséquent que les frais d'intérêts payés sur l'emprunt de 25 000 \$ n'étaient pas déductibles — La doctrine judiciaire de l'expectative raisonnable de profit, et le concept de dépense raisonnable en vertu de l'art. 67 doivent être invoqués et appliqués de façon indépendante — L'art. 67 ne doit pas être utilisé d'une manière arbitraire, pour atténuer le côté rigoureux du critère relatif à l'expectative raisonnable de profit — Celui-ci doit être appliqué de la façon la plus objective possible — Le financement total n'est ni un empêchement à la déduction de la perte locative ni un motif pour réduire le montant des intérêts déductibles — Le caractère raisonnable d'une dépense déductible par ailleurs n'est pas évalué en faisant référence au fait de savoir si une dépense en particulier, ou des dépenses prises collectivement, sont disproportionnées par rapport aux revenus — Le courant jurisprudentiel représenté par les décisions *Ramsay c. M.R.N.* et *Elliott c. M.R.N.* est dépassé — Le refus d'autoriser la déduction des intérêts sur le prêt personnel est arbitraire parce qu'il n'y a pas fondement de principe à partir duquel on peut fixer la limite des frais d'intérêts à déduire — La C.C.I. a mal interprété et mal appliqué l'art. 67.

### **Bande indienne de Semiahmoo c. Canada (C.A.) . . . . . 3**

Peuples autochtones — Terres — Obtention par la Couronne de la cession absolue de terres situées sur une réserve pour agrandir des installations douanières — La plus grande partie des terres cédées est demeurée inutilisée aux fins des installations douanières ou à d'autres fins publiques pendant 40 ans — Refus de la Couronne de restituer les terres à la bande — Inaliénabilité des terres des réserves indiennes, sauf par cession à la Couronne — Manquement par la Couronne à son obligation fiduciaire — La fiducie par interprétation constitue une réparation appropriée, car elle emporte la restitution à la bande de son droit sur les terres cédées.

Restitution — Fiducies par interprétation — Principes d'*equity* — Couronne — Indiens — Obtention par la Couronne de la cession absolue de terres situées sur une réserve pour agrandir des installations douanières — Les terres sont demeurées inutilisées pendant 40 ans, mais la Couronne a refusé de les restituer — Manquement par la Couronne à son obligation fiduciaire — La fiducie par

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

appreciation in land value.

Practice — Limitation of actions — Indian Band suing Crown in 1990 for breach of fiduciary duty — British Columbia Limitation Act, s. 8 barring action after 30 years — Act, s. 3(4) prescribing 6-year limitation for actions not listed in Act, applicable herein — Action for Crown's breach of fiduciary duty in 1951 surrender of reserve land for customs facility expansion statute-barred under Act, s. 8(1)(c) — Second breach of fiduciary duty in 1969 not barred under 30-year ultimate limitation period of s. 8(1)(c) — Under s. 6(3)(d), running of time can be postponed in case of fraud, deceit — 6-year limitation period to run from May 23, 1989 when Band informed Crown had no intention of constructing expanded customs facility in foreseeable future.

### **Soper v. Canada (C.A.)** ..... 124

Income tax — Corporations — Appeal from T.C.C. decision taxpayer not satisfying "due diligence" defence in Income Tax Act, s. 227.1(3) — S. 227.1(3) enabling directors to escape liability for unremitted amounts required to be withheld from employees' salaries if establishing exercised degree of care, diligence and skill to prevent failure that reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances — When taxpayer, experienced businessman, becoming director, receiving balance sheet showing net loss of \$132,000 — Neither employees nor other Board members discussing with taxpayer company's failure to make tax remittances — Taxpayer never inquiring whether company complying with remittance obligations — Appeal dismissed — Analysis of common law duty of care, set out in *City Equitable Fire Insurance Co., In re*, [1925] Ch. 407 (C.A.), whether and to what extent modified by s. 227.1(3) — Meaning of each component i.e. skill, care diligence — Standard of care under s. 227.1(3) containing both objective, subjective elements — More difficult for inside directors to establish due diligence defence — Unless reasons for suspicion, outside directors may rely on day-to-day corporate managers to pay debt obligations — Positive duty to act arising when aware of facts leading to conclusion could reasonably be potential problem with remittances — Whether standard of care met question of fact to be resolved in light of personal knowledge, experience of director — Given ample business experience, taxpayer under positive duty to act when received balance sheet — Not misled,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

interprétation constitue une réparation appropriée, car elle remédie à l'enrichissement sans cause de la Couronne, confère aux Indiens un droit à titre bénéficiaire sur les terres et contribue à l'augmentation de leur valeur.

Pratique — Prescription — Poursuite engagée en 1990 par une bande indienne contre la Couronne pour manquement à son obligation fiduciaire — Prescription de 30 ans prévue pour toute action par l'art. 8 de la Limitation Act de la Colombie-Britannique — La prescription de 6 ans, prévue à l'art. 3(4) de la Loi pour les actions non mentionnées dans la Loi, est applicable en l'espèce — L'action pour manquement de la Couronne à son obligation fiduciaire lors de la cession de 1951 aux fins de l'agrandissement des installations douanières est prescrite en vertu de l'art. 8(1)(c) de la Loi — Le délai de prescription final de 30 ans fixé par l'art. 8(1)(c) n'est pas expiré en ce qui concerne le deuxième manquement à l'obligation fiduciaire survenu en 1969 — L'art. 6(3)(d) prévoit que le délai de prescription peut être interrompu en cas de fraude ou de tromperie — Le délai de prescription de 6 ans doit commencer à courir le 23 mai 1989, date à laquelle la bande a été informée que la Couronne n'avait pas l'intention d'agrandir les installations douanières dans un avenir rapproché.

### **Soper c. Canada (C.A.)** ..... 124

Impôt sur le revenu — Corporations — Appel de la décision par laquelle la C.C.I. a statué que le contribuable n'avait pas satisfait aux exigences de la «défense de diligence raisonnable» prévue à l'art. 227.1(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Cette disposition permet aux administrateurs d'échapper à la responsabilité en cas de manquement à l'obligation de verser des sommes retenues sur la rémunération des employés s'ils démontrent qu'ils ont agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables — Au moment de sa nomination au sein du conseil d'administration, le contribuable, un homme d'affaires chevronné, a reçu un exemplaire du bilan qui indiquait un déficit de 132 000 \$ — Aucun employé ni aucun autre membre du conseil d'administration n'a discuté avec le contribuable du défaut de la société de faire des versements d'impôt — Le contribuable n'a jamais demandé si la société s'acquittait des obligations de versement — Appel rejeté — Analyse de l'obligation de prudence en common law énoncée dans l'arrêt *City Equitable Fire Insurance Co., In re*, [1925] Ch. 407 (C.A.), et de la question de savoir si l'art. 227.1(3) a modifié cette obligation et dans quelle mesure il l'a fait — Sens de chaque élément constitutif, à savoir compétence, soin et diligence — La norme de prudence prévue à l'art. 227.1(3) contient des éléments objectifs et des éléments subjectifs — Il est plus difficile pour les administrateurs internes d'invoquer la défense de diligence raisonnable —

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

frustrated by other company officials — Doing nothing inadequate to discharge burden imposed by s. 227.1(3).

Construction of statutes — Income Tax Act, s. 227.1(3) enabling directors to escape liability for unremitted amounts required to be withheld from employees' salaries if establishing exercised degree of care, diligence, skill to prevent failure that reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances — Whether, to what extent modifying common law standard of care — As presumption of coherence, Canada Business Corporations Act, s. 122(1)(b), setting out standard of care to be exercised by directors for corporate law purposes, in virtually identical language, considered — Since Canada Business Corporations Act mirroring Ontario Business Corporations Act, inference Parliament intending to send same message to existing, potential directors — S. 227.1(3) containing both subjective, objective elements — Had Parliament wished to strengthen common law standard of care could have done so by omitting "in comparable circumstances".

## SOMMAIRE (Fin)

À moins qu'il n'existe des motifs d'avoir des soupçons, les administrateurs externes peuvent se fier aux personnes qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société pour payer des dettes — L'obligation expresse d'agir prend naissance lorsqu'un administrateur prend conscience de faits qui l'amènent à conclure que les versements pourraient vraisemblablement poser un problème potentiel — La question de savoir si un administrateur a satisfait à la norme de prudence est une question de fait qu'il faut trancher à la lumière des connaissances personnelles et de l'expérience de ce dernier — Vu sa vaste expérience dans le domaine des affaires, le contribuable était dans l'obligation expresse d'agir lorsqu'il a reçu le bilan — Il n'a pas été induit en erreur ni gêné dans ses efforts par les dirigeants de la société — Ne rien faire est insuffisant pour s'acquitter du fardeau imposé par l'art. 227.1(3).

Interprétation des lois — L'art. 227.1(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet aux administrateurs d'échapper à la responsabilité en cas de manquement à l'obligation de verser des sommes retenues sur la rémunération des employés s'ils peuvent démontrer qu'ils ont agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables — La question est de savoir si cette disposition a modifié la norme de prudence prévue par la common law et dans quelle mesure elle l'a fait — Vu la présomption de cohérence entre les lois, l'art. 122(1)(b) de la Loi canadienne sur les sociétés par actions, qui énonce en des termes pratiquement identiques à ceux de l'art. 227.1(3) la norme de prudence à laquelle doivent satisfaire les administrateurs dans le contexte du droit des sociétés, est pris en considération — Comme la Loi canadienne sur les sociétés par actions reflète la Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario, il est permis de conclure que le législateur fédéral entendait envoyer le même message aux administrateurs en place et potentiels — L'art. 227.1(3) contient des éléments objectifs et des éléments subjectifs — Si le législateur avait voulu renforcer la norme de prudence imposée par la common law, il aurait facilement pu le faire en omettant l'expression «dans des circonstances comparables».

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Armstrong v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [1994] 2 F.C. 356 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-295-94). The reasons for judgment, handed down 20/1/98, will be published in the *Federal Court Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Canada (Attorney General) v. Deschamps*, A-489-96, Hugessen J.A., judgment dated 26/5/97 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 8/1/98.

*Dixon v. Canada (Governor in Council)*, [1997] 3 F.C. 169 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 8/1/98.

*Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.*, [1996] 2 F.C. D-56 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 8/1/98.

*Canada v. McMynn*, [1997] 3 F.C. D-5 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 29/1/98.

*McLellan v. Canada*, A-195-96, Isaac C.J., judgment dated 17/12/96 (C.A.), reconsideration of the application for leave to appeal to S.C.C. refused, 29/1/98.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Armstrong c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [1994] 2 C.F. 356 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-295-94). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 20-1-98, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Canada (Procureur général) c. Deschamps*, A-489-96, le juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 26-5-97 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 8-1-98.

*Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil)*, [1997] 3 C.F. 169 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 8-1-98.

*Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co.*, [1996] 2 C.F. F-59 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 8-1-98.

*Canada c. McMynn*, [1997] 3 C.F. F-9 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 29-1-98.

*McLellan c. Canada*, A-195-96, le juge en chef Isaac, jugement en date du 17-12-96 (C.A.), réexamen de la demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusé, 29-1-98.

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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1998, Vol. 1, Part 1**

**1998, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**



A-802-95/A-642-95  
(T-1878-90)

**Chief Bernard Charles and Councillors Mabel Charles and Leonard Wells, as the elected Councillors of the Semiahmoo Indian Band, suing on the their own behalf and on behalf of all other members of the Semiahmoo Indian Band (*Appellants*)**

v.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada (*Respondent*)**

*INDEXED AS: SEMIAHMOO INDIAN BAND v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., McDonald J.A. and Gray D.J.—Vancouver, October 28, 29 and 30, 1996; Ottawa, June 24, 1997.

*Native peoples — Lands — Crown obtaining absolute surrender of reserve land as needed to expand customs facilities — Most of surrendered land remaining unused for customs facilities, other public purpose for 40 years — Crown refusing to return land to Band — Inalienability of Indian reserve land except upon surrender to Crown — Crown in breach of fiduciary duty — Constructive trust appropriate remedy as giving back to Band interest in surrendered land.*

*Restitution — Constructive trusts — Equitable principles — Crown — Indians — Crown obtaining absolute surrender of reserve land as needed for customs facilities expansion — Doing nothing with land for 40 years but denying request for return of land — Crown in breach of fiduciary duty — Constructive trust appropriate remedy as redressing Crown's unjust enrichment, giving Indians beneficial interest in land, appreciation in land value.*

*Practice — Limitation of actions — Indian Band suing Crown in 1990 for breach of fiduciary duty — British Columbia Limitation Act, s. 8 barring action after 30 years — Act, s. 3(4) prescribing 6-year limitation for actions not listed in Act, applicable herein — Action for Crown's breach of fiduciary duty in 1951 surrender of reserve land for customs facility expansion statute-barred under Act, s. 8(1)(c) — Second breach of fiduciary duty in 1969 not*

A-802-95/A-642-95  
(T-1878-90)

**Le chef Bernard Charles et les conseillers Mabel Charles et Leonard Wells, en leur qualité de conseillers élus de la Bande indienne de Semiahmoo, agissant en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne de Semiahmoo (*appelants*)**

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*intimée*)**

*RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE SEMIAHMOO c. CANADA (C.A.)*

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juge McDonald, J.C.A. et juge suppléant Gray—Vancouver, 28, 29 et 30 octobre 1996; Ottawa, 24 juin 1997.

*Peuples autochtones — Terres — Obtention par la Couronne de la cession absolue de terres situées sur une réserve pour agrandir des installations douanières — La plus grande partie des terres cédées est demeurée inutilisée aux fins des installations douanières ou à d'autres fins publiques pendant 40 ans — Refus de la Couronne de restituer les terres à la bande — Inaliénabilité des terres des réserves indiennes, sauf par cession à la Couronne — Manquement par la Couronne à son obligation fiduciaire — La fiducie par interprétation constitue une réparation appropriée, car elle emporte la restitution à la bande de son droit sur les terres cédées.*

*Restitution — Fiducies par interprétation — Principes d'équité — Couronne — Indiens — Obtention par la Couronne de la cession absolue de terres situées sur une réserve pour agrandir des installations douanières — Les terres sont demeurées inutilisées pendant 40 ans, mais la Couronne a refusé de les restituer — Manquement par la Couronne à son obligation fiduciaire — La fiducie par interprétation constitue une réparation appropriée, car elle remédie à l'enrichissement sans cause de la Couronne, confère aux Indiens un droit à titre bénéficiaire sur les terres et contribue à l'augmentation de leur valeur.*

*Pratique — Prescription — Poursuite engagée en 1990 par une bande indienne contre la Couronne pour manquement à son obligation fiduciaire — Prescription de 30 ans prévue pour toute action par l'art. 8 de la Limitation Act de la Colombie-Britannique — La prescription de 6 ans, prévue à l'art. 3(4) de la Loi pour les actions non mentionnées dans la Loi, est applicable en l'espèce — L'action pour manquement de la Couronne à son obligation fiduciaire lors*

*barred under 30-year ultimate limitation period of s. 8(1)(c) — Under s. 6(3)(d), running of time can be postponed in case of fraud, deceit — 6-year limitation period to run from May 23, 1989 when Band informed Crown had no intention of constructing expanded customs facility in foreseeable future.*

This was an appeal and a cross-appeal from a Trial Division decision dismissing the appellants' motion for summary judgment. In 1889, the Crown designated some 382 acres of land in British Columbia as reserve land for the use and benefit of the Semiahmoo Indian Band. In 1951, the Crown obtained an absolute surrender of 22,408 acres of the reserve, the purpose advanced for the surrender being that the land would be used to accommodate an expanded customs facility at the Douglas Border Crossing, adjacent to the reserve. The Band was paid \$550 per acre. Since then, the respondent has retained title to the surrendered land, but most of it remained unused for customs facilities or for any other public purpose. On many occasions subsequent to the surrender, the Band asked the Crown what it was going to do with the surrendered land and whether some or all of it could be returned to it since it did not appear to be required for a public purpose. The Crown, however, refused to return the land to the Band. In 1969, the latter passed a formal council resolution recommending immediate action to reacquire on its behalf the 22,408 acres of land surrendered in 1951. On every subsequent occasion, officials from National Revenue and Public Works responded to the Band's inquiries by stating either that the surrendered land was needed for foreseeable expansion of the customs facility or that a study was being prepared regarding its development. A 1988 report concluded, based on a market overview and site analysis, that a resort on the site would have considerable positive elements. In July 1990, the appellants filed a statement of claim alleging that the Crown had breached its fiduciary duty to the Band in the 1951 surrender. It was almost two years later that a study commissioned by the Department of Public Works recommended a major redevelopment of the customs facilities on a portion of the surrendered land. The Trial Judge held that while the Crown had breached its fiduciary duty to the Band in consenting to the 1951 surrender, the Indians' claim was statute-barred by operation of the 6-year limitation period and the 30-year ultimate limitation period in the British Columbia *Limitation Act*. The issues on appeal and cross-appeal were as follows: (1) whether the Trial Judge erred in finding that the Crown was in breach of its fiduciary duty to the Band in the 1951 surrender; (2) whether the Trial Judge erred in failing to find a post-surrender breach of fiduciary duty by the Crown (after 1951), and in applying the 30-year ultimate limitation period prescribed in section 8 of the B.C. *Limitation Act* to

*de la cession de 1951 aux fins de l'agrandissement des installations douanières est prescrite en vertu de l'art. 8(1)c) de la Loi — Le délai de prescription final de 30 ans fixé par l'art. 8(1)c) n'est pas expiré en ce qui concerne le deuxième manquement à l'obligation fiduciaire survenu en 1969 — L'art. 6(3)d) prévoit que le délai de prescription peut être interrompu en cas de fraude ou de tromperie — Le délai de prescription de 6 ans doit commencer à courir le 23 mai 1989, date à laquelle la bande a été informée que la Couronne n'avait pas l'intention d'agrandir les installations douanières dans un avenir rapproché.*

Il s'agit d'un appel et d'un appel incident d'une décision de la Section de première instance rejetant la requête en jugement sommaire des appelants. En 1889, la Couronne a désigné un terrain d'environ 382 acres situé en Colombie-Britannique comme terre de réserve à l'usage et au profit de la bande indienne de Semiahmoo. En 1951, elle a obtenu la cession absolue d'une parcelle de 22,408 acres située dans la réserve en affirmant, pour justifier la cession, que les terres seraient utilisées pour construire une installation douanière plus grande au passage de la frontière de Douglas, adjacent à la réserve. La bande a reçu 550 \$ l'acre. Depuis lors, l'intimée a conservé le titre de propriété des terres cédées, mais la plupart d'entre elles ne sont toujours pas utilisées aux fins des installations douanières ou à d'autres fins publiques. À maintes reprises après la cession, la bande a demandé à la Couronne de quelle façon elle entendait utiliser les terres cédées et si ces terres pouvaient lui être restituées en totalité ou en partie étant donné qu'on ne semblait pas en avoir besoin à des fins publiques. Toutefois, la Couronne a refusé de restituer les terres à la bande. En 1969, celle-ci a adopté une résolution officielle par laquelle le conseil recommandait la prise de mesures immédiates en vue de reprendre, pour le compte de la bande, les 22,408 acres qui avaient été cédées en 1951. À chaque occasion subséquente, les fonctionnaires de Revenu national et de Travaux publics ont répondu aux demandes de renseignements de la bande en disant qu'on avait besoin des terres cédées aux fins de l'agrandissement de l'installation douanière dans un avenir rapproché ou encore que la question de l'aménagement des terres était à l'étude. Un rapport préparé en 1988 a conclu que, compte tenu de l'étude de marché et de l'analyse de l'emplacement, la présence d'un lieu de villégiature comporterait énormément d'avantages. En juillet 1990, les appelants ont déposé une déclaration dans laquelle ils alléguaient que la Couronne avait manqué à l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande lors de la cession de 1951. C'est presque deux ans plus tard qu'une étude commandée par le ministère des Travaux publics a recommandé que de gros travaux de réaménagement des installations douanières soient exécutés sur une partie des terres cédées. Le juge de première instance a statué que la Couronne avait manqué à son obligation fiduciaire envers la bande en consentant à la cession de 1951, mais que la poursuite des Indiens était prescrite par application du délai de prescription de 6 ans et du délai de prescription final de



bar the Band's cause of action; (3) whether the Trial Judge erred in failing to find that new causes of action for breach of fiduciary duty arose in the years after 1951 on the basis of equitable fraud; and (4) whether the Trial Judge erred in applying the 6-year limitation period prescribed in subsection 3(4) of the B.C. *Limitation Act*, and in failing to postpone the running of time in accordance with subsection 6(3) of that Act.

*Held*, the appeal should be allowed, the cross-appeal should be dismissed.

(1) Successive federal statutes concerning Indians have all provided for the general inalienability of Indian reserve land except upon surrender to the Crown. The surrender requirement is the source of the Crown's fiduciary obligation; its purpose is to interpose the Crown between the Indians and the prospective purchasers or lessees of their land, so as to prevent the Indians from being exploited. It follows that the Crown owed a fiduciary duty to the Band to avoid an exploitative bargain in the 1951 surrender. While the statutory surrender requirement triggers the Crown's fiduciary obligation, the Court must examine the specific relationship between the Crown and the Indian Band in question in order to define the nature and scope of that obligation. In this case, the Band was particularly vulnerable to the influence of the Crown. The 1951 surrender agreement, assessed in the context of the specific relationship between the parties, was an exploitative bargain. In 1951, and for 40 years thereafter, the Crown did not have any definite plans for the construction of an expanded customs facility which necessitated the taking of 22,408 acres of the Band's reserve land. It should not have consented to the absolute surrender, at least not without first ensuring that it contained appropriate safeguards, such as a reversionary clause, to ensure the least possible impairment of the Band's rights. The Crown's fiduciary obligation is to withhold its own consent to surrender where the transaction is exploitative or does not advance a legitimate public purpose. As a fiduciary, the Crown must be held to a strict standard of conduct. The Band had to, and did, rely upon the Crown's representations that the land was required for customs facilities. In failing to alleviate the Band's sense of powerlessness in the decision-making process, the Crown failed to protect, to the requisite degree, the interests of the

30 ans prévus dans la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique. Les questions soulevées dans l'appel et l'appel incident étaient de savoir: 1) si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la Couronne avait manqué à l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers le bande lors de la cession de 1951; 2) si le juge de première instance a commis une erreur en omettant de conclure que la Couronne a manqué à son obligation fiduciaire après la cession (soit après 1951) et en appliquant à la cause d'action de la bande le délai de prescription final de 30 ans prévu à l'article 8 de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique; 3) si le juge de première instance a commis une erreur en omettant de conclure que de nouvelles causes d'action ont pris naissance sur la base de la fraude en *equity*, par suite du manquement à une obligation fiduciaire au cours des années postérieures à 1951; et 4) si le juge de première instance a commis une erreur en appliquant le délai de prescription de 6 ans prévu au paragraphe 3(4) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique et en omettant d'interrompre le délai conformément au paragraphe 6(3) de cette Loi.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli, l'appel incident doit être rejeté.

1) Les lois fédérales successives régissant les Indiens prévoyaient toutes que les terres des réserves indiennes ne pouvaient pas d'une façon générale être aliénées sauf si elles étaient cédées à la Couronne. L'exigence relative à la cession est à l'origine de l'obligation fiduciaire qui incombe à la Couronne; elle vise à interposer Sa Majesté entre les Indiens et tout acheteur ou locataire éventuel de leurs terres, de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter. Il s'ensuit que la Couronne avait envers la bande l'obligation fiduciaire d'éviter de conclure un marché abusif lors de la cession de 1951. Bien que l'exigence législative relative aux cessions donne naissance à l'obligation fiduciaire qui incombe à la Couronne, la Cour doit examiner la relation particulière qui existe entre la Couronne et la bande indienne en question afin de définir la nature et l'étendue de cette obligation. En l'espèce, la bande était particulièrement vulnérable à l'influence de la Couronne. L'accord de cession de 1951, examiné dans le contexte de la relation précise existant entre les parties, constituait un marché abusif. En 1951, et pendant les 40 ans qui ont suivi, la Couronne n'envisageait pas d'une façon précise la construction d'une installation douanière plus grande, auquel cas on aurait eu besoin des 22,408 acres des terres de réserve de la bande. Elle n'aurait pas dû consentir à la cession absolue sans d'abord du moins s'assurer que l'accord renfermait les clauses de protection appropriées, par exemple une clause de réversibilité, de façon qu'on porte le moins possible atteinte aux droits de la bande. En vertu de son obligation fiduciaire, la Couronne est tenue de refuser de consentir à la cession si l'opération est abusive ou si elle n'encourage pas la réalisation de fins publiques légitimes. En sa qualité de fiduciaire, la Couronne doit se conformer à une norme de conduite stricte. La bande devait se fonder, et elle s'est

Band. The Trial Judge did not err in concluding that the Crown had breached its fiduciary duty when it consented to the 1951 surrender.

(2) Section 8 of the British Columbia *Limitation Act*, the relevant provincial legislation, bars any action after 30 years. On the other hand, subsection 3(4) prescribes a 6-year limitation for actions not listed in the Act, such as claims for breach of fiduciary duty. As to when time starts to run for the 30-year limitation period, the words "right to do so" in paragraph 8(1)(c) of the Act have been construed to mean the date of accrual of the cause of action without reference to the plaintiff's knowledge of the material facts. In the case at bar, the 30-year ultimate limitation period operates to preclude any cause of action that occurred prior to July 3, 1960. The appellants' action for breach of fiduciary duty by the Crown in the 1951 surrender is therefore statute-barred by operation of paragraph 8(1)(c) of the B.C. Act. However, the Crown was under a post-surrender fiduciary duty to correct the error that it made in the original surrender for as long as it remained in control of the land. While the Crown's post-surrender fiduciary duty can be seen as continuing so long as it retains ownership and control over the land, any breach of that duty must be located at a specific point in time. It would defeat the very purpose of limitation periods to find that a breach of fiduciary duty continues for so long as the Crown retains the surrendered land. The Crown committed a second breach of its fiduciary duty in 1969 when it refused to reconvey the surrendered land to the Band, despite the formal Band council resolution that such action be taken. By 1969, Public Works did not have any reasonable foreseeable use for the land, as a customs facility or otherwise, but was merely retaining the land for the sake of convenience. An action in respect of that breach of fiduciary duty is not barred by operation of the 30-year ultimate limitation period prescribed in paragraph 8(1)(c) of the *Limitation Act*.

(3) It cannot be said that each time the Crown was less than frank in response to an inquiry by the Band, it committed a new equitable fraud, thereby giving rise to a fresh cause of action. The issue of equitable fraud cannot be

fondée, sur les déclarations de la Couronne selon lesquelles on avait besoin des terres aux fins des installations douanières. En omettant d'apaiser le sentiment d'impuissance qu'éprouvait la bande à l'égard du processus décisionnel, la Couronne a omis de protéger, dans la mesure requise, les intérêts de la bande. Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que la Couronne avait manqué à son obligation fiduciaire en consentant à la cession de 1951.

2) L'article 8 de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, la loi provinciale pertinente, interdit toute action après l'expiration d'un délai de 30 ans. Par ailleurs, le paragraphe 3(4) prévoit un délai de prescription de 6 ans dans le cas d'une action qui n'est pas mentionnée dans la Loi, telles les réclamations fondées sur un manquement à une obligation fiduciaire. Quant au moment auquel le délai de prescription de 30 ans commence à courir, l'expression «droit de le faire» figurant à l'alinéa 8(1)c) de la Loi a été interprétée comme se rapportant à la date à laquelle la cause d'action a pris naissance indépendamment de la question de savoir si le demandeur a eu connaissance des faits importants. En l'espèce, le délai de prescription final de 30 ans s'applique de façon à écarter toute action pour laquelle l'événement ayant donné lieu au droit de faire valoir la cause d'action s'est produit avant le 3 juillet 1960. L'action des appelants, fondée sur le fait que la Couronne a manqué à son obligation fiduciaire lors de la cession de 1951, est donc prescrite en vertu de l'alinéa 8(1)c) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique. Toutefois, la Couronne avait, après la cession, l'obligation de corriger l'erreur commise lors de la cession initiale, et ce, aussi longtemps qu'elle exerçait un contrôle sur les terres. Même si l'obligation fiduciaire qui incombe à la Couronne après la cession peut être considérée comme continue tant que cette dernière conserve la propriété et le contrôle des terres, tout manquement à cette obligation doit pouvoir être situé à un moment précis. Conclure que le manquement à une obligation fiduciaire se poursuit tant que la Couronne conserve les terres cédées irait à l'encontre du but même des délais de prescription. En 1969, la Couronne a commis un deuxième manquement à son obligation fiduciaire lorsqu'elle a refusé de transférer de nouveau les terres cédées à la bande, malgré la résolution officielle que le conseil de la bande avait adoptée en faveur de pareille mesure. En 1969, Travaux publics ne prévoyait pas utiliser les terres dans un avenir raisonnablement rapproché, que ce soit aux fins de l'installation douanière ou à d'autres fins, mais les conservait simplement pour des raisons de commodité. Une action à l'égard de ce manquement à l'obligation fiduciaire n'est pas écartée par l'application du délai de prescription final de 30 ans prévu à l'alinéa 8(1)c) de la *Limitation Act*.

3) On ne peut affirmer que, chaque fois qu'elle a omis de répondre franchement à une demande de renseignements présentée par la bande, la Couronne a commis une nouvelle fraude en *equity*, laquelle donnait lieu à une nouvelle cause

considered separately from the issue of the proper application of limitation periods. To construe each interaction between the Crown and the Band as a separate fraud would be to create a disjointed reality. The question as to when the Band should have been in a position to bring an action requires an objective test most appropriately applied in the context of subsection 6(3) of the B.C. *Limitation Act*.

(4) The issue is whether subsection 6(3) of the Act should be applied to postpone the running of the 6-year limitation period until such time as the facts reasonably necessary to constitute a cause of action for the second breach of fiduciary duty in 1969 were known to the Band. Paragraph 6(3)(d) provides that the running of time can be postponed in case of fraud or deceit, fraud meaning not only common law fraud, but also equitable fraud. The latter has been defined as "conduct which, having regard to some special relationship between the two parties concerned, is an unconscionable thing for one to do towards the other". There was no specific evidence to suggest that the Crown's overriding intention was to mislead the Band. However, equitable fraud does not require dishonesty or an improper motive, but only that one party acted unconscionably having regard to its relationship with the other. Crown officials did act unconscionably having regard to that relationship and the Crown's conduct towards the Band, as a fiduciary, constituted equitable fraud. The limitation period in subsection 3(4) of the Act should run from May 23, 1989, the date on which the Department of Indian Affairs and Northern Development sent a letter to the Band and enclosed a copy of the consultants' report prepared in 1988 with respect to the development of the surrendered land. It was upon receipt of this report that a reasonable person in the position of the Band would have launched an action against the Crown for breach of its fiduciary duty. The Trial Judge erred in failing to consider that the 6-year limitation period in subsection 3(4) of the B.C. *Limitation Act* could be postponed by operation of subsection 6(3) of that Act.

The constructive trust was one of the remedies available to the Court to redress the Crown's breaches of its fiduciary duty; it is an equitable remedy for unjust enrichment. The three elements which must be proved to establish a claim for unjust enrichment are met. First, the respondent has been unjustly enriched. Although the latter has not made use of the surrendered land, it has retained title for over 40 years in contravention of its fiduciary duty. It matters not whether the Crown has put the land to any profitable use. Second,

d'action. On ne peut pas examiner séparément la question de la fraude en *equity* et celle de l'application appropriée des délais de prescription. Interpréter chaque interaction entre la Couronne et la bande comme une fraude distincte créerait une réalité incohérente. La question de savoir à quel moment la bande aurait dû être en mesure d'invoquer une cause d'action exige l'application d'un critère objectif dans le contexte du paragraphe 6(3) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique.

4) Il s'agit de savoir si le paragraphe 6(3) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique doit s'appliquer de façon à interrompre le délai de prescription de 6 ans tant que la bande n'a pas pris connaissance des faits raisonnablement nécessaires pour fonder la cause d'action relative au deuxième manquement à l'obligation fiduciaire commis en 1969. L'alinéa 6(3)d) établit que le délai de prescription peut être interrompu lorsqu'il y a eu fraude ou tromperie, le terme fraude s'entendant non seulement d'une fraude en common law, mais aussi d'une fraude en *equity*. Cette dernière a été définie comme une «conduite qui, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre les parties concernées, est fort peu scrupuleuse de la part de l'une envers l'autre». Aucun élément de preuve précis ne laisse entendre que l'intention primordiale de la Couronne était d'induire la bande en erreur. Toutefois, pour qu'il y ait fraude en *equity*, la malhonnêteté ou un motif illégitime ne sont pas nécessaires; il suffit qu'une partie ait agi d'une façon fort peu scrupuleuse compte tenu de la relation qu'elle avait avec l'autre. Les représentants de la Couronne ont agi d'une façon fort peu scrupuleuse compte tenu de cette relation et la façon dont la Couronne a agi à l'endroit de la bande, en sa qualité de fiduciaire, constituait une fraude en *equity*. Le délai de prescription prévu au paragraphe 3(4) de la Loi devrait commencer à courir le 23 mai 1989, soit la date à laquelle le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a envoyé une lettre à la bande en y joignant une copie du rapport que les experts-conseils avaient préparé en 1988 au sujet de l'aménagement des terres cédées. C'est en recevant ce rapport qu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que la bande aurait intenté, contre la Couronne, une action fondée sur le manquement à son obligation fiduciaire. Le juge de première instance a commis une erreur en omettant de tenir compte du fait que le délai de prescription de 6 ans prévu au paragraphe 3(4) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique pouvait être interrompu en vertu du paragraphe 6(3) de cette Loi.

La fiducie par interprétation est l'un des moyens dont la Cour disposait pour réparer les manquements par la Couronne à son obligation fiduciaire; il s'agit d'une réparation en *equity* fondée sur l'enrichissement sans cause. Les trois éléments d'une demande fondée sur l'enrichissement sans cause ont été prouvés. Premièrement, l'intimée s'est enrichie sans cause. Elle n'a pas utilisé les terres cédées, mais elle en a conservé le titre de propriété pendant plus de 40 ans en violation de l'obligation fiduciaire qu'elle avait

the Band has suffered a corresponding deprivation since it lost the opportunity to develop the land itself. Because of the Crown's dilatoriness, the surrendered land has sat idle and undeveloped for a period of 46 years. Although the Band received market value for the surrendered land in 1951, it had to be kept in mind that the Band would not have surrendered the land in the normal course of events. Third, there is no juristic reason for the Crown's enrichment. Under fiduciary law, the fiduciary must disgorge any benefits obtained at the expense of the beneficiary. A restitutionary remedy is required to redress fully the wrongs committed by the Crown. The imposition of a constructive trust is appropriate since it gives back to the Band an interest in the surrendered land. It can both recognize and create a right of property. Because the focus of a restitutionary remedy is to place the Band in the same position as it would have been in had the Crown not committed the second breach of fiduciary duty in 1969, the constructive trust should apply to all 22,408 acres. By providing the Band with a beneficial interest in the surrendered land, the imposition of a constructive trust allows the Band to capture the appreciation in value of the surrendered land as undeveloped land. Another remedy available to the Court is an award of equitable damages. The proper approach to equitable damages for breach of fiduciary duty is restitutionary. Equitable damages should be calculated based on the presumption that the Band would have used the land in the most advantageous way during the period that it was improperly held by the Crown. Thus, the Band can only collect equitable damages, if any, incurred from 1969 to the date of this judgment, such damages to be calculated with a view to providing full restitution to it.

envers la bande. Il importe peu que la Couronne ait utilisé les terres d'une façon productive. Deuxièmement, la bande a été victime d'un appauvrissement correspondant, car elle a été privée de la possibilité d'aménager elle-même ces terres. Parce que la Couronne a tardé à agir, les terres cédées sont demeurées inutilisées et non aménagées pendant une période de 46 ans. Bien que la bande ait obtenu un montant correspondant à la valeur marchande des terres cédées en 1951, il est bon de se rappeler qu'elle n'aurait normalement pas cédé les terres. Troisièmement, il n'existe aucun motif juridique justifiant l'enrichissement de la Couronne. Selon le droit des fiduciaires, le fiduciaire doit se déposséder de tout avantage obtenu au détriment du bénéficiaire. Il faut accorder la restitution afin de réparer pleinement le préjudice que la Couronne a causé à la bande. La création d'une fiducie par interprétation est appropriée car elle remet à la bande un droit sur les terres cédées. Elle peut servir à la fois à reconnaître et à créer un droit de propriété. Étant donné que la restitution doit fondamentalement avoir pour effet de placer la bande dans la situation où elle se serait trouvée si la Couronne n'avait pas commis le deuxième manquement, en 1969, la fiducie par interprétation devrait s'appliquer à la totalité des 22,408 acres. En conférant à la bande un droit à titre bénéficiaire sur les terres cédées, la création d'une fiducie par interprétation permet à la bande de bénéficier de l'augmentation de valeur des terres cédées en tant que terres non aménagées. À titre de réparation, la Cour peut aussi accorder des dommages-intérêts en *equity*. L'approche appropriée en ce qui concerne les dommages-intérêts en *equity* pour un manquement à une obligation fiduciaire consiste à se fonder sur le principe de la restitution. Le montant des dommages-intérêts en *equity* devrait être calculé compte tenu de la présomption selon laquelle la bande aurait utilisé les terres de la façon la plus avantageuse possible pendant la période où la Couronne les détenait d'une façon illégitime. Par conséquent, la bande peut uniquement recouvrer des dommages-intérêts en *equity*, le cas échéant, depuis 1969 jusqu'à la date du jugement de cette Cour, ce montant devant être calculé de façon à assurer la pleine restitution.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39(1).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 500, 1102(2).  
*Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 48, 64.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 37 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 2), 38 (as am. *idem*), 39 (as am. *idem*, s. 3), 40 (as am. *idem*, s. 4), 41 (as am. *idem*).  
*Indian Act (The)*, S.C. 1951, c. 29, ss. 37, 38.  
*Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236, ss. 3(2),(4), 6(3),(4),(5), 8 (as am. by S.B.C. 1994, c. 8, s. 2).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 3(2),(4), 6(3),(4),(5), 8 (mod. par S.B.C. 1994, ch. 8, art. 2).  
*Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 48, 64.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39(1).  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 37 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 2), 38 (mod., *idem*), 39 (mod., *idem*, art. 3), 40 (mod., *idem*, art. 4), 41 (mod., *idem*).  
*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 37, 38.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 500, 1102(2).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## FOLLOWED:

*Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1.

## APPLIED:

*Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 3 F.C. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (T.D.); *affd sub nom. Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1993] 3 F.C. 28; (1993), 100 D.L.R. (4th) 504; [1993] 2 C.N.L.R. 20; 151 N.R. 241 (C.A.); *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; (1987), 42 D.L.R. (4th) 81; 42 C.C.L.T. 1; [1988] 1 C.N.L.R. 152; 78 N.R. 40; 23 O.A.C. 84; 9 R.F.L. (3d) 225; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; (1989), 69 O.R. (2d) 287; 61 D.L.R. (4th) 14; 26 C.P.R. (3d) 97; *Bera v. Marr* (1986), 27 D.L.R. (4th) 161; [1986] 3 W.W.R. 442; 1 B.C.L.R. (2d) 1; 37 C.C.L.T. 21 (C.A.); *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 249 (C.A.); *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; (1980), 117 D.L.R. (3d) 257; 8 E.T.R. 143; 34 N.R. 384; 19 R.F.L. (2d) 165.

## REFERRED TO:

*Lower Kootenay Indian Band v. Canada*, [1992] 2 C.N.L.R. 54; (1991), 42 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *Sterritt v. Canada (Min. of Indian Affairs and Nor. Dev.)*, [1989] 3 C.N.L.R. 198; (1989), 27 F.T.R. 47 (F.C.T.D.); *Roberts v. Canada*, [1995] F.C.J. No. 1202 (T.D.) (QL); *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; (1992), 96 D.L.R. (4th) 289; 14 C.C.L.T. (2d) 1; 142 N.R. 321; 57 O.A.C. 321; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; (1994), 117 D.L.R. (4th) 161; [1994] 9 W.W.R. 609; 49 B.C.A.C. 1; 97 B.C.L.R. (2d) 1; 16 B.L.R. (2d) 1; 6 C.C.L.S. 1; 22 C.C.L.T. (2d) 1; 57 C.P.R. (3d) 1; 95 DTC 5135; 5 E.T.R. (2d) 1; 171 N.R. 245; 80 W.A.C. 1; *Penvidic*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS SUIVIES:

*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.); *conf. par sub nom. Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1993] 3 C.F. 28; (1993), 100 D.L.R. (4th) 504; [1993] 2 C.N.L.R. 20; 151 N.R. 241 (C.A.); *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; (1987), 42 D.L.R. (4th) 81; 42 C.C.L.T. 1; [1988] 1 C.N.L.R. 152; 78 N.R. 40; 23 O.A.C. 84; 9 R.F.L. (3d) 225; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; (1989), 69 O.R. (2d) 287; 61 D.L.R. (4th) 14; 26 C.P.R. (3d) 97; *Bera v. Marr* (1986), 27 D.L.R. (4th) 161; [1986] 3 W.W.R. 442; 1 B.C.L.R. (2d) 1; 37 C.C.L.T. 21 (C.A.); *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 249 (C.A.); *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; (1980), 117 D.L.R. (3d) 257; 8 E.T.R. 143; 34 N.R. 384; 19 R.F.L. (2d) 165.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada*, [1992] 2 C.N.L.R. 54; (1991), 42 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Sterritt c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 3 C.N.L.R. 198; (1989), 27 F.T.R. 47 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Roberts c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 1202 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; (1992), 96 D.L.R. (4th) 289; 14 C.C.L.T. (2d) 1; 142 N.R. 321; 57 O.A.C. 321; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; (1994), 117 D.L.R. (4th) 161; [1994] 9 W.W.R. 609; 49 B.C.A.C. 1; 97 B.C.L.R. (2d) 1; 16 B.L.R. (2d) 1; 6 C.C.L.S. 1; 22 C.C.L.T. (2d) 1; 57 C.P.R. (3d) 1; 95 DTC 5135; 5 E.T.R. (2d) 1; 171 N.R. 245; 80 W.A.C.

*Contracting Co. Ltd. v. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 267; (1975), 53 D.L.R. (3d) 748; 4 N.R. 1; *Fales et al. v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302; (1976), 70 D.L.R. (3d) 257; [1976] 6 W.W.R. 10; 11 N.R. 48; *Sisters of Charity of Rockingham v. The King* (1922), 67 D.L.R. 209 (P.C.).

## AUTHORS CITED

*Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1990, "unconscionable".  
 Todd, E. C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1992.  
 Weinrib, E. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Trial Division decision ((1995), 128 D.L.R. (4th) 542; [1996] 1 C.N.L.R. 210; 101 F.T.R. 198) dismissing the appellants' motion for summary judgment. Appeal allowed, cross-appeal dismissed.

## COUNSEL:

*Gary S. Snarch* and *Murray Braithwaite* for appellants.  
*John R. Haig, Q.C.*, for respondent.

## SOLICITORS:

*Snarch & Allen*, Vancouver, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] ISAAC C.J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division, pronounced on 28 September 1995 [(1995), 128 D.L.R. (4th) 542], which dismissed the appellants' motion for summary judgment. The appeal concerns the nature and scope of the historic fiduciary duty which the Crown in right of Canada owes to Indian bands in the surrender of reserve land, and the application of statutory limitation periods to actions by Indian bands for breach of that duty.

1; *Penvidic Contracting Co. Ltd. c. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 267; (1975), 53 D.L.R. (3d) 748; 4 N.R. 1; *Fales et autres c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302; (1976), 70 D.L.R. (3d) 257; [1976] 6 W.W.R. 10; 11 N.R. 48; *Sisters of Charity of Rockingham v. The King* (1922), 67 D.L.R. 209 (C.P.).

## DOCTRINE

*Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1990, «unconscionable».  
 Todd, E. C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1992.  
 Weinrib, E. «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision de la Section de première instance ((1995), 128 D.L.R. (4th) 542; [1996] 1 C.N.L.R. 210; 101 F.T.R. 198) rejetant la requête en jugement sommaire des appelants. Appel accueilli, appel incident rejeté.

## AVOCATS:

*Gary S. Snarch* et *Murray Braithwaite* pour les appelants.  
*John R. Haig, c.r.*, pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Snarch & Allen*, Vancouver, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE EN CHEF ISAAC: Il s'agit d'un appel du jugement par lequel la Section de première instance a rejeté, le 28 septembre 1995 [(1995), 128 D.L.R. (4th) 542], la requête que les appelants avaient présentée en vue d'obtenir un jugement sommaire. L'appel porte sur la nature et l'étendue de l'obligation fiduciaire traditionnelle que la Couronne du chef du Canada a envers les bandes indiennes en ce qui concerne la cession des terres d'une réserve, ainsi que sur l'application des délais de prescription prévus par la loi aux actions intentées par les bandes indiennes par suite du manquement à cette obligation.

## FACTS

[2] The essential facts in this case, most of which the learned Trial Judge ascertained from the documentary evidence obtained from the respondent's files, may be summarized as follows.

[3] In 1889, the respondent designated approximately 382 acres of land in British Columbia as reserve land (the reserve) for the use and benefit of the Semiahmoo Indian band (the Band) within the meaning of the *Indian Act*<sup>1</sup> and its predecessor enactments. The reserve is located just north of the international border between Canada and the United States of America along the body of water known as Semiahmoo Bay.

[4] On at least three separate occasions subsequent to the creation of the reserve, the respondent has "taken back" some of the reserve land; once by means of expropriation,<sup>2</sup> and on at least two other occasions, by obtaining surrenders from the Band. In 1943, the respondent obtained an absolute surrender of 5.74 acres of the reserve, land which was subsequently transferred to the Province of British Columbia to be used as a provincial park.<sup>3</sup> In 1951, the respondent obtained an absolute surrender of another 22.408 acres of the reserve. It is the 1951 surrender that is the subject of the present proceedings.

### The 1951 Surrender

[5] In 1949, the Department of Public Works (Public Works) began to consider the possibility that Canada's customs facilities at the Douglas Border Crossing, a crossing adjacent to the reserve, would have to be expanded. The road configuration in the area had become unsatisfactory. This was due in large part to the fact that the creation of the Peace Arch Park by the Province of British Columbia had caused a significant increase in traffic congestion. In August of 1949, overtures were made to the Band to see if they would consider surrendering part of the reserve for an expanded customs facility. The results, however, were inconclusive. At least two members of the Band who had been allocated parts of the land being discussed refused to agree to a surrender at that time, in part

## LES FAITS

[2] Les faits essentiels de la présente espèce, que le juge de première instance a en général établis à l'aide de la preuve documentaire figurant dans les dossiers de l'intimée, peuvent être résumés comme suit.

[3] En 1889, l'intimée a désigné un terrain d'environ 382 acres situé en Colombie-Britannique comme terre de réserve (la réserve) à l'usage et au profit de la bande indienne de Semiahmoo (la bande) au sens de la *Loi sur les Indiens*<sup>1</sup> et des textes législatifs qui ont précédé cette loi. La réserve est située juste au nord de la frontière internationale canado-américaine le long d'une nappe d'eau connue sous le nom de baie Semiahmoo.

[4] En trois occasions au moins après la création de la réserve, l'intimée a «repris possession» d'une partie des terres de la réserve, soit une fois par voie d'expropriation<sup>2</sup> et au moins deux autres fois en obtenant des cessions de la bande. En 1943, l'intimée a obtenu la cession absolue de 5,74 acres situées dans la réserve, terrain qui a par la suite été transféré à la province de la Colombie-Britannique pour être utilisé comme parc provincial<sup>3</sup>. En 1951, l'intimée a obtenu la cession absolue d'une autre parcelle de 22,408 acres située dans la réserve. C'est la cession de 1951 qui est ici en cause.

### La cession de 1951

[5] En 1949, le ministère des Travaux publics (Travaux publics) a commencé à envisager la possibilité d'agrandir les installations douanières du Canada au passage de la frontière de Douglas, qui était adjacent à la réserve. La configuration des routes dans le secteur n'était plus satisfaisante. La chose était en bonne partie attribuable au fait que la création du parc Peace Arch par la province de la Colombie-Britannique avait contribué à une augmentation importante de la circulation. En août 1949, on a fait des ouvertures à la bande en vue de voir si elle était prête à céder une partie de la réserve en vue de l'agrandissement de l'installation douanière. Toutefois, les résultats n'étaient pas concluants. Au moins deux membres de la bande auxquels une partie des terres en

because the government had not set out the purchase price that it was prepared to offer.

[6] In the fall of 1951, government officials finally made a proposal to the Band, asking for the surrender of 22,408 acres of the reserve. In her reasons for judgment, the learned Trial Judge found that “not all of this land was needed immediately for an expanded customs facility. It is not entirely clear why excess land was acquired.”<sup>4</sup> A letter internal to Public Works dated 12 July 1951 suggests that at least a small part of the excess land was acquired in order to “provide a barrier for picnickers to gain access to the international Peace Arch Park without reporting to Customs.”<sup>5</sup> The Trial Judge speculated, however, that Public Works might have sought the excess land in the 1951 surrender in order to avoid having to acquire a further parcel at some time in the future should the customs facility have to be expanded again.<sup>6</sup>

[7] On 3 November 1951, the Band agreed to an absolute surrender of 22,408 acres of the reserve (the surrendered land) for \$550 per acre. No appraisal of the value of the land was done before setting the final price. The Trial Judge found that the Band would not have surrendered the land “in the normal course of events”, although “they might have subdivided it for occupation by others under long-term leases.”<sup>7</sup> The Band knew at all times that the respondent had the right to expropriate the land for public purposes if the Band refused to surrender it.

[8] The absolute surrender was accepted by the Governor in Council on 27 November 1951 by Order in Council P.C. 6346. The purpose advanced by the respondent for the surrender was that the land would be used to accommodate an expanded customs facility. Since then, the respondent has retained title to the surrendered land, but most of it remains unused for customs facilities or for any other public purpose.

cause avaient été attribuées ont refusé de consentir à la cession à ce moment-là, en partie parce que le gouvernement n'avait pas fixé le prix d'achat qu'il était prêt à offrir.

[6] À l'automne 1951, les représentants du gouvernement ont finalement fait une proposition à la bande et lui ont demandé de céder 22,408 acres. Dans les motifs de son jugement, le juge de première instance a conclu qu'«il n'était pas nécessaire d'obtenir sur le champ la totalité de ce terrain pour agrandir les installations douanières. La raison pour laquelle des terres excédentaires ont été acquises n'est pas tout à fait claire»<sup>4</sup>. Dans une communication interne datée du 12 juillet 1951 adressée à Travaux publics, on laisse entendre qu'au moins une petite partie des terres excédentaires a été acquise dans le but d'[TRADUCTION] «empêcher les pique-niqueurs d'accéder au parc international Peace Arch sans se présenter aux Douanes»<sup>5</sup>. Toutefois, le juge de première instance a supposé que Travaux publics avait peut-être demandé les terres excédentaires, lors de la cession de 1951, afin d'éviter d'avoir à acquérir plus tard une autre parcelle s'il s'avérait nécessaire d'agrandir de nouveau l'installation douanière<sup>6</sup>.

[7] Le 3 novembre 1951, la bande a consenti à la cession absolue de 22,408 acres de terres situées dans la réserve (les terres cédées) pour la somme de 550 \$ l'acre. La valeur des terrains n'a pas été déterminée avant que le prix final soit fixé. Le juge de première instance a conclu que la bande n'aurait «normalement» pas cédé le terrain, même si «elle avait pu le subdiviser pour que d'autres personnes l'occupent en vertu de baux à long terme»<sup>7</sup>. La bande a toujours su que l'intimée avait le droit d'exproprier les terres à des fins publiques si elle refusait de les céder.

[8] La cession absolue a été acceptée par le gouverneur en conseil le 27 novembre 1951 par le décret C.P. 6346. L'intimée a affirmé, pour justifier la cession, que les terres seraient utilisées pour qu'on y construise une installation douanière plus grande. Depuis lors, l'intimée a conservé le titre de propriété des terres cédées, mais la plupart d'entre elles ne sont toujours pas utilisées aux fins des installations douanières ou à d'autres fins publiques.



### Events After the 1951 Surrender

[9] On many occasions subsequent to the surrender, the Band asked the respondent about its intended use for the surrendered land and about whether some or all of it could be returned to the Band since it did not appear to be required for a public purpose. The Band's first recorded inquiry regarding the surrendered land occurred in 1962, prompted by the offer of a private corporation to lease approximately 2-3 acres of this land from Public Works.<sup>8</sup> Learning of this offer, the Band passed a resolution on 14 May 1962 to negotiate return of this segment of the reserve on the basis that it "has not been developed and is apparently not required."<sup>9</sup> The respondent, however, refused to return the land to the Band because, in the words of the Deputy Minister of the Department of National Revenue (National Revenue), officials of the Customs Branch could "foresee possible expansion of their facilities in the not too distant future."<sup>10</sup>

[10] The Band renewed their efforts to reacquire the surrendered land beginning in 1967, since no development was taking place on it. On 10 July 1967, the Band resolved that the Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND)<sup>11</sup> should undertake to prepare a land-use study to determine the best long-term use for the surrendered land.<sup>12</sup> In a note accompanying the resolution, Chief Bernard Charles explained that the Band was "taking this action only with the hope that in doing so [*sic*] that we will be closer to achieving the long-awaited development of the Semiahmoo."<sup>13</sup>

[11] By letter dated 23 May 1968, Chief Charles again inquired into the delays in the production of the land-use survey.<sup>14</sup> Approximately six months later, the Band received preliminary plans for development on the surrendered land, which included the proposed construction of a marina. In a resolution dated 5 December 1968, the Band approved the preliminary

### Événements postérieurs à la cession de 1951

[9] À maintes reprises après la cession, la bande a demandé à l'intimée de quelle façon elle entendait utiliser les terres cédées et si ces terres pouvaient lui être restituées en totalité ou en partie étant donné qu'on ne semblait pas en avoir besoin à des fins publiques. La première demande de renseignements présentée par la bande au sujet des terres cédées qui a été enregistrée a été faite en 1962, à la suite de l'offre qu'avait faite une compagnie privée en vue de louer environ deux à trois acres de ces terres à Travaux publics<sup>8</sup>. En apprenant que cette offre avait été faite, la bande a adopté, le 14 mai 1962, une résolution en vue de négocier la restitution de cette partie de la réserve pour le motif qu'elle [TRADUCTION] «n'a[vait] pas été mise en valeur et qu'on n'en a[vait] apparemment pas besoin»<sup>9</sup>. Toutefois, l'intimée a refusé de restituer les terres à la bande parce que, comme l'a dit le sous-ministre du Revenu national (le Revenu national), les fonctionnaires de la Direction des douanes [TRADUCTION] «prévoient agrandir leurs installations dans un avenir plus ou moins rapproché»<sup>10</sup>.

[10] À partir de 1967, la bande a redoublé ses efforts en vue d'acquérir de nouveau les terres cédées, étant donné qu'on ne les mettait pas en valeur. Le 10 juillet 1967, la bande a adopté une résolution selon laquelle le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC)<sup>11</sup> devait s'engager à préparer une étude en vue de déterminer quelle serait à long terme la meilleure utilisation des terres cédées<sup>12</sup>. Dans une note qui était jointe à la résolution, le chef Bernard Charles expliquait que la bande [TRADUCTION] «pren[ait] cette mesure uniquement dans l'espoir que, ce faisant, elle puisse plus facilement procéder à l'aménagement de la réserve de Semiahmoo prévu depuis si longtemps»<sup>13</sup>.

[11] Par une lettre datée du 23 mai 1968, le chef Charles a de nouveau demandé des renseignements au sujet des retards qui s'étaient produits dans la publication de l'étude relative à l'utilisation des terres<sup>14</sup>. Environ six mois plus tard, la bande a reçu des plans préliminaires d'aménagement des terres cédées, lesquels prévoyaient la construction d'une marina.

plans.<sup>15</sup>

[12] A final version of a consultant's report concerning the proposed development plan was sent to the Band on 8 April 1969.<sup>16</sup> From the proposed development plan, officials of DIAND's Fraser Indian District learned that the surrendered land would not be used to build an expanded customs facility in the foreseeable future. In an internal DIAND memorandum, one official stated that "In view of total developments in this area it would seem advisable to secure the return of this property as there can be no foreseeable extension of Customs properties in this area."<sup>17</sup>

[13] It was these events which led the Band, in 1969, to pass a formal council resolution recommending that DIAND take immediate action to reacquire on behalf of the Band the 22,408 acres of land surrendered in 1951.<sup>18</sup> Officials of DIAND's Fraser Indian District agreed with the Band's position. In a memorandum dated 20 May 1969, R. J. C. Ford, the District Supervisor, recommended to DIAND's Regional Director for British Columbia and the Yukon that DIAND re-purchase the surrendered land on behalf of the Band because the land had not been developed, nor were there any specific plans to develop it in the foreseeable future.<sup>19</sup>

[14] Various inquiries were made by DIAND to Public Works and National Revenue in order to attempt to carry out this recommendation. National Revenue, however, refused to release the surrendered land "due to foreseeable expansion requirements" for its customs facility at Douglas, B.C.<sup>20</sup> By letter dated 2 June 1969, J. A. MacDonald, then Deputy Minister of DIAND, wrote to the Deputy Minister of Public Works to suggest again that the surrendered land should be returned to the Band. In it, he states that "[i]t appears that the possible expansion foreseen seven years ago [in 1962] by the officials of the Customs Branch has never materialized. Therefore I

Dans une résolution datée du 5 décembre 1968, la bande a approuvé les plans préliminaires<sup>15</sup>.

[12] La version finale d'un rapport d'expert-conseil concernant le plan d'aménagement a été envoyée à la bande le 8 avril 1969<sup>16</sup>. En consultant le plan en question, les fonctionnaires du district indien du Fraser au MAINC se sont aperçus que les terres cédées ne seraient pas utilisées dans un avenir rapproché aux fins de l'agrandissement de l'installation douanière. Dans une note de service interne du MAINC, voici ce que disait un fonctionnaire: [TRADUCTION] «Étant donné tous les projets dans cette région, il semblerait opportun d'obtenir la restitution de cette propriété puisque les installations douanières de la région ne peuvent pas être agrandies dans un avenir rapproché<sup>17</sup>.»

[13] Ce sont ces événements qui ont amené la bande, en 1969, à adopter une résolution officielle par laquelle le conseil recommandait au MAINC de prendre des mesures immédiates en vue de reprendre, pour le compte de la bande, les 22,408 acres qui avaient été cédées en 1951<sup>18</sup>. Les fonctionnaires du district indien du Fraser au MAINC souscrivaient à la position de la bande. Dans une note de service datée du 20 mai 1969, le superviseur du district, R. J. C. Ford, a recommandé au directeur de la région de la Colombie-Britannique et du Yukon au MAINC le rachat par le MAINC des terres cédées pour le compte de la bande parce que celles-ci n'avaient pas été mises en valeur et qu'il n'existait pas de projet précis en vue de leur aménagement dans un avenir rapproché<sup>19</sup>.

[14] Le MAINC a présenté diverses demandes de renseignements à Travaux publics et à Revenu national afin d'essayer de donner suite à cette recommandation. Toutefois, Revenu national a refusé de céder les terres [TRADUCTION] «à cause des exigences relatives à l'agrandissement prévu» de son installation douanière, à Douglas (Colombie-Britannique)<sup>20</sup>. Par une lettre datée du 2 juin 1969, J. A. MacDonald, qui était alors sous-ministre au MAINC, a écrit au sous-ministre de Travaux publics pour lui proposer de nouveau de restituer les terres à la bande. Dans cette lettre, M. MacDonald dit ceci: [TRADUCTION] «Il semble qu'on n'ait jamais procédé aux travaux d'agrandisse-

question whether favourable consideration should be given by your Department to arranging a re-transfer of the area to the Band.”<sup>21</sup>

[15] The responses to this further inquiry were primarily to the effect that a land-use study was being undertaken and that no recommendation could be made until such time as the study was completed.<sup>22</sup> At least one response suggested that some of the land could be returned to the Band, and that the land-use study would reveal the exact size of the surplus land that could be released.<sup>23</sup>

[16] The Deputy Minister of Public Works, however, later resiled from this statement. Public Works was reluctant to authorize transfer of the land back to DIAND for the use and benefit of the Band until it was aware of the Band’s specific plans for the surrendered land. In a letter dated 29 April 1971, the Deputy Minister of Public Works stated to an Assistant Deputy Minister of DIAND that, since several hundred acres of the reserve remained undeveloped, it seemed “pointless to return it [the surrendered land] to them merely because it is not being used at the present time by the Department of National Revenue.” The Deputy Minister of Public Works went on to conclude that “it is reasonable to suggest that the land remain under the control of the Department of Public Works unless the Indian band can clearly demonstrate that it can be put to beneficial use.”<sup>24</sup>

[17] This change in the course of negotiations caused considerable consternation amongst members of the Band. Nevertheless, on every subsequent occasion, officials from National Revenue and Public Works responded to the Band’s inquiries by stating either that the surrendered land was needed for foreseeable expansion of the customs facility at Douglas, B.C. or that a study was being prepared regarding its development.

ment prévus il y a sept ans [en 1962] par les fonctionnaires de la Direction des douanes. Par conséquent, je me demande si votre ministère ne doit pas songer à prendre des dispositions en vue de transférer de nouveau les terres à la bande<sup>21</sup>.»

[15] On a répondu à cette demande additionnelle en disant principalement que l’étude relative à l’utilisation des terres était en cours et qu’aucune recommandation ne pouvait être faite tant que l’étude ne serait pas terminée<sup>22</sup>. Dans au moins une réponse, on laissait entendre que les terres pouvaient être en partie restituées à la bande et que l’étude relative à l’utilisation des terres indiquerait la superficie exacte des terres excédentaires qui pouvaient être cédées<sup>23</sup>.

[16] Toutefois, le sous-ministre des Travaux publics s’est par la suite dédit. Travaux publics hésitait à autoriser le transfert des terres au MAINC à l’usage et au profit de la bande tant qu’il ne serait pas au courant des projets précis que la bande avait à l’égard des terres cédées. Dans une lettre datée du 29 avril 1971, le sous-ministre des Travaux publics disait à un sous-ministre adjoint au MAINC qu’étant donné que plusieurs centaines d’acres de terres de la réserve n’étaient toujours pas mises en valeur, il semblait [TRADUCTION] «inutile de les restituer [les terres cédées] simplement parce que le ministère du Revenu national ne les utilis[ait] pas». Le sous-ministre des Travaux publics a ensuite conclu qu’ [TRADUCTION] «il [était] raisonnable de proposer que le ministère des Travaux publics continue à exercer un contrôle sur les terres à moins que la bande indienne ne puisse clairement démontrer que celles-ci p[ouvaient] être utilisées d’une façon avantageuse»<sup>24</sup>.

[17] Le changement qui est survenu au cours des négociations a suscité énormément de consternation parmi les membres de la bande. Néanmoins, à chaque occasion subséquente, les fonctionnaires de Revenu national et de Travaux publics ont répondu aux demandes de renseignements de la bande en disant qu’on avait besoin des terres cédées aux fins de l’agrandissement de l’installation douanière, à Douglas (Colombie-Britannique), dans un avenir rapproché, ou encore que la question de l’aménagement des terres était à l’étude.

[18] There is, in the written record, a dearth of correspondence between the years 1974 and 1987. In 1987, however, the Band retained legal counsel for the first time. This prompted inquiries within DIAND.<sup>25</sup> DIAND, in turn, wrote to Public Works advising them that they had undertaken in 1971 to do a land-use study with respect to the surrendered land but still had not released a report to this end.<sup>26</sup> DIAND inquired as to whether the unused surrendered land could be returned to the Band.

[19] In the meantime, Public Works had been receiving considerable expressions of interest in the surrendered land from the private sector, including a local yacht club. As a result, Public Works established a study team in March 1988 to look into possible "interim uses" for the surrendered land.<sup>27</sup> By letter dated 7 July 1988, Public Works informed DIAND that it was their view that "disposal of the [surrendered] lands in this extremely strategic location would be shortsighted." The letter also stated that Public Works was "conducting a study to seek out possible compatible interim uses which would generate revenue whilst the lands are being held."<sup>28</sup>

[20] In July 1988, the Public Works study team retained consultants to prepare a market overview and site analysis for approximately eight acres of the surrendered land. A letter dated 12 July 1988 from Laventhol & Horwath, the consultants hired to perform the study, indicates that Public Works commissioned the study in view of the fact that it had no foreseeable public use in mind for the surrendered land at that time. The letter states in part:

We understand that Public Works Canada controls a site of approximately eight acres near the Canada/U.S. border at White Rock, B.C. This site is not required for any federal government use in the foreseeable future and consideration is now being given to granting a 40-50 year lease to permit its development by the private sector.

[18] Dans le dossier, il y a peu de lettres datant des années 1974 à 1987. Toutefois, en 1987, la bande a pour la première fois retenu les services d'un conseiller juridique. Cela a suscité des demandes de renseignements au sein du MAINC<sup>25</sup>. De son côté, le MAINC a écrit à Travaux publics pour l'informer qu'en 1971, on avait entrepris une étude sur l'utilisation des terres cédées, mais qu'aucun rapport n'avait encore été publié<sup>26</sup>. Le MAINC se demandait si les terres cédées inutilisées pouvaient être restituées à la bande.

[19] Dans l'intervalle, des représentants du secteur privé et, entre autres, un club de navigation de plaisance local, avaient fait part à Travaux publics du vif intérêt qu'ils portaient aux terres cédées. Travaux publics a donc formé, en mars 1988, un groupe d'étude chargé d'examiner les «utilisations provisoires» possibles des terres cédées<sup>27</sup>. Par une lettre datée du 7 juillet 1988, Travaux publics a informé le MAINC qu'à son avis, [TRADUCTION] «l'aliénation des terres [cédées] situées à cet endroit très stratégique ferait preuve d'un manque de clairvoyance». Dans la lettre, on disait également que Travaux publics avait [TRADUCTION] «effectué une étude en vue de découvrir les utilisations provisoires compatibles possibles qui génèreraient un revenu pendant que les terres [étaient] détenues»<sup>28</sup>.

[20] En juillet 1988, le groupe d'étude de Travaux publics a retenu les services d'experts-conseils en vue de préparer une étude de marché et une analyse de l'emplacement relativement à environ huit acres de terres cédées. Une lettre datée du 12 juillet 1988 de Laventhol & Horwath, experts-conseils embauchés pour effectuer l'étude, montre que Travaux publics avait demandé l'étude en se fondant sur le fait qu'à ce moment-là, on n'envisageait aucune utilisation publique des terres cédées dans un avenir rapproché. La lettre dit notamment ceci:

[TRADUCTION] Nous croyons comprendre que Travaux publics Canada contrôle un emplacement d'environ huit acres près de la frontière canado-américaine, à White Rock (Colombie-Britannique). L'administration fédérale n'a pas besoin de cet emplacement dans un avenir rapproché et on songe maintenant à accorder un bail de 40 à 50 ans en vue de permettre son aménagement par le secteur privé.

While department consideration has been given to several potential uses, it seems possible that a resort development may represent the highest and best use of the land given its location, leasehold nature and access. To better assess this alternative, you have requested our assistance as consultants knowledgeable in the hospitality/resort industry, to prepare a market and site assessment of such a land use.<sup>29</sup>

[21] By letter dated 16 August 1988, the Band's legal counsel informed DIAND that Chief Charles had instructed them to research the Band's legal position with a view to determining whether the Band had a valid claim at law in respect of the surrendered land.<sup>30</sup>

[22] On 27 September 1988, the consultants delivered to Public Works the completed market overview and site analysis study. Approximately one month later, on 28 October 1988, a meeting was held between Chief Charles, the Band's legal counsel, and officials from Public Works and DIAND. At that meeting, Public Works agreed, *inter alia*, to provide the Band with any information that it had on the proposed marina development.<sup>31</sup> There is no indication in the minutes of the meeting, however, that Public Works informed Chief Charles or the Band's legal counsel about the consultants' study that Public Works had received in respect of the surrendered land.

[23] The Band's legal counsel wrote to DIAND again on 10 May 1989, expressing concern that none of the undertakings made by Public Works at the meeting of 28 October 1988 had been carried out.<sup>32</sup> In response, a DIAND official forwarded to the Band's legal counsel under cover of a letter dated 23 May 1989, a copy of the 1988 consultants' report on the proposed development of the surrendered land.<sup>33</sup>

[24] In essence, the 1988 report concluded based on a market overview and site analysis that a resort on the site would have considerable positive elements, and that the proposed marina development by the International Yacht Club of White Rock being con-

Le ministère a examiné diverses utilisations possibles, mais il semble que l'aménagement des terres sous la forme d'un lieu de villégiature représente l'utilisation optimale des terres compte tenu de leur emplacement, de la nature de la tenure à bail et de l'accès. Pour mieux évaluer cette possibilité, vous nous avez demandé de vous aider, en notre qualité d'experts-conseils dans le domaine de l'hôtellerie et des lieux de villégiature, à préparer une étude de marché et une analyse de l'emplacement aux fins de pareille utilisation des terres<sup>29</sup>.

[21] Par une lettre datée du 16 août 1988, le conseiller juridique de la bande a informé le MAINC que le chef Charles lui avait demandé de faire des recherches sur la situation juridique de la bande en vue de déterminer si celle-ci disposait d'un recours valide en droit à l'égard des terres cédées<sup>30</sup>.

[22] Le 27 septembre 1988, les experts-conseils ont remis l'étude de marché et l'analyse de l'emplacement à Travaux publics. À peu près un mois plus tard, le 28 octobre 1988, une rencontre a eu lieu entre le chef Charles, le conseiller juridique de la bande et les représentants de Travaux publics et du MAINC. Lors de cette rencontre, Travaux publics a entre autres convenu de donner à la bande tout renseignement dont le Ministère disposait au sujet de la marina envisagée<sup>31</sup>. Toutefois, rien ne montre, dans le procès-verbal de la réunion, que Travaux publics ait mis le chef Charles ou le conseiller juridique de la bande au courant de l'étude des experts-conseils que Travaux publics avait reçue à l'égard des terres cédées.

[23] Le 10 mai 1989, le conseiller juridique de la bande a de nouveau envoyé au MAINC une lettre dans laquelle il lui faisait part du fait qu'il s'inquiétait de ce qu'aucun des engagements pris par Travaux publics lors de la rencontre du 28 octobre 1988 n'avait été respecté<sup>32</sup>. En réponse, un fonctionnaire du MAINC a envoyé au conseiller juridique de la bande, avec une lettre d'accompagnement datée du 23 mai 1989, une copie du rapport des experts-conseils de 1988 sur l'aménagement prévu des terres cédées<sup>33</sup>.

[24] Les auteurs du rapport de 1988 concluaient essentiellement que, compte tenu de l'étude de marché et de l'analyse de l'emplacement, la présence d'un lieu de villégiature comporterait énormément d'avantages et que la marina que l'International Yacht Club de

sidered by Public Works would enhance the suitability of the site as a resort. The report found only one major impediment to such development; the restricted access to the waterfront created by, and the noise generated from, daily train activity on the Burlington Northern Railway's transportation corridor adjacent to the west border of the site. The 1988 report considered the fact that most of the Semiahmoo Indian reserve was in its "natural state" to be a positive factor for the proposed development of a resort.

[25] On 3 July 1990, the appellants filed their statement of claim in this action, alleging that the respondent breached its fiduciary duty to the Band in the 1951 surrender. The Band alleged that the price paid for the land in the original surrender was inadequate and that the respondent failed to protect the best interests of the Band when it consented to an absolute surrender (i.e., without a reversionary clause) of the surrendered land even though the respondent did not have a foreseeable use in mind for the land at the time that it consented to, and encouraged the Band to consent to, the 1951 surrender.

[26] On 29 April 1992, almost two years after this litigation was commenced, consultants commissioned by Public Works completed a study entitled the Douglas Border Crossing Redevelopment Study, which recommended a major redevelopment of the customs facilities on a portion of the surrendered land. The 1992 study was commissioned and completed on the assumption that the existing facility was inadequate.

#### REASONS OF THE TRIAL JUDGE

[27] The learned Trial Judge found that there was no evidence to support the appellants' claim that the price paid by the respondent for the surrendered land was below market value. The Trial Judge also found that there was no term, express or implied, in the surrender agreement which required that the surrendered land be

White Rock se proposait d'aménager et à laquelle Travaux publics songeait faciliterait la création d'un lieu de villégiature. Selon le rapport, il n'y avait qu'un obstacle majeur, soit que le trafic quotidien, dans le couloir de circulation de la Burlington Northern Railway adjacent à la limite ouest de l'emplacement, avait pour effet de restreindre l'accès au secteur riverain et que ce trafic était une source de bruit. Les auteurs du rapport estimaient que le fait que presque toute la réserve indienne de Semiahmoo était dans son «état naturel» constituait un élément favorable aux fins de l'aménagement envisagé d'un lieu de villégiature.

[25] Le 3 juillet 1990, les appelants ont déposé dans la présente action une déclaration dans laquelle ils alléguaient que l'intimée avait manqué à l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande lors de la cession de 1951. La bande alléguait que le prix payé pour les terres lors de la cession initiale était insuffisant et que l'intimée avait omis de protéger ses intérêts en consentant à une cession absolue (c'est-à-dire sans clause de réversibilité) des terres cédées même si elle n'envisageait pas une utilisation des terres dans un avenir rapproché au moment où elle avait consenti, et avait encouragé la bande à consentir, à la cession de 1951.

[26] Le 29 avril 1992, près de deux ans après le début du présent litige, les experts-conseils dont les services avaient été retenus par Travaux publics ont achevé leur étude sur le réaménagement du passage de frontière de Douglas; ils recommandaient que de gros travaux de réaménagement des installations douanières soient exécutés sur une partie des terres cédées. L'étude de 1992 avait été demandée et achevée compte tenu de l'hypothèse selon laquelle l'installation existante était inadéquate.

#### MOTIFS DU JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

[27] Le juge de première instance a conclu qu'aucun élément de preuve n'était l'allégation des appelants selon laquelle le prix payé par l'intimée pour les terres cédées était inférieur à la valeur marchande des terres. Le juge a également conclu que l'accord de cession ne renfermait aucune condition expresse ou implicite

returned to the Band if it was not used for the purposes of establishing an expanded customs facility. Nevertheless, the Trial Judge concluded that the respondent breached its fiduciary duty to the Band in consenting to the 1951 surrender.

[28] The Trial Judge held that the respondent, as a fiduciary of the Band, was obliged either to condition the taking of reserve land with a reversionary clause whereby the land reverts to the Band if it was not used for the stated public purpose, or to ensure, by some other mechanism, that the surrender and use of the land for the public purpose caused the least possible impairment of the rights of the Band. The Trial Judge held that the respondent failed to live up to its fiduciary duty in this case because it obtained the surrender without a present need for the whole area, and it failed to design the surrender in such a way as to impair minimally the rights of the Band. Instead, the respondent acquired more land than it required for its stated purpose (expanding the existing customs facility), and it did so by way of absolute surrender. The Trial Judge, therefore, concluded that the respondent breached its fiduciary duty to the Band in consenting to the 1951 surrender.

[29] The Trial Judge, however, held that the cause of action of the Band for this breach of fiduciary duty was statute-barred by operation of the 6-year limitation period and the 30-year ultimate limitation period found in the British Columbia *Limitation Act*.<sup>34</sup> The Trial Judge cited a number of cases in support of this conclusion, but did not analyze them in her reasons for judgment.<sup>35</sup> The Trial Judge rejected without reasons the argument that, because the respondent has retained ownership and control of the surrendered land, the breach of fiduciary duty did not simply occur in 1951 but rather constituted a “continuing breach” by the respondent which was not barred by any limitation period. The Trial Judge also rejected without reasons the constitutional arguments made by counsel for the Band.

stipulant que les terres cédées devaient être restituées à la bande si elles n'étaient pas utilisées aux fins de l'agrandissement de l'installation douanière. Le juge a néanmoins conclu que l'intimée avait manqué à l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande en consentant à la cession de 1951.

[28] Le juge de première instance a statué qu'en sa qualité de fiduciaire, l'intimée était tenue d'assujettir la prise des terres de la réserve à une clause de réversibilité prévoyant que les terres seraient restituées à la bande si elles n'étaient pas utilisées aux fins publiques énoncées, ou de s'assurer, par quelque autre mécanisme, que la cession et l'utilisation des terres à des fins publiques portent le moins possible atteinte aux droits de la bande. Le juge de première instance a statué que l'intimée avait omis de respecter son obligation fiduciaire dans ce cas-ci parce qu'elle avait obtenu la cession sans avoir besoin, à ce moment-là, de toutes les terres, et qu'elle avait omis d'organiser la cession de façon à porter le moins possible atteinte aux droits de la bande. L'intimée avait plutôt acquis plus de terres qu'elle n'en avait besoin aux fins énoncées (soit l'agrandissement de l'installation douanière existante) et elle l'avait fait au moyen d'une cession absolue. Le juge de première instance a donc conclu que l'intimée avait manqué à l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande en consentant à la cession de 1951.

[29] Toutefois, le juge de première instance a statué que la cause d'action de la bande à l'égard de ce manquement à l'obligation fiduciaire était prescrite par suite de l'application du délai de prescription de 6 ans et du délai de prescription final de 30 ans prévus dans la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique<sup>34</sup>. Le juge de première instance a cité un certain nombre d'arrêts à l'appui de cette conclusion, mais elle ne les a pas analysés dans ces motifs de jugement<sup>35</sup>. Le juge de première instance a rejeté sans donner de motifs l'argument selon lequel, parce que l'intimée avait conservé la propriété et le contrôle des terres cédées, le manquement à l'obligation fiduciaire ne s'était pas simplement produit en 1951, mais constituait plutôt un «manquement continu» qui n'était pas visé par un délai de prescription. Le juge de première instance a également rejeté sans donner de motifs les arguments

d'ordre constitutionnel invoqués par l'avocat de la bande.

#### ISSUES ON APPEAL AND CROSS-APPEAL

[30] The appellant Band objects to the Trial Judge's conclusion that the Band's claim for breach of fiduciary duty is statute-barred by operation of the B.C. *Limitation Act*. The respondent cross-appeals on the basis that the Trial Judge erred in finding that the respondent breached its fiduciary duty to the Band in the 1951 surrender. The issues on appeal and cross-appeal are best organized as follows:

(1) whether the Trial Judge erred in finding that the respondent was in breach of its fiduciary duty to the Band in the 1951 surrender;

(2) whether the Trial Judge erred in failing to find a post-surrender breach of fiduciary duty by the respondent (after 1951), and in applying the 30-year ultimate limitation period prescribed in section 8 [as am. by S.B.C. 1994, c. 8, s. 2] of the B.C. *Limitation Act* to bar the Band's cause of action;

(3) whether the Trial Judge erred in failing to find that new causes of action for breach of fiduciary duty arose in the years after 1951 on the basis of equitable fraud; and

(4) whether the Trial Judge erred in applying the 6-year limitation period prescribed in subsection 3(4) of the B.C. *Limitation Act*, and in failing to postpone the running of time in accordance with subsection 6(3) of that Act.

(1) WHETHER THE TRIAL JUDGE ERRED IN FINDING THAT THE RESPONDENT WAS IN BREACH OF ITS FIDUCIARY DUTY TO THE

#### QUESTIONS FAISANT L'OBJET DE L'APPEL ET DE L'APPEL INCIDENT

[30] La bande appelante s'oppose à la conclusion que le juge de première instance a tirée, à savoir que la réclamation que la bande avait faite par suite du manquement à l'obligation fiduciaire est prescrite en vertu de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique. L'intimée interjette un appel incident en se fondant sur le fait que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'elle avait manqué à l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande lors de la cession de 1951. Voici les questions qui font l'objet de l'appel et de l'appel incident:

(1) le juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l'intimée avait manqué à l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers le bande lors de la cession de 1951?

(2) le juge de première instance a-t-elle commis une erreur en omettant de conclure que l'intimée avait manqué à son obligation fiduciaire après la cession (soit après 1951) et en appliquant à la cause d'action de la bande le délai de prescription final de 30 ans prévu à l'article 8 [mod. par S.B.C. 1994, ch. 8, art. 2] de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique?

(3) le juge de première instance a-t-elle commis une erreur en omettant de conclure que de nouvelles causes d'action avaient pris naissance sur la base de la fraude en *equity*, par suite du manquement à une obligation fiduciaire commis au cours des années qui ont suivi l'année 1951?

(4) le juge de première instance a-t-elle commis une erreur en appliquant le délai de prescription de 6 ans prévu au paragraphe 3(4) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique et en omettant d'interrompre le délai conformément au paragraphe 6(3) de cette Loi?

(1) LE JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE A-T-ELLE COMMIS UNE ERREUR EN CONCLUANT QUE L'INTIMÉE AVAIT



BAND IN THE 1951 SURRENDER.

[31] By cross-appeal, the respondent contends that the Trial Judge erred in finding that the respondent breached a fiduciary duty owed to the Band in consenting to the 1951 surrender. In *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*,<sup>36</sup> more commonly known as *Apsassin*, the Supreme Court of Canada analyzed the nature of the Crown's fiduciary duty in light of the surrender requirement in the *Indian Act* and its predecessor enactments. The Trial Judge did not have the benefit of the decision of the Supreme Court in *Apsassin* prior to release of her reasons in this case. Nevertheless, I am of the opinion that the reasons for judgment of the Trial Judge on this issue accord with the reasoning of the Supreme Court.

[32] In *Apsassin*, McLachlin J. used a two-step approach in order to determine whether or not there exists a pre-surrender fiduciary duty and, if yes, to determine the nature and scope of that duty. Firstly, did the *Indian Act* provisions impose such a duty? Secondly, applying previous decisions which define when a fiduciary duty arises, did the particular circumstances of the case give rise to such a duty?

Indian Act Surrender Provisions

[33] Successive federal statutes, predecessors to the present *Indian Act*, have all provided for the general inalienability of Indian reserve land except upon surrender to the Crown.<sup>37</sup> *The Indian Act* of 1951,<sup>38</sup> proclaimed into force on 4 September 1951, is the relevant legislation for the 1951 surrender as the surrender occurred in November of 1951. Sections 37 and 38 of that Act, the primary surrender provisions, read:

MANQUÉ À L'OBLIGATION FIDUCIAIRE QU'ELLE AVAIT ENVERS LA BANDE LORS DE LA CESSION DE 1951?

[31] Dans l'appel incident, l'intimée soutient que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'elle avait manqué à l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande en consentant à la cession de 1951. Dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*<sup>36</sup>, mieux connu sous le nom de l'arrêt *Apsassin*, la Cour suprême du Canada a analysé la nature de l'obligation fiduciaire qui incombe à la Couronne à la lumière de l'exigence relative à la cession figurant dans la *Loi sur les Indiens* et dans les textes législatifs antérieurs. Le juge de première instance n'avait pas à sa disposition la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Apsassin* lorsqu'elle a prononcé ses motifs. Néanmoins, j'estime que les motifs que le juge de première instance a prononcés sur ce point sont conformes au raisonnement de la Cour suprême.

[32] Dans l'arrêt *Apsassin*, le juge McLachlin a utilisé un processus en deux temps afin de décider s'il existait une obligation fiduciaire avant la cession et, dans l'affirmative, de déterminer la nature et l'étendue de cette obligation. En premier lieu, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* créaient-elles pareille obligation? En second lieu, compte tenu des décisions antérieures qui définissent les circonstances dans lesquelles une obligation fiduciaire prend naissance, les circonstances particulières de l'espèce donnaient-elles naissance à pareille obligation?

Dispositions de la Loi sur les Indiens concernant la cession

[33] Les lois fédérales successives qui ont précédé la *Loi sur les Indiens* actuelle prévoyaient toutes que les terres des réserves indiennes ne pouvaient pas d'une façon générale être aliénées sauf si elles étaient cédées à la Couronne<sup>37</sup>. La *Loi sur les Indiens* de 1951<sup>38</sup>, qui a été promulguée le 4 septembre 1951, est celle qui s'applique à la cession de 1951 puisque cette dernière a eu lieu en novembre 1951. Les articles 37 et 38 de cette Loi, soit les principales dispositions portant sur la cession, se lisent comme suit:

37. Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to His Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

38. (1) A band may surrender to His Majesty any right or interest of the band and its members in a reserve.

(2) A surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional.

[34] The authorities indicate that the surrender requirement is the source of the Crown's fiduciary obligation. In *Guerin et al. v. The Queen et al.*,<sup>39</sup> Dickson J. (as he then was) stated that "[t]he purpose of this surrender requirement is clearly to interpose the Crown between the Indians and prospective purchasers or lessees of their land, so as to prevent the Indians from being exploited."<sup>40</sup>

[35] In *Apsassin*, Madam McLachlin J. elaborates upon Dickson J.'s use of the word "exploited" in *Guerin* in order to refine the scope of the Crown's fiduciary obligation. She states:

It follows that under the *Indian Act*, the Band had the right to decide whether to surrender the reserve, and its decision was to be respected. At the same time, if the Band's decision was foolish or improvident—a decision that constituted exploitation—the Crown could refuse to consent. In short, the Crown's obligation was limited to preventing exploitative bargains.<sup>41</sup> [Emphasis added.]

[36] Applying the ratio in *Guerin* and *Apsassin* to this case, it follows that the respondent owed a fiduciary duty to the Band to avoid an exploitative bargain in the 1951 surrender.

#### Law on Fiduciary Duties

[37] The authorities on fiduciary duties establish that courts must assess the specific relationship between the parties in order to determine whether or not it gives rise to a fiduciary duty and, if yes, to determine the nature and scope of that duty.<sup>42</sup> This approach applies equally in the context of the fiduciary duty

37. Sauf dispositions contraires de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

38. (1) Une bande peut abandonner à Sa Majesté tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres dans une réserve.

(2) Une cession peut-être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition.

[34] Selon les arrêts, l'exigence relative à la cession est à l'origine de l'obligation fiduciaire qui incombe à la Couronne. Dans l'arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autre*<sup>39</sup>, le juge Dickson (tel était alors son titre) a dit ceci: «Cette exigence d'une cession vise manifestement à interposer Sa Majesté entre les Indiens et tout acheteur ou locataire éventuel de leurs terres, de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter<sup>40</sup>.»

[35] Dans l'arrêt *Apsassin*, M<sup>me</sup> le juge McLachlin donne des précisions au sujet du mot «exploiter» employé par le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, de façon à mieux définir l'étendue de l'obligation fiduciaire qui incombe à la Couronne. Voici ce qu'elle dit:

Il s'ensuit que, en vertu de la *Loi des Indiens*, les bandes avaient le droit de décider si elles voulaient céder leur réserve, et que leur décision devait être respectée. Par ailleurs, si la décision de la bande concernée était imprudente ou inconsidérée—et équivalait à de l'exploitation—la Couronne pouvait refuser son consentement. Bref, l'obligation de la Couronne se limitait à prévenir les marchés abusifs<sup>41</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[36] Si j'applique ici le raisonnement des arrêts *Guerin* et *Apsassin*, l'intimée avait envers la bande l'obligation fiduciaire d'éviter de conclure un marché abusif lors de la cession de 1951.

#### Le droit des obligations fiduciaires

[37] Les ouvrages et arrêts portant sur les obligations fiduciaires établissent que les tribunaux doivent évaluer la relation particulière qui existe entre les parties afin de décider si elle donne lieu à une obligation fiduciaire et, dans l'affirmative, en vue de déterminer la nature et l'étendue de cette obligation<sup>42</sup>.

owed to Indian bands when they surrender reserve land. In my view, while the statutory surrender requirement triggers the Crown's fiduciary obligation, the Court must examine the specific relationship between the Crown and the Indian band in question in order to define the nature and scope of that obligation.

[38] In *Guerin*, Dickson J. notes the following explanation of the source of fiduciary obligations by Professor Ernest Weinrib: "the hallmark of a fiduciary relation is that the relative legal positions are such that one party is at the mercy of the other's discretion."<sup>43</sup> Elaborating on this approach to fiduciary duties in *Frame v. Smith*, Wilson J. proposed the following indicia of a fiduciary relationship:

Relationships in which a fiduciary obligation have [*sic*] been imposed seem to possess three general characteristics:

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.
- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests.
- (3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.<sup>44</sup>

[39] In virtually all cases dealing with reserve land, the Crown has considerable power over the affected Indian band by virtue of the surrender requirement. In this case, however, the Band was particularly vulnerable to the influence of the Crown. The evidence indicates that land had been taken from the Band by expropriation before and that, prior to the 1951 surrender, Public Works was considering expropriation as a means of obtaining the reserve land at issue in this case.<sup>45</sup> It is clear from the reasons of the Trial Judge that the Band's discretion to give or to withhold their consent to the 1951 surrender was significantly influenced by their knowledge that, regardless of their decision on the issue of surrender, there was a risk that they would lose their land through expropriation in any event.

Cette approche s'applique également dans le contexte de l'obligation fiduciaire qui existe envers les bandes indiennes qui cèdent des terres de réserve. À mon avis, l'exigence législative relative aux cessions donne naissance à l'obligation fiduciaire qui incombe à la Couronne, mais la Cour doit examiner la relation particulière qui existe entre la Couronne et la bande indienne en question afin de définir la nature et l'étendue de cette obligation.

[38] Dans l'arrêt *Guerin*, le juge Dickson cite l'explication donnée par le professeur Ernest Weinrib au sujet de l'origine des obligations fiduciaires: [TRADUCTION] «la marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre»<sup>43</sup>. Le juge Wilson, qui donnait des précisions au sujet de cette façon d'aborder la question des obligations fiduciaires dans l'arrêt *Frame c. Smith*, a proposé les indices suivants à l'égard des relations fiduciaires:

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales:

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.
- (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire<sup>44</sup>.

[39] Dans presque tous les cas où des terres de réserve sont en cause, la Couronne possède un pouvoir considérable sur les bandes indiennes touchées en vertu de l'exigence relative aux cessions. Toutefois, en l'espèce, la bande était particulièrement vulnérable. En effet, la preuve montre qu'il était déjà arrivé que des terres de la bande soient prises par voie d'expropriation et qu'avant la cession de 1951, Travaux publics envisageait d'obtenir les terres ici en cause au moyen de l'expropriation<sup>45</sup>. Il ressort clairement des motifs du juge de première instance que la latitude que la bande avait de consentir ou de refuser de consentir à la cession de 1951 était fortement influencée par le fait qu'elle savait que, quelle que soit sa décision sur la question de la cession, elle risquait de toute façon de perdre ses terres par voie d'expropriation.

[40] It is in the context of these findings that the Trial Judge defined the respondent's pre-surrender fiduciary duty, and then concluded that this duty was breached in the 1951 surrender. The Trial Judge described the nature and scope of the respondent's duty as follows:

When land is taken in this way and it is not known what, if any, use will be made of it, or whether the land is going to be used for government purposes, I think there is an obligation on the fiduciary to condition the taking by a reversionary provision, or ensure by some other mechanism that the least possible impairment of the plaintiffs' rights occurs. I am persuaded there was a breach of the fiduciary duty owed to the plaintiffs.<sup>46</sup>

Did the respondent breach its pre-surrender fiduciary duty?

[41] Having regard to the circumstances of this case, I am in respectful agreement with the Trial Judge's characterization of the respondent's pre-surrender fiduciary duty. I also agree with the Trial Judge's conclusion, based on the facts, that the respondent breached this duty when it consented to the 1951 surrender. In my view, the 1951 surrender agreement, assessed in the context of the specific relationship between the parties, was an exploitative bargain. There was no attempt made in drafting its terms to minimize the impairment of the Band's rights, and therefore, the respondent should have exercised its discretion to withhold its consent to the surrender or to ensure that the surrender was qualified or conditional.

[42] The Trial Judge found that, in 1951, the respondent did not have any definite plans for the construction of an expanded customs facility in the foreseeable future which necessitated the taking of 22,408 acres of the Band's reserve land. In fact, for over 40 years, no development plan was prepared for the surrendered land. It was only after this litigation was commenced that the respondent commissioned a study that did recommend redevelopment of the Douglas Border Crossing. The report for this study was not received until 1992.

[40] C'est dans le contexte de ces conclusions que le juge de première instance a défini l'obligation fiduciaire qui incombait à l'intimée avant la cession, puis a conclu qu'il y avait eu manquement à cette obligation lors de la cession de 1951. Le juge de première instance a décrit la nature et l'étendue de l'obligation de l'intimée comme suit:

Lorsqu'on prend des terres de cette façon et qu'on ignore quel usage, si usage il y a, en sera fait, ou si les terres serviront à des fins gouvernementales, je crois que le fiduciaire se trouve dans l'obligation de subordonner la prise des terres à une clause de réversibilité, ou de s'assurer de quelque autre façon qu'on porte atteinte le moins possible aux droits des demandeurs. Je suis persuadée qu'il y a eu manquement à l'obligation fiduciaire envers les demandeurs.<sup>46</sup>

L'intimée a-t-elle manqué à l'obligation fiduciaire qu'elle avait avant la cession?

[41] Compte tenu des circonstances de l'espèce, je souscris à la façon dont le juge de première instance a qualifié l'obligation qui incombait à l'intimée avant la cession. Je souscris également à la conclusion du juge de première instance selon laquelle, compte tenu des faits, l'intimée a manqué à cette obligation lorsqu'elle a consenti à la cession de 1951. À mon avis, l'accord de cession de 1951, s'il est examiné dans le contexte de la relation précise qui existe entre les parties, constituait un marché abusif. On n'a pas tenté de rédiger ses conditions de façon à porter le moins possible atteinte aux droits de la bande et, par conséquent, l'intimée aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à refuser de consentir à la cession ou à s'assurer que la cession était assujettie à des restrictions ou à des conditions.

[42] Le juge de première instance a conclu qu'en 1951, l'intimée n'envisageait pas d'une façon précise la construction d'une installation douanière plus grande dans un avenir rapproché, auquel cas on aurait eu besoin des 22,408 acres des terres de réserve de la bande. De fait, pendant plus de 40 ans, aucun plan d'aménagement n'a été préparé à l'égard des terres cédées. Ce n'est qu'après le début du présent litige que l'intimée a demandé qu'on fasse une étude, dans laquelle il a été recommandé de réaménager le passage de la frontière de Douglas. Le rapport rédigé à la suite de cette étude n'a été reçu qu'en 1992.

[43] The Trial Judge also found that the Band's ability to give or to withhold their own consent to the absolute surrender in 1951 was fettered by their knowledge of the respondent's power to expropriate. In her reasons for judgment, the Trial Judge stated the following:

It is important to underline that the band knew that the defendant, at all times, had the right to expropriate the land for public purposes if the band refused to surrender. Secondly, I agree with counsel for the plaintiff's characterization of the evidence that the band would not have surrendered the land, in the normal course of events, even though they might have subdivided it for occupation by others under long-term leases.<sup>47</sup>

[44] The respondent's assertion that the Band gave full and informed consent to the absolute surrender rings hollow in the face of these findings. In my respectful view, in finding that the Band surrendered their land to the respondent despite the fact that they "would not have surrendered the land, in the normal course of events" the Trial Judge concluded, based on the evidence, that the Band felt powerless to decide any other way. The bargain, in other words, was exploitative. For this reason, the respondent should not have consented to the absolute surrender, at least not without first ensuring that it contained appropriate safeguards, such as a reversionary clause, to ensure the least possible impairment of the Band's rights.

[45] I should emphasize that the Crown's fiduciary obligation is to withhold its own consent to surrender where the transaction is exploitative. In order to fulfil this obligation, the Crown itself is obliged to scrutinize the proposed transaction to ensure that it is not an exploitative bargain. As a fiduciary, the Crown must be held to a strict standard of conduct. Even if the land at issue is required for a public purpose, the Crown cannot discharge its fiduciary obligation simply by convincing the Band to accept the surrender, and then using this consent to relieve itself of the responsibility to scrutinize the transaction. The Trial Judge's findings of fact, however, suggest that this is precisely what the respondent did. I note, for example, the first sentence of her reasons for judgment reads: "The issue in this case is whether the defendant breached its fiduciary duty to the plaintiffs when it encouraged

[43] Le juge de première instance a également conclu que la capacité de la bande de consentir ou de refuser de consentir à la cession absolue, en 1951, était limitée du fait que celle-ci savait que l'intimée pouvait exproprier les terres. Dans ses motifs de jugement, le juge de première instance a dit ceci:

Il est important de souligner que la bande savait que la défenderesse, pendant toute la période en cause, avait le droit d'exproprier le terrain à des fins publiques si elle refusait de le céder. De plus, je suis d'accord avec la manière dont l'avocat des demandeurs a qualifié la preuve selon laquelle la bande n'aurait normalement pas cédé le terrain, même si elle avait pu le subdiviser pour que d'autres personnes l'occupent en vertu de baux à long terme<sup>47</sup>.

[44] Compte tenu de ces conclusions, la prétention de l'intimée selon laquelle la bande a consenti à la cession absolue librement et en toute connaissance de cause sonne creux. À mon humble avis, en concluant que la bande avait cédé leurs terres à l'intimée et qu'elle «n'aurait normalement pas cédé» ces terres, le juge de première instance a conclu, en se fondant sur la preuve, que la bande estimait qu'il lui était impossible de prendre une autre décision. En d'autres termes, il s'agissait d'un marché abusif. C'est pourquoi l'intimée n'aurait pas dû consentir à la cession absolue sans d'abord du moins s'assurer que l'accord renfermait les clauses de protection appropriées, par exemple une clause de réversibilité, de façon qu'on porte le moins possible atteinte aux droits de la bande.

[45] Je dois souligner qu'en vertu de son obligation fiduciaire, la Couronne est tenue de refuser de consentir à la cession si l'opération est abusive. Afin de satisfaire à cette obligation, la Couronne elle-même doit examiner avec soin l'opération envisagée afin de s'assurer qu'elle n'est pas abusive. En sa qualité de fiduciaire, la Couronne doit se conformer à une norme de conduite stricte. Même si l'on a besoin des terres en cause à des fins publiques, la Couronne ne peut pas s'acquitter de son obligation fiduciaire simplement en convainquant la bande d'accepter la cession, puis se fonder sur ce consentement pour se soustraire à la responsabilité qui lui incombe d'examiner avec soin l'opération. Pourtant, les conclusions de fait que le juge de première instance a tirées laissent entendre que c'est précisément ce que l'intimée a fait. Je remarque, par exemple que, dans la première phrase

(required) the surrender of part of the plaintiffs' reserve." (Emphasis added.) In failing to alleviate the Band's sense of powerlessness in the decision-making process, the respondent failed to protect, to the requisite degree, the interests of the Band.

[46] The fact that the Trial Judge did not view the \$550 per acre received by the Band for the surrendered land as "below market value" does not negate the possibility of a breach of fiduciary duty. The focus in determining whether or not the respondent breached its fiduciary duty must be on the extent to which the respondent protected the best interests of the Band while also acknowledging the Crown's obligation to advance a legitimate public purpose. In this case, the Band did not want to surrender the land at all but felt it had no choice. The respondent consented to an absolute surrender agreement in order to take control of much more land than they in fact required, and they did so without any properly formulated public purpose. For these reasons, I find that the respondent did breach its fiduciary duty to the Band in the 1951 surrender even though the Band may have received compensation for the surrendered land somewhere in the neighbourhood of market value.

[47] The Band had to, and did, rely upon the respondent's representations to the effect that the land was required for customs facilities, thereby implying that an absolute surrender was necessary and that the interests of the Band were being safeguarded as much as possible. While it is true that the express wording of the surrender instrument does not indicate that the land was being acquired for the purpose of a customs facility, a court should not confine its analysis so narrowly. The "oral terms" of a surrender are part of the backdrop of the circumstances that determine whether the Crown has acted unconscionably. As stated by Dickson J. in *Guerin*, they serve to "inform and confine the field of discretion within which the

des motifs de son jugement, le juge dit ceci: «La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la défenderesse a manqué à son obligation fiduciaire envers les demandeurs en encourageant (exigeant) la cession d'une partie de leur réserve.» (Non souligné dans l'original.) En omettant d'apaiser le sentiment d'impuissance qu'éprouvait la bande à l'égard du processus décisionnel, l'intimée a omis de protéger, dans la mesure requise, les intérêts de la bande.

[46] Même si le juge de première instance n'estimait pas que le prix de 550 \$ l'acre que la bande avait obtenu était «en-deça de [la] valeur marchande» des terres, cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas eu manquement à l'obligation fiduciaire. En décidant si elle a manqué à son obligation fiduciaire, il faut mettre l'accent sur la mesure dans laquelle l'intimée a protégé les intérêts de la bande tout en tenant compte de l'obligation qui lui incombait d'encourager la réalisation de fins publiques légitimes. Dans ce cas-ci, la bande ne voulait pas du tout céder les terres, mais elle estimait ne pas pouvoir faire autrement. L'intimée a consenti à une cession absolue afin d'obtenir le contrôle d'une superficie beaucoup plus grande que celle dont elle avait réellement besoin, et elle l'a fait sans qu'il existe de fins publiques énoncées en bonne et due forme. Pour ces motifs, je conclus que l'intimée a manqué à l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande lors de la cession de 1951 même si cette dernière a peut-être reçu, pour les terres cédées, une indemnité correspondant à peu près à leur valeur marchande.

[47] La bande devait se fonder, et elle s'est fondée, sur les déclarations de l'intimée selon lesquelles on avait besoin des terres aux fins des installations douanières, ce qui laissait ainsi entendre qu'une cession absolue était nécessaire et que les intérêts de la bande étaient protégés le plus possible. Il est vrai que le libellé exprès de l'acte de cession ne montre pas qu'on acquerrait les terres aux fins d'une installation douanière, mais un tribunal ne devrait pas limiter son analyse d'une façon aussi stricte. Les «conditions orales» d'une cession font partie de l'ensemble des circonstances qui permettent de décider si la Couronne a agi d'une façon déraisonnable. Comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, ces conditions

Crown was free to act.”<sup>48</sup>

[48] On the basis of the foregoing, I find that the Trial Judge did not err in concluding that the Crown breached its fiduciary duty when it consented to the 1951 surrender. The spectre of expropriation clearly had a negative impact on the ability of the Band to protect their own interests in the “negotiations” which ultimately led to the surrender. While the Crown must be given some latitude in its land-use planning when it actively seeks the surrender of Indian land for a public purpose, the Crown must ensure that it impairs the rights of the affected Indian band as little as possible, which includes ensuring that the surrender is for a timely public purpose. In these circumstances, the Crown had a clear duty to protect the Band from an exploitative bargain by refusing to consent to an absolute surrender which involved the taking of reserve land for which there lacked a foreseeable public need. I would, therefore, dismiss the cross-appeal.

(2) WHETHER THE TRIAL JUDGE ERRED IN FAILING TO FIND A POST-SURRENDER BREACH OF FIDUCIARY DUTY BY THE RESPONDENT (AFTER 1951), AND IN APPLYING THE 30-YEAR ULTIMATE LIMITATION PERIOD PRESCRIBED IN SECTION 8 OF THE B.C. LIMITATION ACT TO BAR THE BAND’S CAUSE OF ACTION.

[49] The appellants contend that, where the Crown is the “beneficiary” of an exploitative transaction, its fiduciary duty mandates the application of the *Sparrow*<sup>49</sup> justification test in order to determine whether the imposition of a limitation period can be raised by the Crown. In view of the conclusions which I have reached on the other issues in the appeal, I do not find it necessary to deal with this constitutional argument. Assuming without deciding that the B.C. *Limitation Act* applies to actions brought by Aborigi-

«définissent et limitent la latitude dont jouissait Sa Majesté dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire»<sup>48</sup>.

[48] Cela étant, je conclus que le juge de première instance n’a pas commis d’erreur lorsqu’elle a conclu que la Couronne avait manqué à son obligation fiduciaire en consentant à la cession de 1951. Le spectre de l’expropriation a clairement eu un effet défavorable sur la capacité de la bande de protéger ses propres intérêts lors des «négociations» qui ont abouti à la cession. La Couronne doit avoir une certaine latitude aux fins de la planification de l’utilisation des terres, lorsqu’elle cherche activement à obtenir la cession de terres indiennes à des fins publiques, mais elle doit veiller à porter le moins possible atteinte aux droits de la bande indienne touchée et notamment veiller à ce que la cession soit effectuée à des fins publiques en temps opportun. Dans ces conditions, la Couronne était clairement tenue de protéger la bande contre un marché abusif en refusant de consentir à une cession absolue qui comportait la prise de terres de réserve dont on n’avait pas besoin à des fins publiques dans un avenir rapproché. Par conséquent, je rejette-rais l’appel incident.

(2) LE JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE A-T-ELLE COMMIS UNE ERREUR EN OMETTANT DE CONCLURE QUE L’INTIMÉE AVAIT MANQUÉ À SON OBLIGATION FIDUCIAIRE APRÈS LA CESSION (SOIT APRÈS 1951), ET EN APPLIQUANT À LA CAUSE D’ACTION DE LA BANDE LE DÉLAI DE PRESCRIPTION FINAL DE 30 ANS PRÉVU À L’ARTICLE 8 DE LA LIMITATION ACT DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE?

[49] Les appelants soutiennent que lorsque la Couronne «tire parti» d’une opération abusive, son obligation fiduciaire exige qu’on applique le critère de justification établi dans l’arrêt *Sparrow*<sup>49</sup> en vue de décider si elle peut invoquer un délai de prescription. Compte tenu des conclusions que j’ai tirées au sujet des autres questions ici en cause, je ne crois pas qu’il soit nécessaire d’examiner cet argument d’ordre constitutionnel. À supposer, sans toutefois rendre de décision à cet égard, que la *Limitation Act* de la

nal peoples against the Crown, the first issue to be dealt with is whether or not there was a post-surrender breach of fiduciary duty by the respondent in respect of which the appellants' action is not statute-barred by operation of the limitation periods in that Act.

### The Legislative Framework

[50] Subsection 39(1) of the *Federal Court Act*<sup>50</sup> makes actions in the Federal Court of Canada subject to the limitation periods applicable in the province in which a cause of action arises. That subsection reads:

39. (1) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in any province between subject and subject apply to any proceedings in the Court in respect of any cause of action arising in that province.

[51] The surrendered land is situated in British Columbia, and the appellants' cause of action seeks return of that land. The relevant provincial legislation is, therefore, the B.C. *Limitation Act*. Section 8 of that Act establishes the general "ultimate" limitation period; a provision that bars any action after 30 years. The relevant provision reads:

8. (1) Subject to section 3 (3) and subsection (1.1) of this section but notwithstanding a confirmation made under section 5, a postponement or suspension of the running of time under section 6 or 11 (2) or a postponement or suspension of the running of time under section 7 in respect of a person who is not a minor, no action to which this Act applies shall be brought

...

(c) in any other case, after the expiration of 30 years from the date on which the right to do so arose.

[52] Subsection 3(2) of the B.C. *Limitation Act* prescribes a 10-year limitation for actions for breach of trust, and subsection 3(4) prescribes a 6-year limitation for actions not listed in the Act. There is no specific limitation period in the Act for claims for breach of fiduciary duty. For this reason, in *Apsassin*, Stone J.A. held that subsection 3(4) of the Act would

Colombie-Britannique s'applique aux actions que les peuples autochtones intentent contre la Couronne, il faut d'abord décider si l'intimée a manqué, après la cession, à une obligation fiduciaire à l'égard de laquelle l'action des appelants n'est pas prescrite compte tenu des délais de prescription prévus par cette Loi.

### Le contexte législatif

[50] Le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>50</sup> assujettit les actions intentées devant la Cour fédérale du Canada aux délais de prescription qui s'appliquent dans la province où la cause d'action prend naissance. Cette disposition se lit comme suit:

39. (1) Sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent à toute instance devant la Cour dont le fait générateur est survenu dans cette province.

[51] Les terres cédées sont situées en Colombie-Britannique et la cause d'action des appelants vise la restitution de ces terres. C'est donc la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique qui s'applique. L'article 8 de cette Loi fixe le délai de prescription «final» général; toute action est prescrite après 30 ans. La disposition pertinente se lit comme suit:

[TRADUCTION]

8. (1) Sous réserve des paragraphes 3 (3) et (1.1), mais nonobstant la confirmation faite en application de l'article 5, ou l'interruption ou la suspension du délai en vertu de l'article 6 ou du paragraphe 11 (2) ou, dans le cas d'une personne qui n'est pas mineure, en vertu de l'article 7, aucune action à laquelle s'applique la présente loi ne doit être intentée

...

c) dans tout autre cas après l'expiration d'un délai de 30 ans à compter de la date à laquelle le droit de le faire a pris naissance.

[52] Le paragraphe 3(2) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique prévoit un délai de prescription de 10 ans dans le cas d'une action pour abus de confiance, et le paragraphe 3(4) prévoit un délai de prescription de 6 ans dans le cas d'une action qui n'est pas mentionnée dans la Loi. La Loi ne prévoit aucun délai de prescription précis à l'égard des



apply to a breach of fiduciary obligation relating to the alienation of reserve land,<sup>51</sup> and the Supreme Court agreed.<sup>52</sup> Subsection 3(4) reads:

3. . . .

(4) Any other action not specifically provided for in this Act or any other Act shall not be brought after the expiration of 6 years after the date on which the right to do so arose.

When does time start to run for the 30-year limitation period?

[53] Paragraph 8(1)(c) of the B.C. *Limitation Act* refers to the date upon which the right to bring an action arose as the relevant date for commencement of the running of the ultimate limitation period. Subsection 6(3) specifically provides for the postponement of the running of time for the specific limitation periods in the B.C. *Limitation Act*, such as the 6-year limitation in subsection 3(4), until a plaintiff has knowledge of the material facts necessary to recognize the cause of action.<sup>53</sup> In cases such as *Bera v. Marr*<sup>54</sup> and *Apsassin*, however, subsection 6(3) was held not to apply to the 30-year ultimate limitation period prescribed by paragraph 8(1)(c). That is, the “right to do so” in paragraph 8(1)(c) has been construed to mean the date of accrual of the cause of action without reference to the plaintiff’s knowledge of the material facts.

[54] In *Bera v. Marr*, the British Columbia Court of Appeal considered the interaction between section 6 and the ultimate limitation period in section 8 of the B.C. *Limitation Act*. Esson J.A. stated the following for a majority of the Court:

There are strong policy reasons for not construing the date as of which the right to bring action arose in a manner

réclamations fondées sur un manquement à une obligation fiduciaire. C’est pourquoi, le juge Stone, J.C.A., a statué dans l’arrêt *Apsassin*, que le paragraphe 3(4) de la Loi s’appliquait dans le cas d’un manquement à une obligation fiduciaire se rapportant à l’aliénation de terres d’une réserve<sup>51</sup>, la Cour suprême ayant souscrit à cet avis<sup>52</sup>. Le paragraphe 3(4) se lit comme suit:

[TRADUCTION]

3. . . .

(4) Toute autre action non expressément prévue par la présente loi ou par une autre loi doit être intentée dans les 6 ans à compter de la date à laquelle le droit de le faire a pris naissance.

À quel moment le délai de prescription de 30 ans commence-t-il à courir?

[53] En vertu de l’alinéa 8(1)c) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, la date à laquelle le droit d’intenter une action a pris naissance est celle à laquelle le délai de prescription final commence à courir. Le paragraphe 6(3) prévoit expressément que les délais de prescription précis prévus par la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, comme le délai de prescription de 6 ans prévu au paragraphe 3(4), ne commencent à courir qu’au moment où le demandeur prend connaissance des faits importants se rapportant à la cause d’action<sup>53</sup>. Toutefois, dans des arrêts comme les arrêts *Bera v. Marr*<sup>54</sup> et *Apsassin*, il a été statué que le paragraphe 6(3) ne s’appliquait pas au délai de prescription final de 30 ans prévu à l’alinéa 8(1)c), c’est-à-dire que l’expression «droit de le faire» figurant à l’alinéa 8(1)c) a été interprétée comme se rapportant à la date à laquelle la cause d’action a pris naissance indépendamment de la question de savoir si le demandeur a eu connaissance des faits importants.

[54] Dans l’arrêt *Bera v. Marr*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a examiné l’effet réciproque qu’avaient l’un sur l’autre l’article 6 de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique et le délai de prescription final prévu à l’article 8. Voici ce que le juge Esson a dit au nom de la majorité des juges de la Cour d’appel:

[TRADUCTION] On peut invoquer d’importants motifs d’ordre public pour ne pas donner à l’expression date à

different from that which has heretofore been given to them in the *Limitation Act*. To do so would be destructive of a balanced legislative scheme. Sections 6 and 8 are obviously designed to work together with s. 3(1) to provide relief against the injustice which can be created by hidden facts and, on the other hand, to provide reasonable protection against stale claims. All of that is premised upon the “right to do so” meaning the date of accrual of the cause of action without reference to knowledge.<sup>55</sup>

[55] At trial in *Apsassin*, Addy J. adopted this position. He stated that, “although the effects of sections 6 and 7 are cumulative, these sections are not to be taken into account in calculating the 30 year period mentioned in subsection (1). Thus, neither disability nor knowledge come into play with respect to the 30 year ultimate limitation.”<sup>56</sup> On appeal ultimately to the Supreme Court, McLachlin J. agreed with Addy J.’s approach on this issue, stating that “[t]he 6- and 10-year limitations, but not the general 30-year ultimate limitation, may be postponed in certain circumstances.”<sup>57</sup>

[56] In the case at bar, the appellants filed their cause of action on 3 July 1990. The 30-year ultimate limitation period, therefore, operates to preclude any action for which the event giving rise to the right to bring the cause of action occurred prior to 3 July 1960. The appellants’ action for breach of fiduciary duty by the respondent in the 1951 surrender is therefore statute-barred by operation of paragraph 8(1)(c) of the B.C. *Limitation Act*, through the enabling provision in subsection 39(1) of the *Federal Court Act*. The appellants, however, claim that the respondent breached its fiduciary duty at least a second time post-surrender, and that the second breach constituted a fresh cause of action within the 30-year ultimate limitation period.

#### The *Apsassin* Decision

[57] The appellants rely upon the decision of the Supreme Court in *Apsassin* to support their claim that

laquelle le droit d’intenter une action a pris naissance un sens différent de celui que la *Limitation Act* lui confère. Ce serait porter atteinte à un régime législatif équilibré. Les articles 6 et 8 ont à l’évidence été conçus pour être appliqués en même temps que le par. 3(1) afin d’une part, de prévoir un recours contre l’injustice pouvant résulter de la méconnaissance de certains faits et d’autre part, de fournir une protection raisonnable contre les demandes périmées. Tous ces objectifs reposent sur l’expression «droit de l’intenter», soit la date de la naissance de la cause d’action indépendamment de la connaissance des faits<sup>55</sup>.

[55] Dans l’affaire *Apsassin*, le juge Addy a adopté, en première instance, cette position. Voici ce qu’il a dit: «même si l’effet des articles 6 et 7 est cumulatif, ces dispositions ne doivent pas être prises en considération dans le calcul du délai de trente ans mentionné au paragraphe (1). Par conséquent, ni l’incapacité ni la connaissance n’entrent en jeu dans la prescription finale de trente ans»<sup>56</sup>. Lorsque l’affaire a en dernier ressort été portée en appel devant la Cour suprême, le juge McLachlin a souscrit à l’approche que le juge Addy avait adoptée sur ce point, en disant qu’«[i]l est possible, dans certaines circonstances, de reporter le moment où commencent à courir les délais de prescription de 6 et 10 ans, mais non le délai général et final de 30 ans»<sup>57</sup>.

[56] En l’espèce, les appelants se sont prévalus de leur cause d’action le 3 juillet 1990. Par conséquent, le délai de prescription final de 30 ans s’applique de façon à écarter toute action pour laquelle l’événement ayant donné lieu au droit de faire valoir la cause d’action s’est produit avant le 3 juillet 1960. L’action des appelants, fondée sur le fait que l’intimée a manqué à son obligation fiduciaire lors de la cession de 1951, est donc prescrite, en vertu de l’alinéa 8(1)(c) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, et de la disposition habilitante du paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Toutefois, les appelants allèguent que l’intimée a manqué à son obligation fiduciaire une autre fois au moins après la cession et que le deuxième manquement donnait lieu à une nouvelle cause d’action avant l’expiration du délai de prescription final de 30 ans.

#### L’affaire *Apsassin*

[57] Les appelants se fondent sur la décision que la Cour suprême a rendue dans l’affaire *Apsassin* lors-

the respondent's failure to rectify its original breach of fiduciary duty, once it was aware that the respondent had no reasonable foreseeable use for the surrendered land, constituted a second breach of fiduciary duty that is within the 30-year limitation period. From *Apsassin*, I derive the following principles with respect to the Crown's post-surrender fiduciary duties:

(i) The mere fact that the Crown has failed to restore surrendered land to an Indian band suffering from poverty that is not related to the land surrender does not mean that the Crown has breached its fiduciary duty.<sup>58</sup>

(ii) The fact that the *Indian Act* is entirely silent on the subjects of surrender variation, surrender revocation, and re-surrender does not mean that all surrenders are permanent and irrevocable.<sup>59</sup>

(iii) The duty of the Crown as a fiduciary is that of a person of ordinary prudence in managing his or her own affairs, and acting with reasonable diligence.<sup>60</sup>

(iv) Even in the context of an absolute surrender for sale, the Crown has a post-surrender fiduciary duty to advance the best interests of the Indian band, to the extent possible, having regard to the terms of the surrender agreement. Therefore, so long as the Crown has the power, whether under the terms of the surrender instrument or under the *Indian Act*, to exert control over the surrendered land in a manner that serves the best interests of the band, the Crown is under a fiduciary duty to exercise that power.<sup>61</sup>

(v) More particularly, the Crown has a post-surrender fiduciary duty to correct any errors in surrender agreements which have a negative impact upon the Indian band.<sup>62</sup>

[58] The respondent contends that *Apsassin* has no application to this case because there, the Crown's

qu'ils allèguent que l'omission de l'intimée de rectifier le manquement initial à son obligation fiduciaire, une fois qu'ils ont appris que cette dernière ne prévoyait pas utiliser les terres cédées dans un avenir raisonnablement rapproché, constituait un deuxième manquement à l'obligation fiduciaire, survenu avant l'expiration du délai de prescription de 30 ans. Je tire de l'affaire *Apsassin* les principes suivants en ce qui concerne les obligations fiduciaires qui incombent à la Couronne après la cession:

(i) Le simple fait que la Couronne a omis de restituer les terres cédées à une bande indienne vivant dans la misère, situation qui n'a aucun rapport avec la cession des terres, ne veut pas dire qu'elle a manqué à son obligation fiduciaire<sup>58</sup>.

(ii) Le fait que la *Loi sur les Indiens* ne dit absolument rien au sujet de la modification des conditions d'une cession, de l'annulation d'une cession et d'une nouvelle cession ne veut pas dire que toutes les cessions sont permanentes et irrévocables<sup>59</sup>.

(iii) En sa qualité de fiduciaire, la Couronne a l'obligation d'agir avec le soin qu'un bon père de famille qui agit avec une diligence raisonnable apporte à l'administration de ses affaires<sup>60</sup>.

(iv) Même dans le contexte d'une cession absolue en vue de la vente, la Couronne a une obligation fiduciaire, après la cession, de protéger les intérêts de la bande indienne dans la mesure du possible, compte tenu des conditions de l'accord de cession. Par conséquent, dans la mesure où elle a le pouvoir, que ce soit en vertu des conditions de l'acte de cession ou de la *Loi sur les Indiens*, d'exercer un contrôle sur les terres cédées de façon à servir les intérêts de la bande, la Couronne a une obligation fiduciaire d'exercer ce pouvoir<sup>61</sup>.

(v) Plus particulièrement, la Couronne a, à titre de fiduciaire, l'obligation après la cession de corriger toute erreur commise dans les accords de cession ayant des répercussions défavorables sur la bande indienne<sup>62</sup>.

[58] L'intimée soutient que l'arrêt *Apsassin* ne s'applique pas en l'espèce parce que, dans cette

error inadvertently deprived the Indian band of a specific right (i.e., minerals), while here there was no such error. The transaction in this case was an absolute surrender of the land and the respondent's post-surrender fiduciary duty was limited to ensuring that the price paid to the band for the surrendered land approximated market value. I am unable to accept this contention because it fails to appreciate the nature of the original breach of fiduciary duty which the Trial Judge found. As a result, the respondent misconstrues the nature of its ameliorative obligation. This obligation was to ensure that in advancing the stated public purpose of acquisition of the lands for expansion of the customs facility, the rights of the Band be impaired as little as possible. To the extent then (and as the Trial Judge found) that more land was taken in the absolute surrender than was required for the stated public purpose, the absolute surrender was exploitative even though the price paid was roughly equal to the market value of the land. It is all the more so because, as the Trial Judge found, the Band would not have sold the lands "in the normal course of events", but did so only because the members of the Band were keenly aware that expropriation of the land was a real possibility.

[59] In *Apsassin*, the Crown's mistake in the original surrender was in failing to reserve the mineral rights for the benefit of the Indian band contrary to a long-standing government policy to do so. In my view, the Crown made a similar mistake in this case as to the quality or scope of the surrender that was required. The Crown obtained an absolute surrender from the Band when, having regard to the uncertainty of the public need for the land, a conditional or qualified surrender would have sufficed. In both cases, the result was that the original surrender did not impair as little as possible the interests of the affected Indian band. Therefore, I am of the view that in this case, as in *Apsassin*, the Crown was under a post-surrender

affaire-là, l'erreur de la Couronne commise par inadvertance a eu pour effet de priver la bande indienne d'un droit précis (c'est-à-dire d'un droit sur les minéraux), alors que, dans ce cas-ci, aucune erreur de ce genre n'a été commise. En l'espèce, l'opération était une cession absolue des terres et, en vertu de l'obligation fiduciaire qui lui incombait après la cession, l'intimée était uniquement tenue de s'assurer que le prix payé à la bande pour les terres cédées correspondait à peu près à leur valeur marchande. Je ne puis retenir cette prétention parce qu'elle ne tient pas compte de la nature du manquement initial à l'obligation fiduciaire auquel le juge de première instance a conclu. Par conséquent, l'intimée interprète d'une façon erronée la nature de son obligation d'amélioration. En vertu de cette obligation, elle devait s'assurer qu'en encourageant la réalisation des fins publiques énoncées, c'est-à-dire en acquérant les terres en vue d'agrandir l'installation douanière, on porte le moins possible atteinte au droits de la bande. Par conséquent, dans la mesure (comme l'a conclu le juge de première instance) où l'on a pris, lors de la cession absolue, une superficie plus grande que ce qui était nécessaire aux fins publiques énoncées, il s'agissait d'un marché abusif même si le prix payé était à peu près égal à la valeur marchande des terres. C'est d'autant plus le cas que, comme le juge de première instance l'a conclu, la bande n'aurait «normalement» pas vendu les terres, mais elle l'a fait uniquement parce que ses membres savaient parfaitement bien qu'il était réellement possible que les terres soient expropriées.

[59] Dans l'affaire *Apsassin*, la Couronne avait commis une erreur, lors de la cession initiale, en omettant de réserver les droits miniers au profit de la bande indienne, en violation d'une politique gouvernementale de longue date. À mon avis, la Couronne a commis une erreur similaire en l'espèce en ce qui concerne la qualité ou l'étendue de la cession. Elle a obtenu une cession absolue bien que, compte tenu du fait qu'il n'était pas certain qu'on ait besoin des terres à des fins publiques, une cession conditionnelle ou restreinte eût suffi. Le résultat obtenu dans les deux cas était le même: la cession initiale ne portait pas le moins possible atteinte aux intérêts de la bande indienne touchée. J'estime donc qu'en l'espèce,

fiduciary duty to correct the error that it made in the original surrender for as long as it remained in control of the land.

[60] In *Apsassin*, the Supreme Court points to section 64 of the *Indian Act*<sup>63</sup> of 1927 as empowering DIAND to correct erroneous transfers of surrendered lands. Section 64 reads:

64. If the Superintendent General is satisfied that any purchaser or lessee of any Indian lands, or any person claiming under or through him, has been guilty of any fraud or imposition, or has violated any of the conditions of the sale or lease, or if any such sale or lease has been made or issued in error or mistake, he may cancel such sale or lease and resume the land therein mentioned, or dispose of it as if no sale or lease thereof had ever been made.

[61] There is no equivalent provision in the successor statutes such that it can be relied on in this case. Nevertheless, I do not consider the absence of such a provision to be fatal to the existence of a post-surrender fiduciary duty on the Crown to act in the best interests of an Indian band in respect of surrendered land, particularly where, as here, the Crown still owns and controls the land. As McLachlin J. noted in *Apsassin*, “That section gave [DIAND] the power to revoke erroneous grants of land, even as against *bona fide* purchasers. It is not unreasonable to infer that the enactors of the legislation intended [DIAND] to use that power in the best interests of the Indians.”<sup>64</sup> This does not mean, however, that absent a provision of this kind, the Crown does not owe a fiduciary duty to an affected Indian band post-surrender. Section 64 was not the source of the Crown’s post-surrender fiduciary duty. It merely provided DIAND with the power to correct erroneous transfers of surrendered land to third party purchasers. In this case, the Crown still owns and controls the surrendered land; land which was obtained by the Crown in breach of its fiduciary duty to the Band. In these circumstances, I am of the view that the Crown has a post-surrender fiduciary duty to correct the original breach. It is a post-surrender fiduciary duty which is owed by the Crown, and not simply by DIAND. The fact that Public Works, and

comme dans l’affaire *Apsassin*, la Couronne avait, après la cession, l’obligation de corriger l’erreur commise lors de la cession initiale, et ce, aussi longtemps qu’elle exerçait un contrôle sur les terres.

[60] Dans l’affaire *Apsassin*, la Cour suprême souligne que l’article 64 de la *Loi sur les Indiens*<sup>63</sup> de 1927 confère au MAINC le pouvoir de corriger une erreur commise lors du transfert des terres cédées. L’article 64 se lit comme suit:

64. Si le surintendant général s’est assuré qu’un acquéreur ou affermataire de terres indiennes, ou qu’un individu revendiquant du chef de ce dernier ou par son fait, s’est rendu coupable de fraude ou de supercherie, ou a enfreint quelque une des conditions de la vente ou de l’affermage, ou si quelque vente a été faite ou si quelque affermage a été accordé par méprise ou par erreur, il peut annuler cette vente ou cet affermage et reprendre possession de la terre y mentionnée, ou en disposer comme si cette vente ou cet affermage n’eût jamais eu lieu.

[61] Il n’existe dans les lois qui ont remplacé cette loi aucune disposition similaire sur laquelle on puisse se fonder en l’espèce. Néanmoins, je ne considère pas l’absence de pareille disposition comme ayant pour effet de nier l’existence d’une obligation fiduciaire de la part de la Couronne, après la cession, d’agir dans l’intérêt de la bande indienne à l’égard des terres cédées, en particulier lorsque, comme c’est ici le cas, la Couronne possède et contrôle encore les terres. Comme le juge McLachlin l’a fait remarquer dans l’arrêt *Apsassin*: «Cette disposition conférait au MAI le pouvoir d’annuler le transfert de terres en cas d’erreur, même à l’égard d’acheteurs de bonne foi. Il n’est pas déraisonnable d’inférer que le législateur voulait que le MAI exerce ce pouvoir dans l’intérêt des Indiens<sup>64</sup>.» Toutefois, cela ne veut pas dire qu’en l’absence d’une disposition de ce genre, la Couronne n’a pas, après la cession, une obligation fiduciaire envers la bande indienne touchée. L’obligation fiduciaire qui incombait à la Couronne après la cession n’était pas fondée sur l’article 64. Cette disposition autorisait simplement le MAINC à corriger les erreurs commises lors des transferts de terres cédées en faveur de tiers acheteurs. En l’espèce, la Couronne possède et contrôle encore les terres cédées, des terres qu’elle a obtenues en violation de l’obligation fiduciaire qu’elle avait envers la bande. Dans ces conditions,

not DIAND, is in possession of the surrendered land does not mean that the Crown is somehow shielded from its obligation to correct the breach of fiduciary duty committed in consenting to the exploitative bargain that was the original surrender agreement.

#### The “Continuing Breach” Argument

[62] The respondent argues that what the appellants are really alleging is a continuing breach of the respondent’s original fiduciary duty—that is, the respondent’s failure to impair the Band’s rights as little as possible when it consented to an absolute surrender in 1951. The respondent contends that government officials did not become aware of any new facts post-surrender which should have led them to conclude that the Crown had no reasonable foreseeable use for the surrendered land.

[63] On its face, this argument has an attractive ring. But, for the reasons that follow, I find it singularly unpersuasive. While the respondent’s post-surrender fiduciary duty can be seen as continuing so long as the respondent retains ownership and control over the land, I am of the view that any breach of that duty must be located at a specific point in time.<sup>65</sup> It would defeat the very purpose of limitation periods to find that a breach of fiduciary duty continues for so long as the Crown retains the surrendered land. It is for this reason that the Supreme Court used an objective test for breach of fiduciary duty in *Apsassin* and prior cases. That is, a post-surrender breach of fiduciary duty by the Crown is pinpointed, for the purposes of limitation periods, at the point in time when a reasonable person would have realized their original breach and exercised their power to correct it.

[64] The Trial Judge’s error, however, was in focusing on whether or not there could be a continuing

j’estime que la Couronne avait, après la cession, l’obligation fiduciaire de corriger le manquement initial. Il s’agissait d’une obligation incombant à la Couronne et non simplement au MAINC. Le fait que c’est le ministère des Travaux publics qui est en possession des terres cédées et non le MAINC ne veut pas dire que la Couronne a d’une façon quelconque été libérée de son obligation de corriger le manquement qu’elle a commis en consentant au marché abusif lors de l’accord de cession initial.

#### L’argument concernant le «manquement continu»

[62] L’intimée soutient qu’en réalité, les appelants allèguent qu’elle a manqué d’une façon continue à son obligation fiduciaire initiale, c’est-à-dire qu’elle a omis de porter le moins possible atteinte aux droits de la bande lorsque celle-ci a consenti à une cession absolue en 1951. L’intimée soutient qu’après la cession, les représentants de la Couronne n’ont pas pris connaissance de faits nouveaux qui auraient dû les amener à conclure que la Couronne n’envisageait aucune utilisation des terres cédées dans un avenir raisonnablement rapproché.

[63] À première vue, cet argument est intéressant. Cependant, pour les motifs ci-après énoncés, je conclus qu’il est fort peu convaincant. L’obligation fiduciaire qui incombait à l’intimée après la cession peut être considérée comme continue tant que cette dernière conserve la propriété et le contrôle des terres, mais j’estime que tout manquement à cette obligation doit pouvoir être situé à un moment précis<sup>65</sup>. Conclure que le manquement à une obligation fiduciaire se poursuit tant que la Couronne conserve les terres cédées irait à l’encontre du but même des délais de prescription. C’est pour cette raison que dans l’arrêt *Apsassin* et dans des arrêts antérieurs, la Cour suprême a utilisé un critère objectif pour évaluer le manquement à une obligation fiduciaire, c’est-à-dire qu’un manquement postérieur à l’obligation fiduciaire de la Couronne prend naissance, aux fins des délais de prescription, au moment où une personne raisonnable prendrait connaissance du manquement initial et exercerait son pouvoir de corriger la situation.

[64] Toutefois, le juge de première instance a commis une erreur en mettant l’accent sur la question

breach of fiduciary duty, rather than locating the respondent's post-surrender fiduciary duty to the Band in respect of the surrendered land, and asking whether or not that duty was breached at one or more specific points in time. The Trial Judge states, at page 547 of her judgment, "I have considered whether the fact that the Crown has retained full ownership of the land, rather than transferring it to a third party, is relevant to whether there could be said to be a continuing breach. I have concluded that it is not."<sup>66</sup> I agree that it would defeat the very purpose of limitation periods to construe the respondent's actions in this case as constituting a continuing breach of the fiduciary duty it owed to the Band. However, by framing her analysis in this way, the Trial Judge failed to appreciate that, in accordance with the *Apsassin* decision, the Crown has a post-surrender fiduciary duty to safeguard the interests of the Band as much as possible so long as it retains ownership and control over the surrendered land. The proper inquiry is to determine whether this continuing post-surrender fiduciary duty was breached at any point in time; not to look for a so-called "continuing breach."

### The Second Breach of Fiduciary Duty

[65] I find that the respondent committed a second breach of its fiduciary duty in 1969 when the respondent refused to reconvey the surrendered land to the Band, despite the formal Band council resolution that such action be taken (which came after many prior inquiries by the Band as to the Crown's intended use for the land). DIAND's original "error" in the 1951 surrender was in its assumption that the entire surrendered land was required for immediate use for an expanded customs facility, which led it to arrange an absolute surrender. By 1969, eighteen years had passed since the original surrender and no development on the land had taken place for the purposes of an expanded customs facility, and there was no plan for such development. Nevertheless, the respondent answered the Band's formal request by stating that the land was needed for "future expansion of Customs

de savoir s'il pouvait y avoir un manquement continu à une obligation fiduciaire, plutôt qu'en situant dans le temps l'obligation fiduciaire que l'intimée avait, après la cession, envers la bande à l'égard des terres cédées et en se demandant s'il y avait eu manquement à cette obligation à un moment donné. À la page 547 de son jugement, voici ce que le juge a dit: «J'ai examiné la question de savoir si le fait que la Couronne ait conservé la pleine propriété des terres, au lieu de les transférer à une tierce partie, a un rapport avec la question de savoir si l'on peut dire qu'il y a eu manquement continu. Je suis arrivée à la conclusion que non<sup>66</sup>.» Je souscris à l'avis selon lequel interpréter les mesures que l'intimée a prises dans ce cas-ci comme constituant un manquement continu à l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande irait à l'encontre du but même des délais de prescription. Toutefois, en formulant ainsi son analyse, le juge de première instance a omis de tenir compte du fait que, conformément à la décision *Apsassin*, la Couronne avait, après la cession, l'obligation de protéger le plus possible les intérêts de la bande tant qu'elle conserverait la propriété et le contrôle des terres cédées. Il convient de décider si, après la cession, l'intimée a manqué à cette obligation continue à un moment donné, et non de se demander s'il y a eu un soi-disant «manquement continu».

### Le deuxième manquement à l'obligation fiduciaire

[65] Je conclus qu'en 1969, l'intimée a commis un deuxième manquement à son obligation fiduciaire lorsqu'elle a refusé de transférer de nouveau les terres cédées à la bande, malgré la résolution officielle que le conseil de la bande avait adoptée en faveur de pareille mesure (résolution qui a été adoptée après que la bande eut à maintes reprises demandé de quelle façon la Couronne entendait utiliser les terres). Le MAINC avait commis l'«erreur» initiale, lors de la cession de 1951, en supposant qu'on avait immédiatement besoin de toutes les terres cédées en vue de l'agrandissement de l'installation douanière, ce qui l'a amené à prendre des dispositions en vue d'une cession absolue. En 1969, dix-huit années s'étaient écoulées depuis la cession initiale; les terres n'avaient toujours pas été aménagées aux fins de l'agrandissement de l'installation douanière et pareil aménagement n'était

facilities". But, there is no evidence whatsoever of any specific plans for such expansion until 1992, after this action had already been commenced.

[66] By 1969 at the latest, DIAND was aware, or ought to have become aware, of the following "material facts": (i) that the Band wanted the land back for economic development on the reserve if it was not going to be used by the respondent for a public purpose. (As early as 1962, the Band began making inquiries regarding the respondent's intended use for the land, and the possibility of reacquiring some or all of the excess surrendered land); (ii) that private interests had approached Public Works to buy or lease portions of the surrendered land since it was not being developed by the respondent; and (iii) that Public Works did not in fact have any definite plans for development of the land in the foreseeable future. In my view, by 1969, a reasonable person in DIAND's position would have realized that Public Works did not have any reasonable foreseeable use for the land (as a customs facility or otherwise), but rather was merely retaining the land for the sake of convenience.

[67] DIAND's internal correspondence discloses that its officials were in fact aware of these material facts in 1969. Perhaps the best illustration of this knowledge is a memorandum written by R. J. C. Ford, Fraser District Supervisor for DIAND, to the Regional Director for British Columbia and the Yukon dated 20 May 1969. In it, Mr. Ford recommends that action be taken by DIAND to repurchase the surrendered land from Public Works on behalf of the Band. His reasons for this recommendation are particularly enlightening:

1) A portion of the Semiahmoo Indian reserve comprising 22,408 acres was sold to the Department of Public Works,

pas envisagé. Néanmoins, l'intimée a répondu à la demande officielle que lui avait faite la bande en disant qu'on avait besoin des terres aux fins de «l'agrandissement futur des installations douanières». Cependant, aucun élément de preuve ne démontre l'existence d'un plan précis d'un tel agrandissement avant 1992, soit après que la présente action eut été intentée.

[66] En 1969 au plus tard, le MAINC était au courant, ou aurait dû être au courant, des «faits importants» suivants: (i) la bande voulait que les terres lui soient remises aux fins du développement économique de la réserve si l'intimée n'allait pas les utiliser à des fins publiques. (Dès 1962, la bande a commencé à présenter des demandes de renseignements au sujet de la façon dont l'intimée entendait utiliser les terres cédées et de la possibilité d'acquérir de nouveau les terres excédentaires, en totalité ou en partie); (ii) des représentants du secteur privé avaient communiqué avec Travaux publics en vue d'acheter ou de louer une partie des terres cédées puisque l'intimée ne les aménageait pas; et (iii) Travaux publics n'avait pas en fait de projets précis en vue de l'aménagement des terres dans un avenir rapproché. À mon avis, en 1969, une personne raisonnable qui se serait trouvée dans la même situation que le MAINC se serait aperçue que Travaux publics ne prévoyait pas utiliser les terres dans un avenir raisonnablement rapproché (que ce soit aux fins de l'installation douanière ou à d'autres fins), mais que le Ministère les conservait simplement pour des raisons de commodité.

[67] La correspondance interne du MAINC révèle qu'en 1969, ses représentants étaient en fait au courant de ces faits importants. La meilleure preuve, peut-être, de cette connaissance se trouve dans une note de service que le superviseur du district du Fraser au MAINC, R. J. C. Ford, a envoyée le 20 mai 1969 au directeur de la région de la Colombie-Britannique et du Yukon. Dans cette note, M. Ford recommande que le MAINC prenne des mesures, pour le compte de la bande, en vue de racheter les terres cédées à Travaux publics. Les motifs donnés à l'appui de cette recommandation sont particulièrement instructifs:

[TRADUCTION]

1) Une partie de la réserve indienne de Semiahmoo, d'une superficie de 22,408 acres, a été vendue au ministère des



the site to be used for a Canadian Customs warehouse.

2) This land transfer was carried out under authority of PC-6346 dated 27 November 1951 and PC-2643 dated 6 May 1952 at a rate of \$550.00 per acre.

3) This land has not been developed to date and we are unable to obtain any data as to if or when the area would be developed.

4) In consideration that the land has not been developed, the Semiahmoo Band has by Band Council [Resolution] requested that the land be returned.

5) This area presently held by the Department of Public Works is required for inclusion in the proposed development of the Semiahmoo Indian reserve.

6) This District recommends that action be initiated to purchase the above-mentioned lands on behalf of the Semiahmoo Band.<sup>67</sup>

[68] The respondent's failure to reconvey any portion of the surrendered land to the Band despite its knowledge, by 1969, of these material facts constituted a breach of its post-surrender fiduciary duty. Reasonable diligence required that the respondent move to correct its own error in obtaining an absolute surrender of the surrendered land when it came into possession of facts suggesting the error and the potential value to the Band of the land at issue. As stated in *Lower Kootenay Indian Band v. Canada*, "had the Crown moved with some degree of alacrity, the band could have benefitted from an earlier termination of what had turned out to be a bad deal for them."<sup>68</sup> The respondent was remiss in its fiduciary duty by failing to take any effective ameliorative action from, at the latest, 1969 onwards.

[69] It should be noted that adopting the respondent's interpretation of the Supreme Court's decision in *Apsassin* would lead to the illogical result that the Crown has a post-surrender fiduciary duty to correct inadvertent errors in original surrender agreements when it becomes aware of such errors, but the Crown

Travaux publics pour qu'un entrepôt des douanes canadiennes y soit construit.

2) Ce transfert de terres a été effectué en vertu du décret CP-6346 du 27 novembre 1951 et du décret CP-2643 du 6 mai 1952, au prix de 550 \$ l'acre.

3) Ces terres n'ont pas encore été aménagées et nous ne pouvons pas obtenir de renseignements au sujet de la question de savoir si le secteur doit être aménagé ou à quel moment il le sera.

4) Étant donné que les terres n'ont pas été aménagées, la bande de Semiahmoo a demandé, au moyen [d'une résolution] du conseil de bande, que les terres lui soient restituées.

5) On a besoin de ce secteur, qui, à l'heure actuelle, est détenu par le ministère des Travaux publics, en vue de l'inclure dans le projet d'aménagement de la réserve indienne de Semiahmoo.

6) Ce district recommande que des mesures soient prises, pour le compte de la bande de Semiahmoo, en vue du rachat des terres susmentionnées.<sup>67</sup>

[68] L'omission de l'intimée de transférer de nouveau à la bande une partie des terres cédées malgré la connaissance qu'elle avait, en 1969, de ces faits importants constituait un manquement à l'obligation fiduciaire qui lui incombait après la cession. La diligence raisonnable exigeait que l'intimée veille à corriger sa propre erreur commise en obtenant une cession absolue des terres cédées lorsqu'elle a pris connaissance des faits laissant entendre qu'une erreur avait été commise et que les terres en question pouvaient avoir une valeur pour la bande. Comme on l'a dit dans l'arrêt *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada*, «si la Couronne avait agi avec un tant soit peu d'empressement, la bande aurait pu bénéficier plus tôt de la résiliation d'un contrat qui se révélait être une mauvaise affaire pour elle»<sup>68</sup>. L'intimée a fait preuve de négligence dans l'exécution de son obligation fiduciaire en omettant de prendre des mesures d'amélioration efficaces à compter, au plus tard, de 1969.

[69] Il importe de noter qu'adopter l'interprétation donnée par l'intimée à la décision que la Cour suprême a rendue dans l'affaire *Apsassin* aboutirait à un résultat illogique, soit que la Couronne avait, après la cession, l'obligation fiduciaire de corriger les erreurs qu'elle avait commises par inadvertance dans les

does not have a post-surrender fiduciary duty to provide relief when it becomes aware that a government department has obtained an excessive surrender of Indian land without a public purpose to justify it.

[70] For these reasons, I conclude that the respondent did breach its fiduciary duty to the Band a second time, in 1969, and that an action in respect of this breach of fiduciary duty is not barred by operation of the 30-year ultimate limitation period prescribed in paragraph 8(1)(c) of the B.C. *Limitation Act*. This conclusion, however, does not end the inquiry with respect to limitation periods because section 8 operates in addition to, and not instead of, the relevant specific limitation period in the B.C. *Limitation Act*. Consequently, I must now consider whether or not the 6-year limitation period prescribed in subsection 3(4) operates to preclude the Band's claim for the second breach of fiduciary duty in 1969.

(3) WHETHER THE TRIAL JUDGE ERRED IN FAILING TO FIND THAT NEW CAUSES OF ACTION FOR BREACH OF FIDUCIARY DUTY AROSE IN THE YEARS AFTER 1951 ON THE BASIS OF EQUITABLE FRAUD.

[71] As I have already noted, on several occasions subsequent to the 1951 surrender, the respondent was forced to consider its plans for the excess surrendered land as a result of inquiries from the Band and others (1962, 1968-1973 and 1988). The appellants have argued that, each time the matter was considered, the respondent had no reasonable foreseeable use for the surrendered land, and therefore there was no valid justification for retaining it. However, rather than offering frank disclosure of all material facts, the respondent withheld material information from the Band. The appellants contend that, post-surrender, the respondent had an on-going duty to inform the Band

accords de cession initiaux lorsqu'elle a pris connaissance de pareilles erreurs, mais qu'elle n'était pas tenue d'accorder une réparation lorsqu'elle a appris qu'un ministère gouvernemental s'était fait céder une quantité excessive de terres indiennes sans que la chose soit justifiée à des fins publiques.

[70] Pour ces motifs, je conclus que l'intimée a de fait manqué une deuxième fois, en 1969, à l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande et qu'une action à l'égard de ce manquement n'est pas écartée par l'application du délai de prescription final de 30 ans prévu à l'alinéa 8(1)c) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique. Toutefois, cette conclusion ne règle pas la question des délais de prescription parce que l'article 8 s'applique en plus du délai pertinent précis de la *Limitation Act*, et non à la place de ce délai. Par conséquent, je dois maintenant me demander si le délai de prescription de 6 ans prévu au paragraphe 3(4) s'applique de façon à écarter la réclamation que la bande a faite à l'égard du deuxième manquement à l'obligation fiduciaire, commis en 1969.

(3) LE JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE A-T-ELLE COMMIS UNE ERREUR EN OMETTANT DE CONCLURE QUE DE NOUVELLES CAUSES D'ACTION AVAIENT PRIS NAISSANCE, SUR LA BASE DE LA FRAUDE EN EQUITY, PAR SUITE DU MANQUEMENT À UNE OBLIGATION FIDUCIAIRE COMMIS AU COURS DES ANNÉES QUI ONT SUIVI L'ANNÉE 1951?

[71] Comme il en a déjà été fait mention, à plusieurs reprises après la cession de 1951, l'intimée s'est vue obligée d'examiner les projets qu'elle avait à l'égard des terres cédées excédentaires par suite des demandes de renseignements que la bande et d'autres personnes avaient faites (en 1962, de 1968 à 1973 et en 1988). Les appelants ont soutenu que chaque fois que la question a été examinée, l'intimée n'envisageait aucune utilisation des terres cédées dans un avenir raisonnablement rapproché et que, par conséquent, rien ne permettait légitimement de les conserver. Toutefois, au lieu d'offrir de communiquer d'une façon franche tous les faits importants, l'intimée a omis de divulguer

of any information relating to the respondent's current and intended use of the surrendered land, and that each instance of non-disclosure constituted a fresh cause of action for equitable fraud and wilful concealment.

[72] With respect, I do not accept the appellants' argument that each time the respondent was less than frank in response to an inquiry by the Band, the respondent committed a new equitable fraud, thereby giving rise to a fresh cause of action. The issue of equitable fraud cannot be considered separately from the issue of the proper application of limitation periods. In my view, to construe each interaction between the Crown and the Band as a separate fraud by the Crown is to create a disjointed reality. It is an attempt to give effect to the concept of a continuing breach of fiduciary duty through the back door, in order to skirt the issue of limitation periods altogether. Rather, the issue of the just application of limitation periods in the circumstances of the case at bar must be considered frontally. Thus, the question is, having regard to the special relationship between the Crown and the Band, and the conduct of the Crown, when should the Band have been in a position to bring a cause of action? It is an objective test most appropriately applied in the context of subsection 6(3) of the B.C. *Limitation Act*.

(4) WHETHER THE TRIAL JUDGE ERRED IN APPLYING THE 6-YEAR LIMITATION PERIOD PRESCRIBED IN SUBSECTION 3(4) OF THE B.C. LIMITATION ACT, AND IN FAILING TO POSTPONE THE RUNNING OF TIME IN ACCORDANCE WITH SUBSECTION 6(3) OF THAT ACT.

[73] The relevant specific limitation period for actions by Indian bands against the Crown for breach of fiduciary duty in the Province of British Columbia

des renseignements importants à la bande. Les appelants soutiennent qu'après la cession, l'intimée avait une obligation continue d'informer la bande de tout renseignement concernant l'utilisation actuelle et future des terres cédées et que chaque cas de non-divulgaration constituait une nouvelle cause d'action fondée sur la fraude en *equity* et la dissimulation délibérée.

[72] Je n'accepte pas l'argument des appelants selon lequel chaque fois qu'elle a omis de répondre franchement à une demande de renseignements présentée par la bande, l'intimée a commis une nouvelle fraude en *equity*, laquelle donnait lieu à une nouvelle cause d'action. On ne peut pas examiner séparément la question de la fraude en *equity* et celle de l'application appropriée des délais de prescription. À mon avis, interpréter chaque interaction entre la Couronne et la bande comme une fraude distincte commise par la Couronne créerait une réalité incohérente. Il s'agit d'une tentative en vue de donner indirectement effet au concept du manquement continu à une obligation fiduciaire et de contourner complètement la question des délais de prescription. La question de la juste application des délais de prescription dans les circonstances de la présente espèce doit plutôt être examinée de front. Par conséquent, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre la Couronne et la bande et de la conduite de la Couronne, il s'agit de savoir à quel moment la bande aurait dû être en mesure d'invoquer une cause d'action. Il s'agit d'un critère objectif qui est particulièrement pertinent dans le contexte du paragraphe 6(3) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique.

(4) LE JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE A-T-ELLE COMMIS UNE ERREUR EN APPLIQUANT LE DÉLAI DE PRESCRIPTION DE 6 ANS PRÉVU AU PARAGRAPHE 3(4) DE LA LIMITATION ACT DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE ET EN OMETTANT D'INTERROMPRE LE DÉLAI CONFORMÉMENT AU PARAGRAPHE 6(3) DE CETTE LOI?

[73] Le délai de prescription pertinent précis qui s'applique aux actions que les bandes indiennes intentent contre la Couronne par suite d'un manque-

is the 6-year limitation period in subsection 3(4) of the B.C. *Limitation Act*. As noted earlier, the second breach of fiduciary duty in 1969 is not barred by the 30-year ultimate limitation period. The issue here is whether or not subsection 6(3) of the B.C. *Limitation Act* should be applied to postpone the running of the 6-year limitation period until such time as the facts reasonably necessary to found the cause of action for the second breach of fiduciary duty in 1969 were known to the Band.<sup>69</sup> Put another way, from what date should the 6-year limitation period run? Should it run from 1969, in which case the Band's action for the second breach of fiduciary duty is statute-barred? Or, should subsection 6(3) operate to postpone the running of the 6-year limitation period because the respondent's conduct amounted to equitable fraud? If yes, how long should the running of time be postponed?

#### Section 6, B.C. *Limitation Act*

[74] I begin by reproducing the relevant provisions in section 6 of the B.C. *Limitation Act*:

6. . . .

(3) The running of time with respect to the limitation periods fixed by this Act for an action

. . .

- (d) based on fraud or deceit;
- (e) in which material facts relating to the cause of action have been wilfully concealed;

. . .

is postponed and time does not commence to run against a plaintiff until the identity of the defendant is known to him and those facts within his means of knowledge are such that a reasonable man, knowing those facts and having taken the appropriate advice a reasonable man would seek on those facts, would regard those facts as showing that

- (i) an action on the cause of action would, apart from the effect of the expiration of a limitation period, have a reasonable prospect of success; and

ment à une obligation fiduciaire en Colombie-Britannique est le délai de 6 ans prévu au paragraphe 3(4) de la *Limitation Act* de cette province. Comme il en a déjà été fait mention, le deuxième manquement à l'obligation fiduciaire, en 1969, n'est pas écarté par le délai de prescription final de 30 ans. Il s'agit ici de savoir si le paragraphe 6(3) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique doit s'appliquer de façon à interrompre le délai de prescription de 6 ans tant que la bande n'a pas pris connaissance des faits raisonnablement nécessaires pour fonder la cause d'action relative au deuxième manquement<sup>69</sup>. Autrement dit, à quel moment le délai de prescription de 6 ans devrait-il commencer à courir? Devrait-il commencer à courir en 1969, auquel cas l'action que la bande a intentée à l'égard du deuxième manquement est prescrite? Ou, le paragraphe 6(3) devrait-il s'appliquer de façon à interrompre le délai de prescription de 6 ans parce que la conduite de l'intimée équivalait à une fraude en *equity*? Dans l'affirmative, pendant combien de temps le délai de prescription devrait-il être interrompu?

#### L'article 6 de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique

[74] Je citerai d'abord les dispositions pertinentes de l'article 6 de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION]

6. . . .

(3) Le délai de prescription fixé par la présente loi à l'égard d'une action concernant

. . .

- d) une fraude ou une tromperie;
- e) des faits importants se rapportant à la cause d'action qui ont délibérément été dissimulés;

. . .

ne commence à courir qu'au moment où il [le demandeur] connaît l'identité du défendeur et que les faits, qu'il est en mesure de connaître, sont tels qu'une personne raisonnable, connaissant ces faits et ayant reçu les conseils appropriés qu'une personne raisonnable aurait demandés à leur égard, estimerait qu'ils montrent:

- i) qu'une action fondée sur la cause d'action aurait, si ce n'était de l'expiration du délai de prescription, des chances de succès raisonnables,

(j) the person whose means of knowledge is in question ought, in his own interests and taking his circumstances into account, to be able to bring an action.

(4) For the purpose of subsection (3),

(a) “appropriate advice”, in relation to facts, means the advice of competent persons, qualified in their respective fields, to advise on the medical, legal and other aspects of the facts, as the case may require;

(b) “facts” include

(i) the existence of a duty owed to the plaintiff by the defendant; and

(ii) that a breach of a duty caused injury, damage or loss to the plaintiff;

...

(5) The burden of proving that the running of time has been postponed under subsection (3) is on the person claiming the benefit of the postponement.

[75] Applying subsection 6(5), the appellants have the burden of proving that the running of time should be postponed pursuant to subsection 6(3). Paragraph 6(3)(d) establishes that the running of time can be postponed where there existed fraud or deceit. A purposive reading of this provision suggests that it refers not only to common law fraud, but also to equitable fraud.

#### Equitable Fraud

[76] The leading modern definition of equitable fraud is found in *Kitchen v. Royal Air Forces Association*. It reads: “conduct, which, having regard to some special relationship between the two parties concerned, is an unconscionable thing for one to do towards the other.”<sup>70</sup>

[77] The respondent contends that there is no evidence in this case which could lead to the conclusion that Crown officials acted in an “unconscionable” manner. Typically, the word “unconscionable” connotes a very high threshold. The *Shorter Oxford English Dictionary*, for example, provides one definition of “unconscionable” as “having no conscience;

j) que la personne qui est en mesure de connaître les faits devrait, dans son propre intérêt et compte tenu des circonstances, être capable d’intenter une action.

(4) Pour l’application du paragraphe (3),

a) «conseils appropriés», relativement à des faits, s’entend de conseils donnés par des personnes compétentes, ayant les qualités requises dans leurs champs respectifs de spécialité, pour donner des conseils de nature médicale, juridique ou autre;

b) «faits» comprend

(i) l’existence d’une obligation que le défendeur a envers le demandeur;

(ii) le fait qu’un manquement à une obligation a causé un préjudice, un dommage ou une perte au demandeur;

...

(5) La charge d’établir que le délai de prescription a été interrompu en vertu du paragraphe (3) incombe à la personne qui invoque l’interruption.

[75] Compte tenu du paragraphe 6(5), les appelants ont la charge de prouver que le délai de prescription devrait être interrompu conformément au paragraphe 6(3). L’alinéa 6(3)d établit que le délai de prescription peut être interrompu lorsqu’il y a eu fraude ou tromperie. Une interprétation de cette disposition fondée sur l’objet visé laisse entendre qu’elle s’applique non seulement à une fraude en common law, mais aussi à une fraude en *equity*.

#### La fraude en equity

[76] La définition actuelle de la fraude en *equity* qui fait autorité est donnée dans la décision *Kitchen v. Royal Air Forces Association*. Voici cette définition: [TRADUCTION] «une conduite qui, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre les parties concernées, est fort peu scrupuleuse de la part de l’une envers l’autre<sup>70</sup>.»

[77] L’intimée soutient qu’en l’espèce, aucun élément de preuve ne permet de conclure que les représentants de la Couronne ont agi d’une façon «fort peu scrupuleuse». D’habitude, l’expression «fort peu scrupuleux» laisse entendre l’existence d’un seuil très élevé. Ainsi, dans le *Shorter Oxford English Dictionary*, on définit le mot «unconscionable» (fort peu

unscrupulous; monstrously extortionate, harsh, etc.”. On this threshold, the respondent’s conduct certainly could not be labelled unconscionable. However, in the context of equitable fraud, the respondent’s conduct must be assessed having regard to the special relationship between the Crown and the Semiahmoo Indian Band.

[78] In *Guerin*, Dickson J. considered the concept of equitable fraud in the context of the Crown’s fiduciary relationship to an Indian band and its application to limitation periods. He stated:

It is well established that where there has been a fraudulent concealment of the existence of a cause of action, the limitation period will not start to run until the plaintiff discovers the fraud, or until the time when, with reasonable diligence, he ought to have discovered it. The fraudulent concealment necessary to toll or suspend the operation of the statute need not amount to deceit or common law fraud. Equitable fraud, defined in *Kitchen v. Royal Air Force Association*, [1958] 1 W.L.R. 563, as “conduct which, having regard to some special relationship between the two parties concerned, is an unconscionable thing for the one to do towards the other”, is sufficient. I agree with the trial judge that the conduct of the Indian Affairs Branch toward the Band amounted to equitable fraud. Although the Branch officials did not act dishonestly or for improper motives in concealing the terms of the lease from the Band, in my view their conduct was nevertheless unconscionable, having regard to the fiduciary relationship between the Branch and the Band.<sup>71</sup>

[79] In *Guerin*, the Crown committed equitable fraud because it did not disclose to an Indian band the terms of a lease on their lands, thereby concealing the existence of the band’s cause of action for breach of fiduciary duty by the Crown. In that case, the band had a cause of action because the lease that the Crown had negotiated on their behalf was vastly undervalued. In this case, the Crown did not conceal any of the terms of the surrender. The Band was fully aware that they had consented to an absolute surrender. Nevertheless, it is my view that the respondent’s conduct in its dealings with the Band beginning, at the latest, after the second breach of fiduciary duty in 1969, amounted to equitable fraud.

scrupuleux) ainsi: [TRADUCTION] «sans conscience; sans scrupules; rapace, dur, etc.» Selon ce seuil, la conduite de l’intimée ne pourrait certainement pas être qualifiée de fort peu scrupuleuse. Toutefois, dans le contexte de la fraude en *equity*, la conduite de l’intimée doit être évaluée compte tenu de la relation spéciale qui existe entre la Couronne et la bande indienne de Semiahmoo.

[78] Dans l’arrêt *Guerin*, le juge Dickson a examiné le concept de la fraude en *equity* dans le contexte de la relation fiduciaire qui existe entre la Couronne et une bande indienne et l’application de ce concept aux délais de prescription. Voici ce que le juge a dit:

Il est bien établi qu’en cas de dissimulation frauduleuse de l’existence d’une cause d’action, le délai de prescription ne commence à courir qu’à partir du moment où le demandeur découvre la fraude, ou du moment où, en faisant preuve de diligence raisonnable, il aurait dû la découvrir. Il n’est pas nécessaire que la dissimulation frauduleuse requise pour interrompre ou suspendre l’application de la loi constitue une tromperie ou une fraude de *common law*. Il suffit qu’il y ait fraude d’*equity* qui est définie, dans la décision *Kitchen v. Royal Air Force Association*, [1958] 1 W.L.R. 563, comme [TRADUCTION] «une conduite qui, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre les parties concernées, est fort peu scrupuleuse de la part de l’une envers l’autre». Je partage l’avis du juge de première instance selon lequel la conduite de la direction des Affaires indiennes à l’égard de la bande équivaut à une fraude d’*equity*. Même si les fonctionnaires de la Direction n’ont pas agi de façon malhonnête ou blâmable en cachant à la bande les conditions du bail, j’estime néanmoins que leur conduite a été peu scrupuleuse, compte tenu du rapport fiduciaire qui existe entre la Direction et la bande<sup>71</sup>.

[79] Dans l’arrêt *Guerin*, la Couronne avait commis une fraude en *equity* parce qu’elle n’avait pas divulgué à une bande indienne les conditions d’un bail se rapportant aux terres de celle-ci et qu’elle avait ainsi dissimulé l’existence de la cause d’action qu’avait la bande par suite du manquement à son obligation fiduciaire. Dans cette affaire-là, la bande avait une cause d’action parce que le bail que la Couronne avait négocié pour son compte était sous-évalué de beaucoup. Dans la présente espèce, la Couronne n’a pas dissimulé les conditions de la cession. La bande savait parfaitement bien qu’elle avait consenti à une cession absolue. Néanmoins, j’estime que la conduite de l’intimée, lorsqu’elle a traité avec la bande, à compter

[80] The Band relied upon the respondent for all of their information post-surrender as to the respondent's current and intended uses for the surrendered land. But, whenever the Band sought information from Crown officials, the latter neglected to provide frank disclosure about their lack of plans for the surrendered land. Instead, they led the Band to believe, each time, that they had definite plans for use of the surrendered land or that a study was being conducted to that end. There is no specific evidence to suggest that the respondent's overriding intention was to mislead the Band. However, equitable fraud does not require dishonesty or an improper motive; it requires only that the respondent acted unconscionably having regard to its relationship with the Band. In this case, I find that Crown officials did act unconscionably having regard to that relationship, and thus conclude that the respondent's conduct toward the Band, as a fiduciary, constituted equitable fraud.

When should the 6-year limitation period start to run?

[81] I must now answer the question; how does this finding of equitable fraud affect the running of the 6-year limitation period in subsection 3(4) of the B.C. *Limitation Act*? The relevant wording of subsection 6(3) bears repeating:

6. (3) . . .

. . . time does not commence to run against a plaintiff until the identity of the defendant is known to him and those facts within his means of knowledge are such that a reasonable man, knowing those facts and having taken the appropriate advice a reasonable man would seek on those facts, would regard those facts as showing that

- (i) an action on the cause of action would, apart from the effect of the expiration of a limitation period, have a reasonable prospect of success; and

au plus tard du deuxième manquement à son obligation fiduciaire, en 1969, équivalait à une fraude en *equity*.

[80] La bande a compté sur l'intimée pour lui fournir tous les renseignements qu'elle voulait obtenir après la cession au sujet de l'utilisation actuelle et future des terres cédées. Cependant, chaque fois qu'elle demandait des renseignements, les représentants de la Couronne négligeaient de lui faire franchement savoir qu'ils n'avaient pas de projet à l'égard des terres cédées. Ils ont plutôt chaque fois fait croire à la bande qu'ils avaient des projets précis relativement à l'utilisation des terres cédées ou que la question était à l'étude. Aucun élément de preuve précis ne laisse entendre que l'intention primordiale de l'intimée était d'induire la bande en erreur. Toutefois, pour qu'il y ait fraude en *equity*, il n'est pas nécessaire qu'on ait fait preuve de malhonnêteté ou qu'on ait eu un motif illégitime; il suffit que l'intimée ait agi d'une façon fort peu scrupuleuse compte tenu de la relation qu'elle avait avec la bande. En l'espèce, je conclus que les représentants de la Couronne ont agi d'une façon fort peu scrupuleuse compte tenu de cette relation et que la façon dont l'intimée a agi à l'endroit de la bande, en sa qualité de fiduciaire, constituait une fraude en *equity*.

À quel moment le délai de prescription de 6 ans devrait-il commencer à courir?

[81] Je dois maintenant répondre à la question de savoir comment cette conclusion, à savoir qu'il y a eu fraude en *equity*, influe sur le délai de prescription de 6 ans fixé au paragraphe 3(4) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique. Il est opportun de citer de nouveau le passage pertinent du paragraphe 6(3):

[TRANSLATION]

6. (3) . . .

. . . ne commence à courir qu'au moment où il [le demandeur] connaît l'identité du défendeur et que les faits, qu'il est en mesure de connaître, sont tels qu'une personne raisonnable, connaissant ces faits et ayant reçu les conseils appropriés qu'une personne raisonnable aurait demandés à leur égard, estimerait qu'ils montrent:

- i) qu'une action fondée sur la cause d'action aurait, si ce n'était de l'expiration du délai de prescription, des chances de succès raisonnables,

- (j) the person whose means of knowledge is in question ought, in his own interests and taking his circumstances into account, to be able to bring an action.
- j) que la personne qui est en mesure de connaître les faits devrait, dans son propre intérêt et compte tenu des circonstances, être capable d'intenter une action.

[82] Subsection 6(3) establishes an objective test for the running of time; given their knowledge of the material facts, when would a reasonable person in the place of the Band have been able to bring an action? Applying this test, it is my view that the limitation period in subsection 3(4) should run from on or about 23 May 1989, the date on which DIAND sent a letter to the Band and enclosed a copy of the consultants' report prepared in 1988 with respect to the development of the surrendered land. The letter and consultants' report were sent on 23 May 1989 and one would assume that, in the ordinary course, it would have been received by the Band a few days thereafter. It was this report which, for the first time, clearly indicated to the Band that the respondent had no intention of constructing an expanded customs facility on the unused portion of the surrendered land in the foreseeable future. In my respectful view, it was upon receipt of this report that a reasonable person in the position of the Band, receiving appropriate advice, would have initiated a cause of action against the Crown for breach of its fiduciary duty.

[83] The Band first requested return of the surrendered land in 1962. It did not, however, seek legal advice in connection with this matter until 1987<sup>72</sup> and it was not until the Band received the consultants' report in 1989 that their suspicion was confirmed that the Crown did not have a foreseeable public need for the surrendered land. It is arguable that the respondent consistently delayed making any decision with respect to the surrendered land since 1962, and that the reasonable person would have pursued legal action long before 1989. However, in my view, this Court must consider the Band's dependence upon the Crown, and the unique nature of the fiduciary relationship that exists between them, in applying the reasonable person standard. Over the course of four decades, the respondent consistently indicated to the Band that development on the surrendered land was planned for the foreseeable future or that studies were being conducted to determine the best uses for the land. When

[82] Le paragraphe 6(3) établit un critère objectif au sujet du moment auquel la prescription commence à courir; compte tenu de sa connaissance des faits importants, à quel moment une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que la bande aurait-elle été en mesure d'intenter une action? Si j'applique ce critère, j'estime que le délai de prescription prévu au paragraphe 3(4) devrait commencer à courir le 23 mai 1989 ou vers cette date, soit la date à laquelle le MAINC a envoyé une lettre à la bande en y joignant une copie du rapport que les experts-conseils avaient préparé en 1988 au sujet de l'aménagement des terres cédées. La lettre et le rapport des experts-conseils ont été envoyés le 23 mai 1989 et il est à supposer que la bande les aurait normalement reçus quelques jours plus tard. C'est dans ce rapport qu'on disait clairement pour la première fois que l'intimée n'avait pas l'intention d'agrandir l'installation douanière dans un avenir rapproché. À mon avis, c'est en recevant ce rapport qu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que la bande et recevant des conseils appropriés aurait invoqué une cause d'action fondée sur le manquement par la Couronne à son obligation fiduciaire.

[83] La bande a pour la première fois demandé la restitution des terres cédées en 1962. Toutefois, elle n'a demandé conseil à un avocat à ce sujet qu'en 1987<sup>72</sup> et ce n'est que lorsque la bande a reçu le rapport des experts-conseils, en 1989, que ses soupçons, à savoir que la Couronne n'avait pas besoin des terres cédées à des fins publiques dans un avenir rapproché, ont été confirmés. Il est possible de soutenir que l'intimée a toujours tardé à prendre une décision au sujet des terres cédées depuis 1962, et qu'une personne raisonnable aurait intenté une action en justice bien avant 1989. Toutefois, à mon avis, cette Cour doit, lorsqu'elle applique la norme de la personne raisonnable, tenir compte du fait que la bande dépendait de la Couronne et de la nature unique en son genre de la relation fiduciaire qui existe entre la Couronne et la bande. Pendant quatre décennies, l'intimée a toujours dit à la bande qu'on envisageait d'aménager les terres cédées dans un avenir rapproché



would a reasonable person have stopped believing the Crown?

[84] In coming to the conclusion that the 6-year limitation period in subsection 3(4) should not begin to run until on or about 23 May 1989, I find it important to bear in mind that it is only in the last approximately fifteen years that Indian bands have been able to exercise the same degree of diligence with respect to their legal rights as might be expected of an ordinary member of society. To be more specific, it was not until the Supreme Court's 1984 decision in *Guerin* that courts clearly began to recognize a cause of action against the Crown for breach of fiduciary duty in land surrenders. In *Sparrow*, the Supreme Court made this observation in the following way:

For many years, the rights of the Indians to their aboriginal lands—certainly as legal rights—were virtually ignored. The leading cases defining Indian rights in the early part of the century were directed at claims supported by the Royal Proclamation or other legal instruments, and even these cases were essentially concerned with settling legislative jurisdiction or the rights of commercial enterprises. For fifty years after the publication of Clement's *The Law of the Canadian Constitution* (3rd ed. 1916), there was a virtual absence of discussion of any kind of Indian rights to land even in academic literature. By the late 1960s, aboriginal claims were not even recognized by the federal government as having any legal status. Thus the *Statement of the Government of Canada on Indian Policy* (1969), although well meaning, contained the assertion (at p. 11) that "aboriginal claims to land . . . are so general and undefined that it is not realistic to think of them as specific claims capable of remedy except through a policy and program that will end injustice to the Indians as members of the Canadian community."<sup>73</sup>

[85] The Supreme Court further noted that, "[a]s recently as *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, the federal government argued in this Court that any federal obligation was of a political character."<sup>74</sup>

ou qu'on était en train de faire des études en vue de déterminer l'utilisation optimale des terres. À quel moment une personne raisonnable aurait-elle cessé de croire la Couronne?

[84] En concluant que le délai de prescription de 6 ans prévu au paragraphe 3(4) ne doit commencer à courir que le 23 mai 1989 ou vers cette date, je conclus qu'il est important de tenir compte du fait que ce n'est depuis les quinze dernières années environ que les bandes indiennes peuvent faire preuve, à l'égard des droits qui leur sont reconnus en common law, du même degré de diligence que les autres citoyens ordinaires. Plus précisément, ce n'est que lorsque la Cour suprême a rendu sa décision dans l'affaire *Guerin*, en 1984, que les tribunaux ont clairement commencé à reconnaître l'existence d'une cause d'action fondée sur le manquement à l'obligation fiduciaire qui incombe à la Couronne à l'égard des cessions de terres. C'est ce que la Cour suprême a dit dans l'arrêt *Sparrow*:

Pendant plusieurs années les droits des Indiens à leurs terres ancestrales—certainement à titre de droits reconnus en common law—ont été à toutes fins pratiques ignorés. Les arrêts de principe qui ont défini les droits des Indiens au début du siècle portaient sur des revendications étayées par la Proclamation royale ou d'autres documents juridiques et, même dans ces cas, les tribunaux étaient essentiellement intéressés à établir la compétence législative ou les droits des entreprises commerciales. Au cours des cinquante années qui ont suivi la publication de l'ouvrage de Clement, *The Law of the Canadian Constitution* (3<sup>e</sup> éd. 1916), on constate une absence quasi totale d'analyse des droits territoriaux des Indiens, et ce, même dans les ouvrages de doctrine. À la fin des années soixante, le gouvernement fédéral n'accordait même pas de valeur juridique aux revendications des autochtones. Ainsi, même si elle procédait d'une intention louable, *La politique indienne du gouvernement du Canada* (1969), contenait (à la p. 12) l'affirmation que «les droits aborigènes [. . .] sont tellement généraux qu'il n'est pas réaliste de les considérer comme des droits précis, susceptibles d'être réglés excepté par un ensemble de politiques et de mesures qui mettront fin aux injustices dont les Indiens ont souffert comme membres de la société canadienne»<sup>73</sup>.

[85] La Cour suprême a en outre fait remarquer ceci: «Aussi récemment que dans l'affaire *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, le gouvernement fédéral a soutenu devant notre Cour que toute obligation fédérale était de nature politique<sup>74</sup>.»

[86] In accordance with paragraph 6(3)(i) of the B.C. *Limitation Act*, the 6-year limitation period in subsection 3(4) does not start to run until the “reasonable plaintiff”, having obtained the appropriate advice, would regard the facts known to it as showing that a cause of action has “a reasonable prospect of success”. In my view, until the *Guerin* decision, it could not be said that the reasonable plaintiff would have viewed the band’s cause of action as having “a reasonable prospect of success”. Until *Guerin*, most Aboriginal peoples believed that their only avenue for redress for unfair treatment in land surrenders was in the political arena. That is, if any relief was to be obtained, it was in negotiating with the Crown, which is precisely what the Band did on many occasions over the course of the four decades which followed the 1951 surrender. It was not long after the *Guerin* decision, in 1987, that the Band sought legal advice in connection with the surrendered land. And, shortly after receiving the consultants’ report confirming their suspicion that the respondent had no foreseeable use for the surrendered land, the Band commenced this cause of action.

[87] Thus, I conclude that the Trial Judge erred in failing to consider that the 6-year limitation period in subsection 3(4) of the B.C. *Limitation Act* could be postponed by operation of subsection 6(3). The limitation period for the Crown’s second breach of fiduciary duty should run from on or about 23 May 1989, placing the present cause of action (commenced 3 July 1990) well within the 6-year prescription period in subsection 3(4).

#### CONCLUSION

[88] For all of the foregoing reasons, I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal. The respondent’s original breach of fiduciary duty in consenting to the 1951 surrender agreement is statute-barred by

[86] Conformément à l’alinéa 6(3)i) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, le délai de prescription de 6 ans prévu au paragraphe 3(4) ne commence à courir qu’au moment où le «demandeur raisonnable», après avoir reçu les conseils appropriés, estimerait que les faits dont il a connaissance donnent naissance à une cause d’action qui a «des chances de succès raisonnables». À mon avis, avant l’arrêt *Guerin*, on ne pouvait pas dire que le demandeur raisonnable aurait estimé que la cause d’action de la bande avait «des chances de succès raisonnables». Avant l’arrêt *Guerin*, la plupart des peuples autochtones croyaient que, lorsqu’ils avaient été traités d’une façon inéquitable relativement à la cession de terres, ils disposaient uniquement d’un recours de nature politique, c’est-à-dire qu’ils devaient obtenir une réparation en négociant avec la Couronne, ce qui est précisément ce que la bande a fait à maintes reprises au cours des quatre décennies qui ont suivi la cession de 1951. Ce n’est qu’en 1987, bien après que le jugement eut été rendu dans l’affaire *Guerin*, que la bande a demandé conseil à un avocat relativement aux terres cédées. Peu de temps après avoir reçu le rapport dans lequel les experts-conseils confirmaient ses soupçons, à savoir que l’intimée n’envisageait pas d’utiliser les terres cédées dans un avenir rapproché, la bande a fait valoir cette cause d’action.

[87] Je conclus donc que le juge de première instance a commis une erreur en omettant de tenir compte du fait que le délai de prescription de 6 ans prévu au paragraphe 3(4) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique pouvait être interrompu en vertu du paragraphe 6(3). Le délai de prescription, en ce qui concerne le deuxième manquement à l’obligation fiduciaire qui incombait à la Couronne, devrait commencer à courir le 23 mai 1989 ou vers cette date, de sorte que la présente action (qui date du 3 juillet 1990) a été intentée bien avant l’expiration du délai de prescription de 6 ans prévu au paragraphe 3(4).

#### CONCLUSION

[88] Pour les motifs susmentionnés, j’accueillerais l’appel et je rejetterais l’appel incident. Le manquement initial de l’intimée à son obligation fiduciaire, lorsqu’elle a consenti à l’accord de cession de 1951,

operation of the 30-year ultimate limitation period in paragraph 8(1)(c) of the B.C. *Limitation Act*. However, I find that the respondent breached its fiduciary duty to the Band a second time in 1969 when it failed to correct its original breach, and that this second breach is not barred by operation of the 30-year ultimate limitation period, nor by the 6-year limitation period in subsection 3(4), the running of the latter having been postponed until on or about 23 May 1989.

### REMEDY

[89] By direction dated 8 January 1997, the Court requested further written submissions from the parties on the issue of the appropriate remedy to order if the Court were to conclude that the respondent did in fact breach its fiduciary duty to the Band in such a manner as to give rise to a cause of action that is not statute-barred. Both parties agreed in their written submissions that there are three main remedies available to the Court in order to remedy such a breach of fiduciary duty: (1) the implementation of a constructive trust; (2) an award of equitable damages; or (3) an accounting for profits (or a combination thereof).

[90] The constructive trust is an equitable remedy for unjust enrichment.<sup>75</sup> While courts have been particularly receptive to the constructive trust as a remedy in cases involving breach of fiduciary duty, it is not an appropriate remedy in all such cases. As La Forest J. stated in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, “[b]reaches of fiduciary duties and breaches of confidence are both wrongs for which restitutionary relief is often appropriate. It is not every case of such a breach of duty, however, that will attract recovery based on the gain of the defendant at the plaintiff’s expense.”<sup>76</sup>

[91] It is not entirely clear from the authorities whether, in a case of breach of fiduciary duty, it is

est prescrit par l’application du délai de prescription final de 30 ans prévu à l’alinéa 8(1)c) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique. Toutefois, je conclus que l’intimée a manqué une deuxième fois, en 1969, à l’obligation fiduciaire qu’elle avait envers la bande, lorsqu’elle a omis de corriger le manquement initial, et que ce deuxième manquement n’est pas écarté par l’application du délai de prescription final de 30 ans ni par le délai de prescription de 6 ans prévu au paragraphe 3(4), lequel n’a commencé à courir que le 23 mai 1989 ou vers cette date.

### RÉPARATION

[89] Par une directive datée du 8 janvier 1997, la Cour a demandé aux parties de présenter des observations écrites additionnelles au sujet de la question de la réparation qu’elle devrait ordonner si elle concluait que l’intimée a de fait manqué à l’obligation fiduciaire qu’elle avait envers la bande, de façon à donner naissance à une cause d’action qui n’est pas prescrite. Les deux parties ont convenu, dans leurs observations écrites, que la Cour disposait de trois réparations principales afin de remédier à pareil manquement: (1) l’application d’une fiducie par interprétation; (2) l’octroi de dommages-intérêts en *equity*; ou (3) la reddition de comptes à l’égard des bénéfices (ou une combinaison des trois).

[90] La fiducie par interprétation est une réparation en *equity* fondée sur l’enrichissement sans cause<sup>75</sup>. Les tribunaux ont été particulièrement prêts à avoir recours à la fiducie par interprétation dans les cas de manquement à une obligation fiduciaire, mais cette réparation n’est pas appropriée dans tous les cas de ce genre. Comme le juge La Forest l’a dit dans l’arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*: «Le manquement aux obligations fiduciaires et les abus de confiance sont des torts pour lesquels la restitution est souvent une réparation appropriée. Cependant, les manquements à de telles obligations ne sont pas tous sanctionnés par la restitution fondée sur les profits réalisés par un défendeur aux dépens d’un demandeur»<sup>76</sup>.

[91] Les arrêts ne disent pas clairement si, dans le cas d’un manquement à une obligation fiduciaire, il

necessary to show unjust enrichment in order to justify a restitutionary remedy or whether it is sufficient to show that ordinary damages, calculated on common law principles, would not provide adequate compensation to the beneficiary for the impugned breach. Since it is a basic rule of fiduciary law that a fiduciary must not benefit at the expense of the beneficiary, it is arguable that proof that a fiduciary benefited from a breach of fiduciary duty is proof of unjust enrichment. For the sake of completeness, however, I shall consider explicitly whether the elements of unjust enrichment are made out in this case.

[92] The respondent breached its fiduciary duty to the Band at least twice. First, in consenting to the original surrender (a cause of action that is statute-barred) and, second, in 1969, when the respondent failed to correct its original breach by reconveying the unused surrendered land to the Band (a cause of action that is not statute-barred). The relevant issue in this case is whether the respondent was unjustly enriched by the latter breach.

[93] In *Pettkus v. Becker*,<sup>77</sup> Dickson J. held that there are three elements which must be proved to establish a claim to unjust enrichment: (1) enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation suffered by the plaintiff; and (3) absence of a juristic reason for the enrichment. Since the original surrender, the respondent has not done anything with the surrendered land. Can it be said that the respondent has been enriched by its second breach of fiduciary duty if the surrendered land has not been used for any public (or private) purpose? It should also be noted that the Trial Judge found that the Band received a price for the surrendered land which was not below market value. If the Band has had the use of these funds ever since, can it be said that they have suffered a corresponding deprivation as a result of the loss of the surrendered land? Notwithstanding these apparent obstacles, I am of the view that the respondent has been unjustly enriched in this case.

[94] Although the respondent has not made use of the surrendered land, it has retained title to the land

faut démontrer qu'il y a eu enrichissement sans cause afin de justifier la restitution, ou s'il suffit de démontrer que des dommages-intérêts ordinaires, déterminés selon les principes de la common law, ne permettraient pas d'indemniser le bénéficiaire d'une façon adéquate. Étant donné que, selon une règle fondamentale du droit des fiducies, le fiduciaire ne doit pas obtenir un avantage au détriment du bénéficiaire, il est possible de soutenir que la preuve selon laquelle le fiduciaire a tiré parti d'un manquement à son obligation constitue une preuve d'enrichissement sans cause. Toutefois, j'examinerai la question à fond et je me demanderai expressément si les éléments de l'enrichissement sans cause sont établis dans la présente espèce.

[92] L'intimée a manqué à l'obligation de fiduciaire qu'elle avait envers la bande au moins deux fois; la première fois, en consentant à la cession initiale (la cause d'action y afférente étant prescrite) et, la seconde fois, en 1969, lorsqu'elle a omis de corriger son manquement initial en transférant de nouveau les terres cédées inutilisées à la bande (la cause d'action y afférente n'étant pas prescrite). Il s'agit en l'espèce de savoir si l'intimée a bénéficié d'un enrichissement sans cause par suite du dernier manquement.

[93] Dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*<sup>77</sup>, le juge Dickson a statué que trois éléments doivent être prouvés pour établir une demande fondée sur l'enrichissement sans cause: (1) l'enrichissement du défendeur; (2) l'appauvrissement correspondant du demandeur; (3) l'absence d'un motif juridique justifiant l'enrichissement. Depuis la cession initiale, l'intimée n'a rien fait des terres cédées. Peut-on dire que l'intimée s'est enrichie par suite du deuxième manquement qu'elle a commis à son obligation fiduciaire si les terres cédées n'ont pas été employées à des fins publiques (ou privées)? Il importe également de noter que le juge de première instance a conclu que la bande avait reçu pour les terres cédées un prix qui n'était pas inférieur à la valeur marchande. Si la bande a eu l'utilisation de ces fonds depuis lors, peut-on dire qu'elle a été victime d'un appauvrissement correspondant par suite de la perte des terres cédées? Malgré ces obstacles apparents, j'estime que l'intimée s'est enrichie sans cause.

[94] L'intimée n'a pas utilisé les terres cédées, mais elle en a conservé le titre de propriété pendant plus de

for over 40 years in contravention of its fiduciary duty to the Band. In 1969, the respondent breached its fiduciary duty a second time because it refused to redesignate the surrendered land as part of the Band's reserve despite its recognition that the land was not required in the foreseeable future for expansion of the customs facilities at Douglas, B.C. The respondent recognized the strategic value of the land, and decided to retain it. By refusing to reconvey the surrendered land to the Band, the respondent was enriched because it retained the land from 1969 to the present without title being fettered by redesignation of the land as part of the Band's reserve. In my respectful view, a further finding that the respondent used the land productively—for example, by generating a profit or by using it for a public purpose—is not required in order to justify a finding that the respondent has been enriched.

[95] It is also clear that the Band has suffered a corresponding deprivation. As a result of the respondent's failure to reconvey the surrendered land to the Band, the Band has been deprived of the opportunity to develop the land themselves. The Band made it clear to the respondent by 1969 (at the latest) that, pursuant to their development plans for the reserve, they wanted the surrendered land back if it was not going to be used for the stated public purpose. The Band even offered to repay the monies that they had obtained in the original surrender agreement. However, because of the respondent's dilatoriness, the surrendered land has sat idle and undeveloped from the date of surrender to the present; a period of forty-six years. Moreover, the surrendered land has a unique value to the Band, and thus, the fact that they received market value for the land (as undeveloped property) in the original surrender agreement does not detract from the conclusion that they suffered a deprivation as a result of the respondent's failure to reconvey the land to the Band in 1969. Although the cause of action for the original breach of fiduciary duty in 1951 is statute-barred, it is useful to keep in mind (for the purposes of remedying the second breach) the Trial Judge's finding that the Band would not have surrendered the land in the normal course of events.<sup>78</sup> The Band may have received monetary compensation for the surren-

40 ans en violation de l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande. En 1969, l'intimée a manqué à son obligation fiduciaire une autre fois parce qu'elle a refusé de désigner de nouveau les terres cédées comme faisant partie de la réserve de la bande, et ce, bien qu'elle ait reconnu ne pas avoir besoin de ces terres dans un avenir rapproché en vue de l'agrandissement des installations douanières à Douglas (Colombie-Britannique). L'intimée a reconnu la valeur stratégique des terres et a décidé de les conserver. En refusant de transférer de nouveau les terres cédées à la bande, l'intimée s'est enrichie puisqu'elle a conservé les terres de 1969 jusqu'à maintenant sans que le titre soit assujéti à une nouvelle désignation à titre de terres de la réserve. À mon avis, pour conclure à l'enrichissement, il n'est pas nécessaire de conclure en outre que l'intimée a utilisé les terres d'une façon productive, par exemple, en générant un bénéfice ou en les utilisant à des fins publiques.

[95] Il est également clair que la bande a été victime d'un appauvrissement correspondant. Étant donné que l'intimée a omis de lui transférer de nouveau les terres cédées, la bande a été privée de la possibilité d'aménager elle-même ces terres. La bande a clairement fait savoir à l'intimée en 1969 (au plus tard) que, selon ses projets d'aménagement de la réserve, elle voulait que les terres cédées lui soient remises si ces dernières n'allaient pas être utilisées aux fins publiques énoncées. La bande a même offert de rembourser les sommes qu'elle avait obtenues lors de l'accord de cession initial. Toutefois, parce que l'intimée a tardé à agir, les terres cédées sont demeurées inutilisées et non aménagées depuis la date de la cession jusqu'à maintenant, soit une période de quarante-six ans. En outre, les terres cédées ont une valeur unique pour la bande et, par conséquent, le fait que la bande a obtenu un montant correspondant à la valeur marchande des terres (en tant que biens non aménagés) lors de l'accord de cession initial ne change rien à la conclusion selon laquelle elle a été victime d'un appauvrissement par suite de l'omission de l'intimée de lui transférer de nouveau les terres en 1969. La cause d'action se rapportant au manquement initial à l'obligation fiduciaire commis en 1951 est prescrite, mais il est bon de se rappeler (lorsqu'il s'agit de remédier au deuxième manquement) la conclusion du juge de

dered land in 1951, but they wanted to retain their land. Therein lies the deprivation.

[96] There is no juristic reason for the respondent's enrichment. It is a simple rule of fiduciary law that the fiduciary must disgorge any benefits obtained at the expense of the beneficiary.<sup>79</sup> In this case, the respondent obtained the surrendered land in contravention of its fiduciary duty to the Band. It is a fiduciary duty born out of the "honour of the Crown", and it is the role of the courts to ensure that the Crown lives up to that duty. In this case, a restitutionary remedy is required in order to redress fully the wrongs committed to the Band by the respondent.

[97] Furthermore, it is well settled that fiduciary law contains within it an element of deterrence.<sup>80</sup> A restitutionary remedy in this case will signal to the respondent that it must act with due regard to the best interests of affected Indian bands when dealing with land retained by the respondent post-surrender. In other words, when the respondent retains land obtained by way of surrender, its fiduciary obligations do not end when the Band "signs on the dotted line".

[98] Once it is decided that a restitutionary remedy is appropriate, the next step is to determine which restitutionary remedy. The constructive trust is only one of the restitutionary remedies available to a court. One alternative is to award equitable damages. As stated by La Forest J. in *Lac Minerals*:

While, as the Chief Justice observed, "The principle of unjust enrichment lies at the heart of the constructive trust": see *Pettkus v. Becker*, at p. 847, the converse is not true. The constructive trust does not lie at the heart of the law of restitution. It is but one remedy, and will only be imposed in appropriate circumstances.<sup>81</sup>

[99] La Forest J. goes on to state that "a constructive trust should only be awarded if there is reason to grant

première instance, à savoir que la bande n'aurait normalement pas cédé les terres<sup>78</sup>. La bande a peut-être bien reçu une indemnité pécuniaire pour les terres cédées en 1951, mais elle voulait conserver ses terres, de sorte qu'il y a eu appauvrissement.

[96] Il n'existe aucun motif juridique justifiant l'enrichissement de l'intimée. Selon une règle simple du droit des fiducies, le fiduciaire doit se déposséder de tout avantage obtenu au détriment du bénéficiaire<sup>79</sup>. Dans ce cas-ci, l'intimée a obtenu les terres cédées en violation de l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande. Il s'agit d'une obligation fiduciaire née d'un «engagement de la Couronne», et il incombe aux tribunaux de s'assurer que cette dernière le respecte. Dans ce cas-ci, il faut accorder la restitution afin de réparer pleinement le préjudice que l'intimée a causé à la bande.

[97] En outre, il est bien établi que le droit des fiducies comporte un élément de dissuasion<sup>80</sup>. Dans ce cas-ci, une réparation sous forme de restitution indiquera à l'intimée qu'elle doit agir en tenant compte des intérêts de la bande touchée lorsqu'il s'agit de terres qu'elle a conservées après la cession. En d'autres termes, lorsque l'intimée conserve des terres qui ont été obtenues au moyen d'une cession, ses obligations fiduciaires ne prennent pas fin lorsque la bande «appose sa signature».

[98] Une fois qu'il a été décidé que la restitution est la réparation appropriée, il faut déterminer en quoi consiste cette réparation sous forme de restitution. La fiducie par interprétation n'est que l'une des réparations sous forme de restitution dont un tribunal dispose, celui-ci pouvant également accorder des dommages-intérêts en *equity*. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Lac Minerals*:

Même si, comme le Juge en chef le faisait observer à la p. 847 de l'arrêt *Pettkus c. Becker*, «Le principe de l'enrichissement sans cause est au cœur de la fiducie par interprétation», l'inverse n'est pas vrai. La fiducie par interprétation n'est pas au cœur du droit de la restitution. Il s'agit seulement d'une réparation parmi d'autres, et il n'y sera recouru que dans les circonstances appropriées<sup>81</sup>.

[99] Le juge La Forest ajoute qu'«il n'y a lieu de conférer une fiducie par interprétation qu'en présence

to the plaintiff the additional rights that flow from recognition of a right of property.”<sup>82</sup> In my respectful view, this is an appropriate case in which to impose a constructive trust on the surrendered land in favour of the Band. The Trial Judge found that the respondent breached its fiduciary duty in the original surrender agreement because it failed to minimally impair the rights of the Band by obtaining an absolute surrender of more land than it required for its stated public purpose. The Trial Judge also found that the respondent took land from the Band that they would not have surrendered in the normal course of events. While this original breach is not actionable, the respondent further breached its fiduciary duty by not reconveying the land to the Band in 1969, when it was clear to Crown officials that the land was not in fact required for any public purpose and that the Band wanted it back. By failing to reconvey the surrendered land to the Band, the respondent frustrated the Band’s efforts to reobtain a specific and unique property to which, as this Court has held, the Band was otherwise entitled. The imposition of a constructive trust simply does for the respondent what its fiduciary duty required of it back in 1969; it gives back to the Band an interest in the surrendered land.

[100] In my view, it is of no import that a band’s interest in its reserve land, like Aboriginal title, has been held by some courts to be a *sui generis* personal right, and not a true proprietary right.<sup>83</sup> As stated by La Forest J. in *Lac Minerals*:

... it is not the case that a constructive trust should be reserved for situations where a right of property is recognized. That would limit the constructive trust to its institutional function, and deny to it the status of a remedy, its more important role. Thus, it is not in all cases that a pre-existing right of property will exist when a constructive trust is ordered. The imposition of a constructive trust can both recognize and create a right of property.<sup>84</sup>

d’un motif pour accorder au demandeur les droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d’un droit de propriété»<sup>82</sup>. À mon avis, il convient en l’espèce de créer à l’égard des terres cédées une fiducie par interprétation en faveur de la bande. Le juge de première instance a conclu que l’intimée avait manqué à l’obligation fiduciaire qui lui incombait en vertu de l’accord de cession initial parce que, en obtenant une cession absolue d’une superficie plus grande que ce dont elle avait besoin aux fins publiques énoncées, elle avait omis de porter le moins possible atteinte aux droits de la bande. Le juge de première instance a également conclu que l’intimée avait pris des terres que la bande n’aurait normalement pas cédées. Ce manquement initial ne peut faire l’objet d’une action, mais l’intimée a en outre manqué à son obligation fiduciaire du fait qu’elle a omis de transférer de nouveau les terres à la bande, en 1969, lorsque les représentants de la Couronne se sont clairement aperçus qu’en fait, on n’avait pas besoin des terres à des fins publiques et que la bande voulait que celles-ci lui soient remises. En omettant de transférer de nouveau les terres cédées à la bande, l’intimée a entravé les efforts que cette dernière avait faits en vue de reprendre un bien précis et unique en son genre auquel, comme cette Cour l’a statué, elle avait par ailleurs droit. En créant une fiducie par interprétation, on fait simplement ce que l’intimée devait faire, en 1969, en vertu de son obligation fiduciaire; on remet à la bande l’intérêt que celle-ci possédait dans les terres cédées.

[100] À mon avis, il est sans importance que certains tribunaux aient statué que l’intérêt que les bandes ont dans les terres d’une réserve, par exemple leur titre autochtone, constitue un droit personnel *sui generis*, plutôt qu’un véritable droit de propriété<sup>83</sup>. Comme le juge La Forest l’a dit dans l’arrêt *Lac Minerals*:

... il n’est pas exact qu’il faille limiter la fiducie par interprétation aux situations dans lesquelles il y a reconnaissance d’un droit de propriété. Ce serait cantonner la fiducie par interprétation dans sa fonction institutionnelle, et lui refuser la qualité de réparation, qui est son rôle le plus important. Ainsi donc, il n’y aura pas toujours un droit de propriété préexistant lorsque sera imposée la fiducie par interprétation. L’imposition de la fiducie par interprétation peut servir à la fois à reconnaître et à créer un droit de propriété<sup>84</sup>.

[101] By virtue of the respondent's breaches of its fiduciary duty, the Band lost, and was not able to regain, its interest in the surrendered land. Given the unique value placed upon land by the First Nations in general, and upon the surrendered land by the Band in particular, a monetary award *simpliciter* would be an inadequate remedy for the respondent's actionable breach of fiduciary duty.<sup>85</sup> In my view, it is appropriate in these circumstances for the Court to create a beneficial interest in the surrendered land for the Band by imposing a constructive trust.

[102] The most contentious aspect of the constructive trust remedy in this case is to determine whether it should apply to all or part of the surrendered land, and, if the latter, what part. The Band wants an order declaring that the respondent holds all 22,408 acres of the surrendered land as a constructive trustee for the Band. The respondent, on the other hand, submits that only that portion of the land that is not required for future customs expansion as at the date of this Court's judgment should be subject to the constructive trust.

[103] I am not prepared to accept the respondent's submission that the constructive trust should only be applied to that portion of the surrendered land not required by the respondent for an expanded customs facility as of the date of this Court's judgment. Rather, I am of the view that the constructive trust should be imposed upon that portion of the land that remained unused for the stated public purpose as at the date of the second breach of fiduciary duty. In reaching this conclusion, I re-emphasize that the constructive trust is not founded upon a pre-existing property right, but rather is an equitable remedy which creates a property right. The focus of a restitutionary remedy in this case must be to place the Band in the same position as it would have been in had the respondent not committed the second breach of fiduciary duty in 1969. Thus, I am of the view that the constructive trust should apply to all 22,408 acres of the surrendered land. In my respectful view, the respondent has not provided any convincing reason why this would be an inappropriate

[101] À cause des manquements de l'intimée à son obligation fiduciaire, la bande a perdu l'intérêt qu'elle avait dans les terres cédées, intérêt qu'elle n'a pas pu obtenir de nouveau. Compte tenu de la valeur unique en son genre que les Premières nations attribuent aux terres en général et aux terres cédées par la bande en particulier, une simple indemnité pécuniaire constituerait une réparation inadéquate à l'égard du manquement de l'intimée à son obligation fiduciaire, lequel peut faire l'objet d'une action<sup>85</sup>. À mon avis, il convient dans ces conditions de créer en faveur de la bande un droit à titre bénéficiaire sur les terres cédées au moyen d'une fiducie par interprétation.

[102] L'aspect le plus litigieux de la réparation fondée sur la fiducie par interprétation, en l'espèce, se rapporte à la question de savoir si la fiducie doit s'appliquer aux terres cédées en totalité ou en partie et, dans ce dernier cas, à quelle partie. La bande sollicite une ordonnance déclarant que l'intimée détient en sa faveur la totalité des 22,408 acres dans le cadre d'une fiducie par interprétation. D'autre part, l'intimée soutient que seule la partie des terres dont on n'a pas besoin aux fins de l'agrandissement futur de l'installation douanière à la date du jugement de cette Cour doit être assujettie à la fiducie par interprétation.

[103] Je ne suis pas prêt à retenir la prétention de l'intimée selon laquelle la fiducie par interprétation ne devrait s'appliquer qu'à la partie des terres cédées dont elle n'a pas besoin aux fins de l'agrandissement de l'installation douanière à la date du jugement de cette Cour. J'estime plutôt que la fiducie par interprétation devrait viser la partie des terres qui est demeurée inutilisée aux fins publiques énoncées à la date du deuxième manquement à l'obligation fiduciaire. En tirant cette conclusion, je souligne de nouveau que la fiducie par interprétation n'est pas fondée sur un droit de propriété préexistant, mais qu'elle constitue plutôt une réparation en *equity* qui a pour effet de créer un droit de propriété. En l'espèce, la restitution doit fondamentalement avoir pour effet de placer la bande dans la situation où elle se serait trouvée si l'intimée n'avait pas commis le deuxième manquement, en 1969. J'estime donc que la fiducie par interprétation devrait s'appliquer à la totalité des 22,408 acres. À mon avis, l'intimée n'a pas fourni de motifs convain-



remedy in this case.

[104] Even if the respondent was correct that the constructive trust should only be imposed on that portion of the surrendered land that is not required for foreseeable expansion of the customs facility as at the date of this Court's judgment, I am not prepared to accept, on the evidence before me, the respondent's submission that it has a present or foreseeable need for all or part of the surrendered land at this time.

[105] In support of its expansion plans, the respondent pointed to a study commissioned in 1992 which recommends a major redevelopment of the customs facility at Douglas, B.C.<sup>86</sup> I am not convinced by the Douglas Border Crossing Redevelopment Study, nor has the respondent provided any other evidence to support the assertion, that there is in fact a present or foreseeable public need for the surrendered land in order to build an expanded customs facility at Douglas, B.C. I advance three reasons for this conclusion.

[106] Firstly, it should be noted that the Douglas Border Crossing Redevelopment Study, and all of the related correspondence provided by the respondent, was generated after this litigation had already been commenced. In fact, a review of the correspondence reveals that it was largely in response to this litigation.<sup>87</sup> An internal memorandum dated 26 April 1994 states expressly that "[t]he 1992 'Douglas Border Crossing Redevelopment Study' was commissioned and completed on the assumption that the existing facility is inadequate and cannot properly handle existing traffic» (emphasis added).<sup>88</sup> The respondent has not provided any evidence to support the truth of that assumption. In fact, the (pre-litigation) 1988 market analysis and site overview study commissioned by Public Works was based on the opposite assumption that the surrendered land was not required for any public purpose in the foreseeable future (40 to 50 years). In light of the evidence, I am inclined to

cants en vue d'expliquer pourquoi cette réparation ne serait pas appropriée dans ce cas-ci.

[104] Même si l'intimée avait raison de dire que la fiducie par interprétation ne devrait s'appliquer qu'à la partie des terres cédées dont on n'a pas besoin à la date du jugement de cette Cour aux fins de l'agrandissement de l'installation douanière dans un avenir rapproché, je ne suis pas prêt à retenir, compte tenu de la preuve dont je dispose, la prétention selon laquelle l'intimée a besoin, à l'heure actuelle ou dans un avenir rapproché, de la totalité ou d'une partie des terres cédées.

[105] Pour justifier ses projets d'agrandissement, l'intimée a signalé une étude demandée en 1992 dans laquelle on recommande de gros travaux de réaménagement de l'installation douanière, à Douglas (Colombie-Britannique)<sup>86</sup>. L'étude relative au réaménagement du passage de la frontière de Douglas ne me convainc pas, et l'intimée n'a pas fourni d'autres éléments de preuve à l'appui de son assertion, qu'en fait, à l'heure actuelle ou dans un avenir rapproché, on a besoin des terres cédées à des fins publiques en vue d'agrandir l'installation douanière, à Douglas (Colombie-Britannique). J'avance trois motifs à l'appui de cette conclusion.

[106] Premièrement, il importe de noter que l'étude relative au réaménagement du passage de la frontière de Douglas, ainsi que toute la correspondance s'y rapportant, fournie par l'intimée, sont postérieures au présent litige. En fait, l'examen de la correspondance révèle qu'elle résultait en bonne partie du présent litige<sup>87</sup>. Une note de service interne datée du 26 avril 1994 dit expressément que [TRADUCTION] «[l]'étude relative au réaménagement du passage de la frontière de Douglas de 1992 a été demandée et achevée compte tenu de l'hypothèse selon laquelle l'installation existante est inadéquate et ne peut pas répondre d'une façon appropriée au problème de la circulation existante» (je souligne)<sup>88</sup>. L'intimée n'a pas fourni d'éléments de preuve tendant à montrer que cette hypothèse est exacte. En fait, l'étude de marché et l'analyse de l'emplacement de 1988 (qui étaient antérieures au litige) que Travaux publics avait demandées étaient fondées sur l'hypothèse contraire, à savoir qu'on

believe the 1988 Study as more accurately reflecting the truth of the situation.

[107] Secondly, the respondent has not provided any explanation as to why a customs facility could not be built on land subject to a beneficial interest held by the Band. In one internal memorandum, a Crown official bluntly stated that “there is no requirement for Federal ownership of land upon which a land border duty free shop is located.”<sup>89</sup>

[108] Finally, even if there is now a legitimate public need to build a new customs facility, I am of the view that the respondent’s breach of its fiduciary duty in 1969 justifies the imposition of a constructive trust on the whole of the surrendered land. The land has sat unused by the respondent for over 40 years. If the respondent is now of the opinion that there is a pressing need for a new customs facility on the surrendered land, they should have to enter into good faith negotiations with the Band with a view to repurchasing, or leasing, the land that they need. The respondent’s dilatoriness in dealing with the surrendered land over the last 40 years should not be used as a means to thwart the imposition of what is now an appropriate remedy for the respondent’s breach of its fiduciary duty to the Band in 1969. As stated by Wilson J. in *Lac Minerals*, “[t]he imposition of a constructive trust also ensures, of course, that the wrongdoer does not benefit from his wrongdoing, an important consideration in equity which may not be achieved by a damage award.”<sup>90</sup>

[109] By providing the Band with a beneficial interest in the surrendered land, the imposition of a constructive trust allows the Band to capture the appreciation in value of the surrendered land as undeveloped land. However, it may be that the constructive trust provides inadequate compensation in this case because, had the Band been able to retain the surrendered land (that is, but for the respondent’s

n’avait pas besoin des terres cédées à des fins publiques dans un avenir rapproché (soit dans les 40 ou 50 années à venir). À la lumière de la preuve, je suis porté à croire que l’étude de 1988 correspond davantage à la situation réelle.

[107] Deuxièmement, l’intimée n’a pas fourni d’explications au sujet de la raison pour laquelle on ne pouvait pas construire une installation douanière sur des terres assujetties à droit à titre bénéficiaire en faveur de la bande. Dans une note de service interne, un représentant de la Couronne a carrément affirmé qu’[TRADUCTION] «il n’[était] pas nécessaire que l’État fédéral soit propriétaire des terres sur lesquelles une boutique hors-taxe frontalière est située»<sup>89</sup>.

[108] Enfin, même s’il existe maintenant un besoin public légitime de construire une nouvelle installation douanière, j’estime que le manquement que l’intimée a commis en 1969 justifie la création d’une fiducie par interprétation sur la totalité des terres cédées. Pendant plus de 40 ans, l’intimée n’a pas utilisé les terres. Si elle estime maintenant qu’il existe un besoin pressant d’avoir une nouvelle installation douanière sur les terres cédées, elle aurait dû entamer de véritables négociations avec la bande en vue de racheter, ou de louer, les terres dont elle a besoin. Le fait que l’intimée a tardé à agir à l’égard des terres cédées au cours des 40 dernières années ne devrait pas servir à entraver la création de ce qui constitue maintenant une réparation appropriée pour le manquement commis en 1969. Comme l’a dit le juge Wilson dans l’arrêt *Lac Minerals*: «En lui imposant une fiducie par interprétation, on s’assure également, bien entendu, que la partie fautive ne tire aucun avantage de sa faute. C’est là une considération importante en *equity* et un objectif qui pourrait ne pas être atteint par l’attribution de dommages-intérêts»<sup>90</sup>.

[109] En conférant à la bande un droit à titre bénéficiaire sur les terres cédées, la création d’une fiducie par interprétation permet à la bande de bénéficier de l’augmentation de valeur des terres cédées en tant que terres non aménagées. Toutefois, il se peut que pareille fiducie ne donne pas lieu à une indemnité adéquate en l’espèce parce que, si elle avait pu conserver les terres cédées (c’est-à-dire si ce n’avait

breaches of its fiduciary duty), the Band could have potentially earned much more by developing the land. On the other hand, however, the Court must not over-compensate the Band. Therefore, the remedy ordered in this case must also take into consideration the fact that the Band received \$550 per acre for the undeveloped land as part of the 1951 surrender agreement. These two issues merit further deliberation. This Court, however, is not the proper forum for resolving these issues.

[110] The *quantum* of equitable damages over and above the constructive trust, if any, required in order to provide the Band with full restitution, and the amount that the Band should have to repay to the Crown for the compensation that they received in the 1951 surrender agreement, are matters best left to the Trial Division. These are complicated issues which will require the testimony of expert witnesses to assist in the valuation. Therefore, I am of the view that this Court should order a reference for determination of these two issues in accordance with subsection 1102(2) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. Subsection 1102(2), and the relevant part of Rule 500, read:

Rule 1102. . . .

(2) In lieu of the Court receiving evidence or further evidence under paragraph (1), it may direct a reference under Rule 500 as though that Rule and Rules 501 to 507 were incorporated in this Part as far as applicable.

Rule 500. (1) The Court may, for the purpose of taking accounts or making inquiries, or for the determination of any question or issue of fact, refer any matter to a judge nominated by the Associate Chief Justice, a prothonotary, or any other person deemed by the Court to be qualified for the purpose, for inquiry and report.

[111] There is no perfectly accurate formula for calculating the equitable damages required in order to provide full restitution to the Band in this case. Rather, it is a task which we can only ask the referee

été des manquements de l'intimée à son obligation fiduciaire), la bande aurait peut-être réalisé un bénéfice beaucoup plus élevé en aménageant les terres. D'autre part, la Cour ne doit toutefois pas accorder une indemnité trop élevée à la bande. En accordant une réparation en l'espèce, elle doit donc également tenir compte du fait que la bande a reçu 550 \$ l'acre pour les terres non aménagées dans le cadre de l'accord de cession de 1951. Ces deux questions méritent d'être étudiées plus à fond. Toutefois, cette Cour n'est pas l'endroit où il convient de régler ces questions.

[110] La Section de première instance est mieux placée pour régler la question du montant des dommages-intérêts accordé en *equity* en sus de l'indemnité qui doit être versée en vertu de la fiducie par interprétation, le cas échéant, afin d'assurer la bande d'une pleine restitution, ainsi que la question du montant que la bande devrait rembourser à la Couronne par suite de l'indemnité qu'elle a reçue en vertu de l'accord de cession de 1951. Il s'agit de questions complexes à l'égard desquelles il faudra faire témoigner des experts. J'estime donc que cette Cour devrait ordonner un renvoi aux fins du règlement de ces deux questions conformément au paragraphe 1102(2) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663]. Le paragraphe 1102(2) et la partie pertinente de la Règle 500 des Règles se lisent comme suit:

Règle 1102. . . .

(2) Au lieu de recueillir ou compléter la preuve en vertu de l'alinéa (1), la Cour pourra prescrire un renvoi en vertu de la règle 500 comme si cette règle et les règles 501 à 507 étaient insérées dans la présente Partie dans la mesure où elles sont applicables.

Règle 500. (1) La Cour pourra, aux fins d'établir des comptes ou de faire des enquêtes, ou pour statuer sur un point ou une question de fait en litige, renvoyer toute matière devant un juge désigné par le juge en chef adjoint, ou devant un protonotaire ou toute autre personne que la Cour estime compétente en l'occurrence, pour enquête et rapport.

[111] Il n'existe aucune formule parfaitement exacte permettant de calculer le montant des dommages-intérêts en *equity* qu'il faut accorder afin d'assurer la bande d'une pleine restitution dans ce cas-ci. Il s'agit

to perform the best that he or she can.<sup>91</sup> That being said, however, it may be useful to provide some guidelines with respect to the measure of damages that is appropriate in this case.

[112] It is well settled that the proper approach to equitable damages for breach of fiduciary duty is restitutionary.<sup>92</sup> Courts have always imposed on defaulting trustees and other fiduciaries an obligation to make restitution which is “of a more absolute nature than the common-law obligation to pay damages for tort or breach of contract.”<sup>93</sup> As stated by Dickson J. (as he then was) in *Fales et al. v. Canada Permanent Trust Co.*, the measure of damages is “the actual loss which the acts or omissions have caused to the trust estate.”<sup>94</sup> There is no inquiry as to whether the loss suffered by the plaintiff flowed from the breach. The issues of causation, foreseeability and remoteness are not considered. Rather, the inquiry is whether the loss would have happened had there been no breach. Applying this approach to the case at bar, equitable damages should be calculated based on the presumption that the Band would have used the land in the most advantageous way during the period that it was improperly held by the Crown. This is the approach that Wilson J. recommended in *Guerin*. She stated:

The Band was thereby deprived of its land and any use to which it might have wanted to put it. Just as it is to be presumed that a beneficiary would have wished to sell his securities at the highest price available during the period they were wrongfully withheld from him by the trustee (see *McNeil v. Fultz* (1906), 38 S.C.R. 198), so also it should be presumed that the Band would have wished to develop its land in the most advantageous way possible during the period covered by the unauthorized lease. In this respect also the principles applicable to determine damages for breach of trust are to be contrasted with the principles applicable to determine damages for breach of contract. In contract it would have been necessary for the Band to prove that it would have developed the land; in equity a presumption is made to that effect . . . .<sup>95</sup>

plutôt d’une tâche à l’égard de laquelle nous pouvons uniquement demander à l’arbitre de faire de son mieux<sup>91</sup>. Cela dit, toutefois, il peut être utile de donner certaines lignes directrices à l’égard du montant des dommages-intérêts qu’il convient d’accorder en l’espèce.

[112] Il est bien établi que l’approche appropriée en ce qui concerne les dommages-intérêts en *equity* accordés dans le cas d’un manquement à une obligation fiduciaire consiste à se fonder sur le principe de la restitution<sup>92</sup>. Les tribunaux ont toujours imposé aux fiduciaires en défaut et aux autres fiduciaires l’obligation d’effectuer la restitution, qui est «une obligation de nature plus absolue que l’obligation de *common law* de payer des dommages-intérêts pour un délit ou une inexécution de contrat»<sup>93</sup>. Comme l’a dit le juge Dickson (tel était alors son titre) dans l’arrêt *Fales et autres c. Canada Permanent Trust Co.*, le montant des dommages-intérêts doit correspondre «à la perte réelle que les actes ou omissions ont fait subir à la succession»<sup>94</sup>. On ne se demande pas si la perte subie par le demandeur découlait du manquement. Les questions de causalité, de prévisibilité et du caractère éloigné ne sont pas examinées. Il s’agit plutôt de savoir si une perte aurait été subie en l’absence d’un manquement. Si l’on applique cette approche en l’espèce, le montant des dommages-intérêts en *equity* devrait être calculé compte tenu de la présomption selon laquelle la bande aurait utilisé les terres de la façon la plus avantageuse possible pendant la période où la Couronne les détenait d’une façon illégitime. C’est l’approche que M<sup>me</sup> le juge Wilson a recommandée dans l’arrêt *Guerin*, où elle a dit ceci:

La bande a ainsi été privée de ses terres et de toute utilisation qu’elle aurait pu vouloir en faire. Tout comme il faut présumer qu’un bénéficiaire aurait voulu vendre ses valeurs mobilières au meilleur prix possible pendant la période où le fiduciaire les détenait illégitimement (voir *McNeil v. Fultz* (1906), 38 R.C.S. 198) de même il faut présumer que la bande aurait voulu aménager ses terres de la façon la plus avantageuse possible pendant la période visée par le bail non autorisé. À cet égard aussi, les principes applicables à la détermination des dommages-intérêts pour le manquement à des obligations de fiduciaire doivent être différenciés de ceux applicables à la détermination des dommages-intérêts pour l’inexécution d’un contrat. En droit des contrats, la bande aurait dû prouver qu’elle aurait aménagé les terres; en *equity*, il y a présomption qu’elle l’aurait fait<sup>95</sup> . . . .

[113] In calculating the equitable damages, however, the designated judge of the Trial Division must keep in mind, firstly, that the Band is already being compensated, at least, in part for the respondent's actionable breach of fiduciary duty by the imposition of the constructive trust and, secondly, that the focus must be on providing restitution for the actionable breach. In this case, the respondent's original breach of fiduciary duty in consenting to the 1951 surrender agreement is statute-barred by operation of the 30-year ultimate limitation period. It is the respondent's second breach of fiduciary duty in 1969 that is actionable and, therefore, it is in respect of this breach that the Court can properly order a remedy. The second breach relates to the fact that the respondent failed to reconvey the surrendered land to the Band when it became clear to Crown officials that the respondent had obtained a surrender of land that was not in fact required for a foreseeable public need. Any remedy must flow from the latter breach; not the wrongful surrender in the first instance. Thus, the Band can only collect equitable damages, if any, incurred from 1969 to the date of judgment by this Court. The measure of these damages is, in essence, the incremental value that the Band would have derived from development of the surrendered land in the most advantageous way available to them.

[114] In order to ensure full restitution, the referee will also have to determine whether the Band suffered any damage to the remainder of the reserve during the period from 1969 to the date of this Court's judgment and, if yes, the referee will have to quantify that amount. For example, did the loss of the surrendered land impede development on the remainder of the reserve? In expropriation law, damage to the value of the remainder of a property as a result of a partial taking may be compensable under the principle of injurious affection. Damage by injurious affection, also known as "consequential damage", recognizes *inter alia* that, "[w]here part of an owner's land is expropriated, the piece or pieces of land remaining

[113] Toutefois, en calculant le montant des dommages-intérêts en *equity*, le juge désigné de la Section de première instance doit tenir compte en premier lieu du fait que la bande a déjà été indemnisée, du moins en partie au moyen de la création d'une fiducie par interprétation, à la suite du manquement de l'intimée à son obligation fiduciaire, lequel pouvait faire l'objet d'une action, et en second lieu du fait qu'il faut mettre l'accent sur la restitution en conséquence du manquement pouvant faire l'objet d'une action. En l'espèce, le manquement initial à l'obligation fiduciaire que l'intimée a commis en consentant à l'accord de cession de 1951 est prescrit par l'application du délai de prescription final de 30 ans. C'est le deuxième manquement, commis en 1969, qui peut donner lieu à une action et, par conséquent, c'est à l'égard de ce manquement que la Cour peut à juste titre accorder une réparation. Le deuxième manquement se rapporte au fait que l'intimée a omis de transférer de nouveau les terres cédées à la bande lorsque les représentants de la Couronne se sont clairement rendu compte que l'intimée avait obtenu par cession des terres dont elle n'avait pas réellement besoin à des fins publiques dans un avenir rapproché. Toute réparation doit découler de ce dernier manquement et non de la première cession illicite. Par conséquent, la bande peut uniquement recouvrer des dommages-intérêts en *equity*, le cas échéant, depuis 1969 jusqu'à la date du jugement de cette Cour. Le montant des dommages-intérêts correspond essentiellement à la valeur accrue dont les terres cédées auraient bénéficié si la bande les avait aménagées de la façon la plus avantageuse possible.

[114] Afin d'assurer la pleine restitution, l'arbitre devra également décider si des dommages ont été causés au reste de la réserve entre 1969 et la date du jugement de cette Cour et, dans l'affirmative, il devra quantifier ces dommages. Ainsi, la perte des terres cédées a-t-elle eu pour effet de nuire à l'aménagement du reste de la réserve? En matière d'expropriation, le dommage causé au reste d'une propriété par suite d'une expropriation partielle peut donner lieu à une indemnité en vertu du principe de l'effet préjudiciable. Lorsque pareil dommage, également connu sous le nom de «dommage indirect», est subi, on reconnaît entre autres que [TRADUCTION] «[s]i un bien-fonds est exproprié en partie seulement, la parcelle ou les

may be rendered less valuable as a result of their severance from the expropriated portion. Here a claim may be made for 'injurious affection by severance'.<sup>96</sup>

[115] The principle of injurious affection flows from the overriding objective of compensation in expropriation cases, which is to make the expropriated owner "economically whole". Injurious affection is a statutory remedy for partial takings by the Crown.<sup>97</sup> It is, therefore, not strictly applicable in this case. However, given that compensation in expropriation cases has the same objective as restitutionary relief in an action for breach of fiduciary duty committed by the Crown in the context of a land surrender, this issue should be taken into consideration in the calculation of equitable damages.

[116] I am also of the view that this is not an appropriate case to order accounting for profits in lieu of equitable damages. The respondent's breaches of fiduciary duty were not in obtaining the surrender of a portion of the Band's reserve for profit. Rather, its breaches were precisely the opposite. The respondent obtained the surrendered land in order to fulfil a stated public need, an expanded customs facility, but they have not done anything at all on the land since then. As a result, the Band has been deprived not only of its land, but also of the economic stimulus which would have accompanied development on the surrendered land. In this case, a disgorgement of profits in lieu of equitable damages would punish the Band for the respondent's failure to do anything at all with the land.

[117] Finally, the referee will also have to determine the value of the compensation received by the Band in the 1951 surrender agreement, adjusted for compound interest to the date of this Court's judgment. This amount will reduce the net monetary compensation owed to the Band by the Crown, over and above the Band's beneficial interest in the surrendered land created by the constructive trust. Alternatively, if the

parcelles de terrain qui restent peuvent avoir moins de valeur une fois qu'il y a disjonction. En l'espèce, il est possible de présenter une demande fondée sur "l'effet préjudiciable causé par la disjonction"<sup>96</sup>.

[115] Le principe de l'effet préjudiciable découle de l'objectif primordial de l'indemnisation dans les cas d'expropriation, à savoir indemniser intégralement le propriétaire exproprié. Le recours fondé sur l'effet préjudiciable est prévu par la loi dans le cas d'une expropriation partielle par la Couronne<sup>97</sup>. Il ne s'applique donc pas strictement en l'espèce. Toutefois, étant donné que l'indemnisation, en matière d'expropriation, a le même objectif que la réparation sous forme de restitution dans une action fondée sur le manquement de la Couronne à une obligation fiduciaire dans le contexte de la cession d'une terre, cette question devrait entrer en ligne de compte dans le calcul des dommages-intérêts en *equity*.

[116] J'estime également qu'il ne convient pas en l'espèce d'ordonner la comptabilisation des bénéfices à la place des dommages-intérêts en *equity*. Les manquements de l'intimée à son obligation fiduciaire n'étaient pas attribuables au fait qu'elle avait réalisé un bénéfice en obtenant la cession d'une partie de la réserve de la bande. Ses manquements découlaient plutôt précisément du contraire. L'intimée a obtenu les terres cédées afin de répondre à un besoin public énoncé, soit l'agrandissement d'une installation douanière, mais elle n'a rien fait sur les terres depuis lors. La bande a donc été privée non seulement de ses terres, mais aussi du stimulant économique qui aurait accompagné leur aménagement. En l'espèce, une réparation fondée sur la remise des bénéfices plutôt que sur des dommages-intérêts en *equity* aurait pour effet de punir la bande pour l'omission de l'intimée d'utiliser les terres.

[117] Enfin, l'arbitre devra déterminer la valeur de l'indemnité reçue par la bande en vertu de l'accord de cession de 1951, compte tenu des intérêts composés jusqu'à la date du jugement de cette Cour. Ce montant aura pour effet de réduire l'indemnité pécuniaire nette que la Couronne doit verser à la bande, en sus du droit à titre bénéficiaire créé par la fiducie par interprétation en faveur de la bande. Subsidiairement, si le

amount of the compensation received by the Band in 1951 plus interest is higher than the equitable damages, the Band will have to repay the net amount to the respondent.

[118] In making these calculations, the referee must bear in mind the overriding objective of the remedy in this case, which is to try to place the Band, in so far as it is possible, in the same position that they would have been in but for the respondent's actionable breach of its fiduciary duty, in 1969, when it failed to reconvey the surrendered land to the Band.

[119] Based on my consideration of the remedy required in this case, I would dispose of the appeal and cross-appeal in the following way. I would: order that the appeal be allowed and the cross-appeal be dismissed; declare that the respondent holds the surrendered land as a constructive trustee for the Band; order that the land be restored as part of the Band's reserve; and order that a reference be held in the Trial Division in accordance with subsection 1102(2) of the *Federal Court Rules* for determination of: (i) the amount of equitable damages, if any, to be awarded to the Band as compensation over and above the Band's beneficial interest in the surrendered land created by imposition of the aforesaid constructive trust, such equitable damages, if any, to be calculated with a view to providing full restitution to the Band and in accordance with the principles set out in these reasons; and (ii) the amount to be repaid by the Band for the compensation received in the 1951 surrender agreement, adjusted for compound interest to the date of judgment by this Court. The appellants shall have their costs incurred both here and in the Court below, and their costs of the reference in the Trial Division.

MCDONALD J.A.: I agree.

GRAY D.J.: I agree:

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-5, as amended from time to time (the *Indian Act*).

montant de l'indemnité que la bande a reçue en 1951, plus les intérêts, est plus élevé que le montant des dommages-intérêts en *equity*, la bande devra rembourser le montant net à l'intimée.

[118] En faisant ces calculs, l'arbitre doit tenir compte de l'objectif primordial de la réparation accordée en l'espèce, soit essayer de placer la bande, dans la mesure du possible, dans la situation où elle se serait trouvée si ce n'avait été du manquement à l'obligation fiduciaire pouvant faire l'objet d'une action, commis en 1969, lorsque la Couronne a omis de transférer de nouveau à la bande les terres cédées.

[119] Compte tenu de l'examen que j'ai fait en l'espèce au sujet de la réparation à accorder, je trancherais l'appel et l'appel incident de la façon suivante. J'ordonnerais que l'appel soit accueilli et l'appel incident rejeté; je déclarerais que l'intimée détient les terres cédées à titre de fiduciaire par interprétation en faveur de la bande; j'ordonnerais que les terres soient restituées de façon à faire partie de la réserve de la bande; et j'ordonnerais qu'un renvoi ait lieu devant la Section de première instance, conformément au paragraphe 1102(2) des *Règles de la Cour fédérale*, en vue de déterminer: (i) le montant des dommages-intérêts en *equity*, le cas échéant, qui doit être accordé à la bande à titre d'indemnité, en sus du droit à titre bénéficiaire que celle-ci possède sur les terres cédées par suite de la création de la fiducie par interprétation susmentionnée, ce montant devant être calculé de façon à assurer la bande d'une pleine restitution conformément aux principes énoncés dans ces motifs; et (ii) le montant que la bande doit rembourser par suite de l'indemnité qu'elle a reçue en vertu de l'accord de cession de 1951, compte tenu des intérêts composés jusqu'à la date du jugement de cette Cour. Les appelants auront droit aux frais et dépens qu'ils ont engagés en appel et en première instance, ainsi qu'aux frais et dépens se rapportant au renvoi devant la Section de première instance.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

LE JUGE SUPPLÉANT GRAY: Je souscris à cet avis.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-5, dans sa forme modifiée (la *Loi sur les Indiens*).

<sup>2</sup> The evidence shows that on or about 6 June 1928, the Crown expropriated 15.78 acres of land that had been part of the reserve. The minutes of the Governor in Council P.C. 949 dated 6 June 1928 evidence the approval of the transfer of 15.78 acres of land previously designated as part of the reserve to Public Works under s. 48 of the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, without the consent of the Band. As it later turned out, the land was not required by Public Works and so, by Order in Council P.C. 318 dated 10 February 1936, the land was transferred to the Province of British Columbia. Appeal Book, Vol. 1, at pp. 33, 34, 72, 77, 80 and 82.

<sup>3</sup> The 5.74 acres of surrendered reserve was transferred to the Province of British Columbia by Order in Council P.C. 5988 dated 28 July 1943. Appeal Book, Vol. 1, at pp. 34 and 86.

<sup>4</sup> (1995), 128 D.L.R. (4th) 542 (F.C.T.D.), at p. 544.

<sup>5</sup> Letter from Chief of Accommodation, Public Works, to Chief Architect, Public Works, dated 12 July 1951. Appeal Book, Vol. 1, at p. 111.

<sup>6</sup> *Supra*, note 4, at p. 544.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Appeal Book, Vol. 1, at p. 153.

<sup>9</sup> Band Council Resolution dated 14 May 1962. Appeal Book, Vol. 1, at p. 155.

<sup>10</sup> Letter dated 11 July 1962 from H. A. Young, Deputy Minister of National Revenue, to G. F. Davidson, Deputy Minister of the Department of Citizenship and Immigration. Appeal Book, Vol. 1, at p. 163.

<sup>11</sup> For the sake of simplicity, I will refer to the Department of Indian Affairs and Northern Development, and its successor departments, throughout the judgment as "DIAND".

<sup>12</sup> Appeal Book, Vol. 1, at p. 177.

<sup>13</sup> Appeal Book, Vol. 1, at p. 178.

<sup>14</sup> Appeal Book, Vol. 1, at p. 179.

<sup>15</sup> Appeal Book, Vol. 1, at p. 182.

<sup>16</sup> Appeal Book, Vol. 1, at p. 187.

<sup>17</sup> Memorandum of R. J. C. Ford, Supervisor of the Fraser Indian District, to A. E. Stubbe dated 8 April 1969. Appeal Book, Vol. 1, at p. 188.

<sup>18</sup> Band Council Resolution 987/30-21. Appeal Book, Vol. 1, at p. 193.

<sup>19</sup> Memorandum from R. J. C. Ford, Fraser District Supervisor for DIAND to the Regional Director, B.C. & Yukon dated 20 May 1969. Appeal Book, Vol. 1, at p. 192.

<sup>20</sup> Letter from W. A. Mills, Regional Chief, Customs Operations, National Revenue, to W. W. Ryan, District Director, Public Works, dated 8 May 1969. Appeal Book, Vol. 1, at p. 191. See also letter from A. W. Walkley, Manager, Operations, Public Works to J. V. Boys, DIAND's Regional Director for B.C. and the Yukon, dated 30 May 1969. Appeal Book, Vol. 2, at p. 197.

<sup>2</sup> La preuve montre que, le 6 juin 1928 ou vers cette date, la Couronne a exproprié 15,78 acres qui faisaient auparavant partie de la réserve. Le procès-verbal du décret du gouverneur en conseil C.P. 949 du 6 juin 1928 fait foi de l'approbation, en vertu de l'art. 48 de la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, du transfert en faveur de Travaux publics, sans le consentement de la bande, de 15,78 acres de terres autrefois désignées comme faisant partie de la réserve. En fin de compte, Travaux publics n'a pas eu besoin des terres de sorte que, par le décret C.P. 318 du 10 février 1936, ces dernières ont été transférées à la province de la Colombie-Britannique. Dossier conjoint, vol. 1, aux p. 33, 34, 72, 77, 80 et 82.

<sup>3</sup> Les 5,74 acres ont été transférés à la province de la Colombie-Britannique par le décret C.P. 5988 du 28 juillet 1943. Dossier conjoint, vol. 1, aux p. 34 et 86.

<sup>4</sup> (1995), 128 D.L.R. (4th) 542 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 544.

<sup>5</sup> Lettre du 12 juillet 1951 du chef, Aménagement, Travaux publics, à l'architecte en chef, Travaux publics. Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 111.

<sup>6</sup> Précité, note 4, à la p. 544.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 153.

<sup>9</sup> Résolution du conseil de la bande du 14 mai 1962. Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 155.

<sup>10</sup> Lettre du 11 juillet 1962 de H. A. Young, sous-ministre du Revenu national, à G. F. Davidson, sous-ministre au ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 163.

<sup>11</sup> Pour plus de commodité, j'appellerai le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et ses successeurs le «MAINC».

<sup>12</sup> Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 177.

<sup>13</sup> Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 178.

<sup>14</sup> Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 179.

<sup>15</sup> Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 182.

<sup>16</sup> Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 187.

<sup>17</sup> Note de service du 8 avril 1969 de R. J. C. Ford, superviseur du district indien du Fraser, à A. E. Stubbe. Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 188.

<sup>18</sup> Résolution du conseil de la bande, 987/30-21. Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 193.

<sup>19</sup> Note de service du 20 mai 1969 de R. J. C. Ford, superviseur du district du Fraser au MAINC au directeur de la région de la Colombie-Britannique et du Yukon. Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 192.

<sup>20</sup> Lettre du 8 mai 1969 de W. A. Mills, chef régional, Opérations douanières, Revenu national, à W. W. Ryan, directeur de district, Travaux publics. Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 191. Voir également la lettre du 30 mai 1969 de A. W. Walkley, directeur, Opération, Travaux publics, à J. V. Boys, directeur de la région de la Colombie-Britannique et du Yukon au MAINC. Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 197.



<sup>21</sup> Appeal Book, Vol. 2, at p. 199.

<sup>22</sup> See correspondence in Appeal Book, Vol. 2, at pp. 215-216.

<sup>23</sup> Letter from J. A. MacDonald, now Deputy Minister of Public Works, to J. B. Bergevin, an Assistant Deputy Minister of DIAND, dated 3 November 1970. Appeal Book, Vol. 2, at p. 212.

<sup>24</sup> Appeal Book, Vol. 2, at p. 217.

<sup>25</sup> Appeal Book, Vol. 2, at pp. 242-248.

<sup>26</sup> Appeal Book, Vol. 2, at p. 249.

<sup>27</sup> Appeal Book, Vol. 2, at pp. 251-256.

<sup>28</sup> Appeal Book, Vol. 2, at p. 259.

<sup>29</sup> Appeal Book, Vol. 2, at p. 260.

<sup>30</sup> Appeal Book, Vol. 2, at p. 267.

<sup>31</sup> Appeal Book, Vol. 2, at p. 311.

<sup>32</sup> Appeal Book, Vol. 2, at p. 319.

<sup>33</sup> Appeal Book, Vol. 2, at p. 320.

<sup>34</sup> R.S.B.C. 1979, c. 236 (the B.C. *Limitation Act*).

<sup>35</sup> The Trial Judge cites: *Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 3 F.C. 20 (T.D.); aff'd [1993], 3 F.C. 28 (C.A.); *Lower Kootenay Indian Band v. Canada*, [1992] 2 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.); *Sterritt v. Canada (Min. of Indian Affairs and Nor. Dev.)*, [1989] 3 C.N.L.R. 198 (F.C.T.D.); and *Roberts v. Canada*, [1995] F.C.J. No. 1202 (T.D.) (QL), at pp. 146-199.

<sup>36</sup> *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344 (hereinafter *Apsassin* (S.C.C.)).

<sup>37</sup> Ss. 37 to 41 of the present *Indian Act* [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, ss. 2, 3, 4].

<sup>38</sup> S.C. 1951, c. 29.

<sup>39</sup> [1984] 2 S.C.R. 335 (hereinafter *Guerin*).

<sup>40</sup> *Ibid.*, at p. 383.

<sup>41</sup> *Apsassin* (S.C.C.), *supra*, note 36, at p. 371.

<sup>42</sup> See e.g. *Apsassin* (S.C.C.), *supra*, note 36; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; and *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574.

<sup>43</sup> E. Weinrib, "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1, at p. 7, quoted by Dickson J. in *Guerin*, *supra*, note 39, at p. 384.

<sup>44</sup> *Frame v. Smith*, *supra*, note 42, at p. 136.

<sup>45</sup> See correspondence in Appeal Book, Vol. 1, at pp. 106-111.

<sup>46</sup> *Supra*, note 4, at p. 547.

<sup>47</sup> *Supra*, note 4, at p. 544.

<sup>48</sup> *Guerin*, *supra*, note 39, at p. 388. The words of Gonthier J. in *Apsassin* (S.C.C.), *supra*, note 36, at pp. 358-359, are also instructive: "In my view, when determining the legal effect of dealings between aboriginal peoples and the Crown relating to reserve lands, the *sui generis* nature of aboriginal title requires courts to go beyond the usual restrictions imposed by the common law, in order to give

<sup>21</sup> Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 199.

<sup>22</sup> Voir la correspondance versée dans le dossier conjoint, vol. 2, aux p. 215 et 216.

<sup>23</sup> Lettre du 3 novembre 1970 de J. A. MacDonald, maintenant sous-ministre, Travaux publics, à J. B. Bergevin, sous-ministre adjoint au MAINC. Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 212.

<sup>24</sup> Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 217.

<sup>25</sup> Dossier conjoint, vol. 2, aux p. 242 à 248.

<sup>26</sup> Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 249.

<sup>27</sup> Dossier conjoint, vol. 2, aux p. 251 à 256.

<sup>28</sup> Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 259.

<sup>29</sup> Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 260.

<sup>30</sup> Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 267.

<sup>31</sup> Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 311.

<sup>32</sup> Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 319.

<sup>33</sup> Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 320.

<sup>34</sup> R.S.B.C. 1979, ch. 236 (la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique).

<sup>35</sup> Le juge de première instance cite: *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20 (1<sup>re</sup> inst.); conf. [1993] 3 C.F. 28 (C.A.); *Lower Kootenay Indian Band c. Canada*, [1992] 2 C.N.L.R. 54 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Sterritt v. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 3 C.N.L.R. 198 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Roberts c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 1202 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), aux p. 146 à 199.

<sup>36</sup> *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344 (affaire *Apsassin* (C.S.C.)).

<sup>37</sup> Art. 37 à 41 de la *Loi sur les Indiens* [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 2, 3, 4] actuelle.

<sup>38</sup> S.C. 1951, ch. 29.

<sup>39</sup> [1984] 2 R.C.S. 335 (ci-après *Guerin*).

<sup>40</sup> *Ibid.*, à la p. 383.

<sup>41</sup> *Apsassin* (C.S.C.), précité, note 36, à la p. 371.

<sup>42</sup> Voir par exemple *Apsassin* (C.S.C.), précité, note 36; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574.

<sup>43</sup> E. Weinrib, «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U.T.L.J.* 1, à la p. 7, cité par le juge Dickson dans *Guerin*, précité, note 39, à la p. 384.

<sup>44</sup> *Frame c. Smith*, précité, note 42, à la p. 136.

<sup>45</sup> Voir la correspondance qui a été versée dans le dossier conjoint, vol. 1, aux p. 106 à 111.

<sup>46</sup> Précité, note 4, à la p. 547.

<sup>47</sup> Précité, note 4, à la p. 544.

<sup>48</sup> *Guerin*, précité, note 39, à la p. 388. Les remarques que le juge Gonthier a faites dans *Apsassin* (C.S.C.), précité, note 36, aux p. 358 et 359, sont également intéressantes: «À mon avis, dans l'examen des effets juridiques des opérations conclues par les peuples autochtones et la Couronne relativement à des terres faisant partie de réserves, il ne faut pas oublier que, compte tenu du caractère *sui generis* du titre

effect to the true purpose of the dealings.” See also *Lower Kootenay Indian Band v. Canada*, *supra*, note 35.

<sup>49</sup> *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 (*Sparrow*).

<sup>50</sup> R.S.C., 1985, c. F-7 (the *Federal Court Act*).

<sup>51</sup> *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1993] 3 F.C. 28 (C.A.), at p. 138 (*Apsassin* (F.C.A.)).

<sup>52</sup> *Apsassin* (S.C.C.), *supra*, note 36, at p. 407 (McLachlin J.).

<sup>53</sup> S. 6(3) in effect legislates the common law discoverability principle as developed by the Supreme Court of Canada in such cases as *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; and *M.(K.) v. M.(H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6.

<sup>54</sup> (1986), 27 D.L.R. (4th) 161 (B.C.C.A.).

<sup>55</sup> *Id.*, at p. 186.

<sup>56</sup> *Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 3 F.C. 20 (T.D.), at p. 84 (*Apsassin* (F.C.T.D.)).

<sup>57</sup> *Apsassin* (S.C.C.), *supra*, note 36, at p. 402. See also *Lower Kootenay Indian Band v. Canada*, *supra* note 35.

<sup>58</sup> *Apsassin* (S.C.C.), *supra*, note 36, at p. 380.

<sup>59</sup> *Id.*, at p. 357 (Gonthier J.) and at pp. 389-390 (McLachlin J.)

<sup>60</sup> *Id.*, at p. 366 (Gonthier J.) and at p. 401 (McLachlin J.).

<sup>61</sup> *Id.*, at p. 405.

<sup>62</sup> *Id.*, at p. 366.

<sup>63</sup> R.S.C. 1927, c. 98.

<sup>64</sup> *Apsassin* (S.C.C.), *supra*, note 36, at p. 405.

<sup>65</sup> *Roberts v. Canada*, *supra*, note 35, at pp. 146-199 of QL; The Federal Court Trial Division also rejected the argument that a “continuing” cause of action can circumvent a limitation defence in *Lower Kootenay Indian Band*, *supra*, note 35.

<sup>66</sup> *Supra*, note 4, at p. 547.

<sup>67</sup> Memorandum from R. J. C. Ford, Fraser District Supervisor for DIAND to the Regional Director, B.C. & Yukon dated 20 May 1969. Appeal Book, Vol. 1, at p. 192.

<sup>68</sup> *Supra*, note 35, at p. 108.

<sup>69</sup> The appellants’ submissions rely on s. 6(1)(b) and s. 6(3). The appellants’ reliance upon s. 6(1)(b) is misplaced. S. 6(1)(b) has to do with the postponement of limitation periods for actions for the recovery of trust property by a beneficiary. While the fiduciary relationship between the Crown and an Indian band is trust-like, it is *sui generis* and cannot properly fall within a provision dealing with trusts.

autochtone, les tribunaux doivent faire abstraction des restrictions habituelles imposées par la common law afin de donner effet à l’objet véritable de ces opérations.» Voir également *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada*, précité, note 35.

<sup>49</sup> *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 (*Sparrow*).

<sup>50</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7 (la *Loi sur la Cour fédérale*).

<sup>51</sup> *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1993] 3 C.F. 28 (C.A.), à la p. 138 (*Apsassin* (C.A.F.)).

<sup>52</sup> *Apsassin* (C.S.C.), précité, note 36, à la p. 407 (juge McLachlin).

<sup>53</sup> L’art. 6(3) consacre en fait la règle de common law de la possibilité de découvrir le préjudice subi telle qu’elle a été énoncée par la Cour suprême du Canada dans des arrêts tels que *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; et *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6.

<sup>54</sup> (1986), 27 D.L.R. (4th) 161 (C.A.C.-B.).

<sup>55</sup> *Id.*, à la p. 186.

<sup>56</sup> *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 84 (affaire *Apsassin* (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)).

<sup>57</sup> *Apsassin* (C.S.C.), précité, note 36, à la p. 402. Voir également *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada*, précité, note 35.

<sup>58</sup> *Apsassin* (C.S.C.), précité, note 36, à la p. 380.

<sup>59</sup> *Id.*, à la p. 357 (juge Gonthier) ainsi qu’aux p. 389 et 390 (juge McLachlin).

<sup>60</sup> *Id.*, à la p. 366 (juge Gonthier) et à la p. 401 (juge McLachlin).

<sup>61</sup> *Id.*, à la p. 405.

<sup>62</sup> *Id.*, à la p. 366.

<sup>63</sup> S.R.C. 1927, ch. 98.

<sup>64</sup> *Apsassin* (C.S.C.), précité, note 36, à la p. 405.

<sup>65</sup> *Roberts c. Canada*, précité, note 35, aux p. 146 à 199 de QL; dans *Bande indienne de Lower Kootenay*, précité, note 35, la Section de première instance de la Cour fédérale a également rejeté l’argument selon lequel une cause d’action «continue» permet de contourner un moyen de défense fondé sur la prescription.

<sup>66</sup> Précité, note 4, à la p. 547.

<sup>67</sup> Note de service du 20 mai 1969 de R. J. C. Ford, superviseur du district du Fraser au MAINC, au directeur de la région de la Colombie-Britannique et du Yukon. Dossier conjoint, vol. 1, à la p. 192.

<sup>68</sup> Précité, note 35, à la p. 108.

<sup>69</sup> Dans leurs arguments, les appelants se fondent sur l’art. 6(1)(b) et sur l’art. 6(3). En ce qui concerne l’art. 6(1)(b), ils ont tort. L’art. 6(1)(b) se rapporte à l’interdiction du délai de prescription applicable à une action en recouvrement de biens détenus en fiducie intentée par un bénéficiaire. La relation fiduciaire qui existe entre la Couronne et la bande indienne ressemble à une fiducie, mais

The authorities have clearly rejected the application of s. 3(2) of the B.C. *Limitation Act*, which prescribes a 10-year limitation period on actions for breach of trust, to cases involving breach of fiduciary duty. See e.g., *Apsassin* (F.C.A.), *supra*, note 51, at p. 138. Therefore, it would be improper, in my view, to apply s. 6(1)(b) when seeking to postpone a limitation period in the context of an action for breach of fiduciary duty. Rather, the appellants' remedy, if any, lies in s. 6(3)(d).

<sup>70</sup> [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), at p. 249, quoted with approval in *Guerin*, *supra*, note 39, at p. 356 (Wilson J.) and at p. 390 (Dickson J.).

<sup>71</sup> *Guerin*, *supra*, note 39, at p. 390.

<sup>72</sup> See letter from Snarch & Allen, Barristers & Solicitors, to DIAND dated 16 November 1987. Appeal Book, Vol. 2, at p. 238.

<sup>73</sup> *Sparrow*, *supra*, note 49, at p. 1103.

<sup>74</sup> *Id.*, at p. 1105.

<sup>75</sup> See *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 847, *per* Dickson J. [as he then was] ("The principle of unjust enrichment lies at the heart of the constructive trust.")

<sup>76</sup> [1989] 2 S.C.R. 574, at p. 674 (*Lac Minerals*).

<sup>77</sup> *Supra*, note 75, at p. 848.

<sup>78</sup> See *Lac Minerals*, *supra*, note 76, at p. 668, *per* La Forest J. ("The appropriate remedy in this case cannot be divorced from the findings of fact made by the courts below.")

<sup>79</sup> See *Lac Minerals*, *id.*, at p. 618, *per* Sopinka J. ("A restitutionary remedy is appropriate in cases involving fiduciaries because they are required to disgorge any benefits derived from the breach of trust.")

<sup>80</sup> See e.g., *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 453, *per* La Forest J. ("The law of fiduciary duties has always contained within it an element of deterrence . . . In this way the law is able to monitor a given relationship society views as socially useful while avoiding the necessity of formal regulation that may tend to hamper its social utility.")

<sup>81</sup> *Lac Minerals*, *supra*, note 76, at p. 674.

<sup>82</sup> *Lac Minerals*, *id.*, at p. 678.

<sup>83</sup> See *Guerin*, *supra*, note 39, *per* Dickson J. At p. 379, Dickson J. states that "It does not matter, in my opinion, that the present case is concerned with the interest of an Indian band in a reserve rather than with unrecognized aboriginal title in traditional tribal lands. The Indian interest in the land is the same in both cases". He then goes on to discuss, at p. 382, how attempts to characterize an Indian band's interest in land is futile and, for the most part,

elle est de nature *sui generis* et elle ne peut pas réellement être visée par une disposition portant sur les fiducies. Les autorités ont clairement dit que l'art. 3(2) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, qui prévoit un délai de prescription de dix ans en ce qui concerne les actions fondées sur l'abus de confiance, ne s'applique pas aux cas de manquement à une obligation fiduciaire. Voir, par exemple, *Apsassin* (C.A.F.), précité, note 51, à la p. 138. Par conséquent, il ne serait pas approprié, à mon avis, d'appliquer l'art. 6(1)b pour interrompre un délai de prescription dans le contexte d'une action fondée sur le manquement à une obligation fiduciaire. Le recours dont les appelants peuvent se prévaloir est plutôt fondé, le cas échéant, sur l'art. 6(3)d.

<sup>70</sup> [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), à la p. 249, cité avec approbation dans *Guerin*, précité, note 39, à la p. 356 (juge Wilson) et à la p. 390 (juge Dickson).

<sup>71</sup> *Guerin*, précité, note 39, à la p. 390.

<sup>72</sup> Voir la lettre du 16 novembre 1987 de Snarch & Allen, avocats, au MAINC. Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 238.

<sup>73</sup> *Sparrow*, précité, note 49, aux p. 1103 et 1104.

<sup>74</sup> *Id.*, à la p. 1105.

<sup>75</sup> Voir *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, à la p. 847, juge Dickson [alors juge puîné] («Le principe de l'enrichissement sans cause est au cœur de la fiducie par interprétation.»)

<sup>76</sup> [1989] 2 R.C.S. 574, à la p. 670 (*Lac Minerals*).

<sup>77</sup> Précité, note 75, à la p. 848.

<sup>78</sup> Voir *Lac Minerals*, précité, note 76, à la p. 668, juge La Forest. («La réparation appropriée en l'espèce ne saurait se dissocier des conclusions de fait tirées par les juridictions inférieures.»)

<sup>79</sup> Voir *Lac Minerals*, *id.*, à la p. 618, juge Sopinka. («La restitution constitue une réparation appropriée dans le cas de fiduciaires parce que ceux-ci sont tenus de se déposséder de tous les avantages tirés du manquement aux obligations fiduciaires.»)

<sup>80</sup> Voir par ex. *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 453, juge La Forest. («Le droit des obligations fiduciaires a toujours comporté un élément de dissuasion . . . Le droit est ainsi en mesure de surveiller une relation que la société considère comme utile, tout en écartant la nécessité d'une réglementation officielle qui risquerait d'en réduire l'utilité sociale.»)

<sup>81</sup> *Lac Minerals*, précité, note 76, à la p. 674.

<sup>82</sup> *Lac Minerals*, *id.*, à la p. 678.

<sup>83</sup> Voir *Guerin*, précité, note 39, juge Dickson. À la p. 379, voici ce qu'il dit: «À mon avis, il est sans importance que la présente espèce concerne le droit d'une bande indienne sur une réserve plutôt qu'un titre aborigène non reconnu sur des terres tribales traditionnelles. Le droit des Indiens sur les terres est le même dans les deux cas». Puis, à la p. 382, le juge explique jusqu'à quel point il est futile de tenter de qualifier l'intérêt que possède une bande

irrelevant to the issues being decided in these cases:

It appears to me that there is no real conflict between the cases which characterize Indian title as a beneficial interest of some sort, and those which characterize it a personal, usufructuary right. Any apparent inconsistency derives from the fact that in describing what constitutes a unique interest in land the courts have almost inevitably found themselves applying a somewhat inappropriate terminology drawn from general property law. There is a core of truth in the way that each of the two lines of authority has described native title, but an appearance of conflict has nonetheless arisen because in neither case is the categorization quite accurate.

The nature of the Indians' interest is therefore best characterized by its general inalienability, coupled with the fact that the Crown is under an obligation to deal with the land on the Indians' behalf when the interest is surrendered. Any description of Indian title which goes beyond these two features is both unnecessary and potentially misleading.

<sup>84</sup> *Lac Minerals*, *supra*, note 76, at p. 676.

<sup>85</sup> See *Lac Minerals*, *id.*, at pp. 676-679.

<sup>86</sup> The "Douglas Border Crossing Redevelopment Study", prepared by Cornerstone Planning Group Limited (dated 29 April 1992). Appeal Book, Vol. II, at pp. 323-338.

<sup>87</sup> See correspondence in Appeal Book, Vol. II, at pp. 339-348.

<sup>88</sup> Memorandum dated 26 April 1994 from C. V. Veinotte, Director General, Management Services Directorate, Customs Operation Branch to A. J. Villeneuve, Regional Collector, Pacific Region. Appeal Book, Vol. II, at p. 355.

<sup>89</sup> Memorandum dated 30 June 1994 from C. V. Veinotte, Director General, Management Services Directorate, Customs Operation Branch to S. Parent, Director General, Capital Assets Program Directorate, Finance and Administration Branch. Appeal Book, Vol. II, at p. 363.

<sup>90</sup> *Lac Minerals*, *supra*, note 76, at p. 632.

<sup>91</sup> See e.g., *Penvidic Contracting Co. Ltd. v. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 267, at pp. 279-280.

<sup>92</sup> *Hodgkinson v. Simms*, *supra*, note 80, at p. 440, *per La Forest J.*

<sup>93</sup> *Guerin*, *supra*, note 39, at p. 361.

<sup>94</sup> [1977] 2 S.C.R. 302, at p. 320.

<sup>95</sup> *Guerin*, *supra*, note 39, at pp. 362-363.

<sup>96</sup> E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1992), at p. 331.

<sup>97</sup> See Todd, *id.*, at p. 329 ("the claimant of compensation for injurious affection, as distinct from the plaintiff in common law action, must base the claim on some statutory

indienne dans ses terres et qu'en général, cela n'a rien à voir avec les questions en litige:

Il me semble qu'il y a pas de conflit véritable entre les décisions qui qualifient le titre indien de sorte de droit de bénéficiaire et celles qui le qualifient de droit personnel, de la nature d'un usufruit. Toute apparence d'incompatibilité découle du fait que les tribunaux, en décrivant ce qui constitue un droit unique sur des terres, ont presque inévitablement appliqué une terminologie quelque peu inadéquate tirée du droit général des biens. Il y a un élément de vérité dans la description du titre indien qui se dégage de chacun des deux courants de jurisprudence, mais il y a tout de même apparence de conflit parce que dans ni l'un ni l'autre cas la catégorisation n'est tout à fait exacte.

Le droit des Indiens se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit. Toute description du titre indien qui va plus loin que ces deux éléments est superflue et risque d'induire en erreur.

<sup>84</sup> *Lac Minerals*, précité, note 76, à la p. 676.

<sup>85</sup> Voir *Lac Minerals*, *id.*, aux p. 676 à 679.

<sup>86</sup> La «Douglas Border Crossing Redevelopment Study» préparée par Cornerstone Planning Group Limited (datée du 29 avril 1992). Dossier conjoint, vol. II, aux p. 323 à 338.

<sup>87</sup> Voir la correspondance qui a été versée dans le dossier conjoint, vol. II, aux p. 339 à 348.

<sup>88</sup> Note de service du 26 avril 1994 de C. V. Veinotte, directeur général, Service des fonctions de gestion, Direction générale des opérations douanières, à A. J. Villeneuve, percepteur régional, région du Pacifique. Dossier conjoint, vol. II, à la p. 355.

<sup>89</sup> Note de service du 30 juin 1994 de C. V. Veinotte, directeur général, Service des fonctions de gestion, Direction générale des opérations douanières, à S. Parent, directeur général, Service du programme des immobilisations, Direction générale des finances et de l'administration. Dossier conjoint, vol. II, à la p. 363.

<sup>90</sup> *Lac Minerals*, précité, note 76, à la p. 632.

<sup>91</sup> Voir par ex. *Penvidic Contracting Co. Ltd. c. International Nickel Co. of Canada Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 267, aux p. 279 et 280.

<sup>92</sup> *Hodgkinson c. Simms*, précité, note 80, à la p. 440, *juge La Forest*.

<sup>93</sup> *Guerin*, précité, note 39, à la p. 361.

<sup>94</sup> [1977] 2 R.C.S. 302, à la p. 320.

<sup>95</sup> *Guerin*, précité, note 39, aux p. 362 et 363.

<sup>96</sup> E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Carswell, 1992), à la p. 331.

<sup>97</sup> Voir *Todd*, *id.*, à la p. 329 ([TRADUCTION]: «La personne qui demande une indemnité fondée sur l'effet préjudiciable, par opposition à celle qui intente une action reconnue

provision”). See also *Sisters of Charity of Rockingham v. The King* (1922), 67 D.L.R. 209 (P.C.), at p. 211 per Lord Parmoor (“No owner of lands expropriated by statute for public purposes is entitled to compensation, either for the value of land taken, or for damage, on the ground that his land is ‘injuriously affected,’ unless he can establish a statutory right.”).

en common law, doit fonder sa demande sur une disposition législative»). Voir également *Sisters of Charity of Rockingham v. The King* (1922), 67 D.L.R. 209 (P.C.), à la p. 211, lord Parmoor ([TRADUCTION]: «Le propriétaire dont le bien-fonds a été exproprié à des fins publiques au moyen d’une loi a droit à une indemnité, pour le motif qu’il existe “un effet préjudiciable”, que ce soit à l’égard de la valeur du bien-fonds exproprié ou à titre de dommages-intérêts, uniquement s’il peut établir l’existence d’un droit reconnu par la loi.»).

A-650-96  
**The Attorney General of Canada** (*Applicant*)

v.

**June Mastri** (*Respondent*)

A-651-96  
**The Attorney General of Canada** (*Applicant*)

v.

**Michael Mastri** (*Respondent*)

**INDEXED AS: MASTRI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**  
**(C.A.)**

Court of Appeal, MacGuigan, Robertson and McDonald JJ.A.—Toronto, June 12; Ottawa, June 27, 1997.

*Income tax — Income calculation — Deductions — Judicial review of T.C.C. decision taxpayers entitled to deduct share of rental loss incurred on property purchased as principal residence from other income — Holding reasonable expectation of profit, but M.N.R. not establishing “personal element” or “foreseeable tax advantage” accruing to taxpayers during taxation year as required by Tonn v. Canada — T.C.C. erred in understanding, application of Tonn — Tonn not altering law as stated in Moldowan v. The Queen: (1) to have source of income, taxpayer must have reasonable expectation of profit; (2) whether reasonable expectation of profit objective determination — Tonn affirming courts not to second guess business decisions of taxpayers — “Personal element” existing as property purchased as principal residence; no evidence considering whether could be rented profitably.*

*Judges and Courts — Judicial review of T.C.C. decision taxpayer entitled to deduct share of rental loss on property purchased as principal residence from other income — Relying on Tonn v. Canada — M.N.R. submitting Tonn should be overruled as wrongly decided — Incorrect to speak of recent F.C.A. panel overruling earlier one — Rule of stare decisis dictates both decisions of equal weight — Formal means for overruling earlier decision to strike enlarged F.C.A. panel where conflicting decisions, lines of authority on issue of fundamental significance to area of federal law.*

A-650-96  
**Le Procureur général du Canada** (*requérant*)

c.

**June Mastri** (*intimée*)

A-651-96  
**Le procureur général du Canada** (*requérant*)

c.

**Michael Mastri** (*intimé*)

**RÉPERTORIÉ: MASTRI c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**  
**(C.A.)**

Cour d'appel, juges MacGuigan, Robertson et McDonald, J.C.A.—Toronto, 12 juin; Ottawa, 27 juin, 1997.

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Contrôle judiciaire de la décision de la C.C.I. selon laquelle les contribuables avaient le droit de déduire leur part des pertes locatives à l'égard d'une propriété achetée à titre de résidence principale des autres sources de revenus — Elle a jugé qu'il y avait attente raisonnable de profit, mais que le ministre n'avait pas établi qu'il y avait soit un «élément personnel» soit un «avantage fiscal prévisible» dont bénéficieraient les contribuables au cours de l'année d'imposition comme l'exigeait l'arrêt Tonn c. Canada — La C.C.I. a commis une erreur d'interprétation et d'application de l'arrêt Tonn — L'arrêt Tonn ne modifie pas le droit énoncé dans l'arrêt Moldowan c. La Reine: (1) pour avoir une source de revenu, un contribuable doit avoir une attente raisonnable de profit; (2) on doit s'appuyer sur tous les faits pour déterminer objectivement si un contribuable a une expectative raisonnable de profit — L'arrêt Tonn confirme que les tribunaux ne devraient pas apprécier rétrospectivement les décisions commerciales des contribuables — Il y avait un «élément personnel», car la propriété a été achetée à titre de résidence principale; il n'y a aucun élément de preuve indiquant que la maison en rangée pouvait être louée avec profit.*

*Juges et tribunaux — Contrôle judiciaire de la décision de la C.C.I. selon laquelle le contribuable a le droit de déduire sa part des pertes locatives à l'égard d'une propriété achetée à titre de résidence principale des autres sources de revenus — Décision fondée sur Tonn c. Canada — Le M.N.R. soutient que l'arrêt Tonn devrait être infirmé, car il était erroné — On ne peut dire qu'une décision d'une formation récente de la C.A.F. en infirme une plus ancienne — Selon les règles en matière de stare decisis les deux décisions sont d'une importance égale — Le moyen formel pour infirmer une décision ancienne consiste à réunir une*

These were applications for judicial review of the Tax Court's decision that the taxpayers were entitled to deduct their share of rental loss from other income in their 1991 income tax returns. The taxpayers had purchased a townhouse in December 1990, intending to use it as their principal residence. When Mr. Mastri was transferred to another city, the couple rented the property until the end of November 1991. The taxpayers received \$12,375 as rent during 1991 and claimed \$27,730.97 in expenses. Each taxpayer claimed one-half of the rental loss of \$15,355.97. The Tax Court concluded that there was no reasonable expectation of profit for 1991, but that applying *Tonn v. Canada* it was incumbent on the Minister to establish that there was either a "personal element" or a "foreseeable tax advantage" accruing to the taxpayers during the taxation year. The Tax Court held that the Minister had not demonstrated that either of these factors were present. The Minister submitted that *Tonn* should be overruled as wrongly decided.

*Held*, the applications should be allowed.

Although a decision of one panel of the Federal Court of Appeal is not binding on another, it is incorrect to speak of a recent decision overruling an earlier one. Both decisions are of equal weight. The formal means for overruling an earlier decision is to have the Court strike an enlarged panel, as may be done where there are two conflicting decisions or lines of authority, and the issue is of fundamental significance in an area of federal law.

*Tonn* was correctly decided. *Moldowan* decided: (1) that in order to have a source of income a taxpayer must have a reasonable expectation of profit; and (2) "whether a taxpayer has a reasonable expectation of profit is an objective determination to be made from all of the facts". If, as a matter of fact, a taxpayer is found not to have a reasonable expectation of profit then there is no source of income and, therefore, no basis upon which the taxpayer is able to calculate a rental loss. This Court has followed and applied *Moldowan*.

*Tonn* did not intend to establish a rule of law to the effect that even though there is no reasonable expectation of profit, losses are deductible from other income sources unless, for example, the income earning activity involved a personal element. The reference in *Tonn* to the *Moldowan* test being

*formation élargie, comme dans le cas où il y a deux décisions contraires de la Cour ou des courants jurisprudentiels contraires et que la question visée est réputée être d'une importance fondamentale pour la jurisprudence dans un domaine particulier du droit fédéral.*

Il s'agit de demandes de contrôle judiciaire de la décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle les contribuables avaient le droit de déduire de leurs autres revenus, leur part de la perte locative dans leurs déclaration d'impôt sur le revenu de 1991. Les contribuables ont acheté une maison en rangée en décembre 1990 et ils avaient l'intention de l'utiliser comme résidence principale. Lorsque M. Mastri a été transféré dans une autre ville, le couple a donné la propriété en location jusqu'à la fin de novembre 1991. Les contribuables ont reçu 12 375 \$ en loyer et ont fait état de dépenses de 27 730,97 \$. Chaque contribuable a réclamé la moitié de la perte locative de 15 355,97 \$. La Cour de l'impôt a conclu qu'il n'y avait aucune attente raisonnable de profit relativement à l'année d'imposition 1991, mais selon l'application de l'arrêt *Tonn c. Canada* il incombait au Ministre d'établir également qu'il y avait soit un «élément personnel» soit un «avantage fiscal prévisible» dont bénéficieraient les contribuables au cours de l'année d'imposition. La Cour de l'impôt a jugé que le ministre n'avait pas réussi à démontrer la présence de l'un ou l'autre de ces facteurs. Le ministre soutient que l'arrêt *Tonn* devrait être infirmé, car la Cour a commis une erreur dans son jugement.

*Arrêt*: les demandes doivent être accueillies.

Il importe de reconnaître que bien qu'une décision rendue par une formation de la Cour n'en lie pas une autre, on ne peut dire qu'une décision récente en infirme une plus ancienne. Les deux décisions sont d'une importance égale. Le moyen formel pour infirmer une décision ancienne consiste à réunir une formation élargie, comme dans le cas où il y a deux décisions contraires de la Cour ou des courants jurisprudentiels contraires, et que la question visée est réputée être d'une importance fondamentale pour la jurisprudence dans un domaine particulier du droit fédéral.

L'arrêt *Tonn* est bien fondé. Il a été décidé dans l'arrêt *Moldowan*: (1) que pour avoir une source de revenu, un contribuable doit avoir une attente raisonnable de profit; et (2) «on doit s'appuyer sur tous les faits pour déterminer objectivement si un contribuable a une expectative raisonnable de profit». Si, comme conclusion de fait un contribuable est jugé ne pas avoir d'attente raisonnable de profit alors il n'y a aucune source de revenu et, par conséquent, aucun fondement à l'égard duquel le contribuable est en mesure de calculer une perte locative. Après l'arrêt *Moldowan*, la Cour a suivi et appliqué cette décision.

L'arrêt *Tonn* n'avait pas l'intention d'établir une règle de droit selon laquelle, même s'il n'y avait aucune attente raisonnable de profit, les pertes sont déductibles d'autres sources de revenu à moins, par exemple, que l'activité productrice de revenu comporte un élément personnel. La

applied sparingly was intended as a common sense guideline for the Tax Court. "Sparingly" was meant to convey the understanding that in cases where, for example, there is no personal element, the judge should apply the reasonable expectation of profit test less assiduously than if such a factor were present. The Court in *Tonn* was simply cautioning against second-guessing the business decisions of taxpayers. *Tonn* did not purport to alter the law as stated in *Moldowan*. Accordingly, the Tax Court Judge erred in his understanding and application of *Tonn*.

Finally, a "personal element" did exist herein. The taxpayers bought the townhouse intending to occupy it themselves, and roughly a year after purchase actually used it as their principal residence. There was no evidence that at the time of purchase, consideration was given to whether the townhouse could be rented profitably.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 18(1)(b),(h), 67, 248(1) "personal or living expenses".

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73; (1995), 96 DTC 6001; 191 N.R. 182 (C.A.); *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; [1977] CTC 310; 77 DTC 5213; 15 N.R. 476.

##### OVERRULED:

*Howard v. Canada*, [1997] T.C.J. No. 69 (QL); *Rossi v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 1632 (QL).

##### REFERRED TO:

*Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Landry (C.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3; (1994), 94 DTC 6624 (F.C.A.); *Poetker v. Minister of National Revenue*, [1996] 1 C.T.C. 202; (1995), 95 DTC 5614 (F.C.A.); *Hugill (R.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 16; (1995), 95 DTC 5311 (F.C.A.); *Joudrey v. Canada*, [1997] T.C.J. No. 74 (QL); *Stacey*

mention dans *Tonn* que le critère de l'arrêt *Moldowan* devrait être appliqué «avec modération» voulait être une ligne directrice fondée sur le bon sens pour les juges de la Cour de l'impôt. En d'autres termes, l'expression «avec modération» visait à expliquer que dans certains cas, par exemple, où il n'y a aucun élément personnel, le juge devrait appliquer le critère de l'attente raisonnable de profit de façon moins assidue qu'il ne l'aurait fait en présence d'un tel facteur. C'est dans ce sens que la Cour dans l'arrêt *Tonn* a fait une mise en garde en ce qui concerne l'appréciation rétrospective des décisions commerciales des contribuables. L'arrêt *Tonn* n'a pas pour but de modifier le droit établi dans l'arrêt *Moldowan*. En conséquence, le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation et dans son application de l'arrêt *Tonn*.

Finalement, il y avait un «élément personnel» en l'espèce. Les contribuables ont acheté la maison en rangée avec l'intention de l'occuper et, environ un an après l'achat, la maison est en fait devenue leur résidence principale. Il n'y a aucun élément de preuve indiquant que, au moment où les contribuables ont conclu l'achat de la propriété, ils se sont demandés si la maison en rangée pouvait être louée avec profit.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 18(1)(b),(h), 67, 248(1) «frais personnels et frais de subsistance».

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73; (1995), 96 DTC 6001; 191 N.R. 182 (C.A.); *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; [1977] CTC 310; 77 DTC 5213; 15 N.R. 476.

##### DÉCISIONS INFIRMÉES:

*Howard c. Canada*, [1997] T.C.J. n° 69 (QL); *Rossi c. Canada*, [1996] T.C.J. n° 1632 (QL).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Landry (C.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3; (1994), 94 DTC 6624 (C.A.F.); *Poetker c. Ministre du Revenu national*, [1996] 1 C.T.C. 202; (1995), 95 DTC 5614 (C.A.F.); *Hugill (R.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 16; (1995), 95 DTC 5311 (C.A.F.); *Joudrey c. Canada*, [1997] T.C.J. n° 74 (QL); *Stacey c.*



v. *Canada*, [1997] T.C.J. No. 117 (QL); *Riddell, M.L. v. The Queen* (1996), 97 DTC 51 (T.C.C.); *Schimmens v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 539 (QL); *Urquhart v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2611 (T.C.C.); *Wallace v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 583 (QL).

*Canada*, [1997] A.C.I. n° 117 (QL); *Riddell, M.L. c. La Reine* (1996), 97 DTC 51 (C.C.I.); *Schimmens c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 539 (QL); *Urquhart c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2611 (C.C.I.); *Wallace c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 583 (QL).

## AUTHORS CITED

Silver, S. "Great Expectations: Are They Reasonable?" in *Real Estate Transactions: Tax Planning for the Second Half of the 1990s*. 1995 Corporate Management Tax Conference. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1996.

## DOCTRINE

Silver, S. «Great Expectations: Are They Reasonable?» dans *Real Estate Transactions: Tax Planning for the Second Half of the 1990s*. 1995 Corporate Management Tax Conference. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1996.

APPLICATIONS for judicial review of the Tax Court's decision that the taxpayers were entitled to deduct their share of rental loss incurred on a property purchased as a principal residence from other income in their 1991 income tax returns (*Mastri v. R.*, [1996] 3 C.T.C. 2702 (T.C.C.)). Applications allowed.

DEMANDES de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour de l'impôt selon laquelle les contribuables avaient le droit de déduire de leurs autres revenus, leur part de la perte locative dans leurs déclaration d'impôt sur le revenu de 1991 (*Mastri c. R.*, [1996] 3 C.T.C. 2702 (C.C.I.)). Demandes accueillies.

## COUNSEL:

*Jagmohan S. Gill* and *Carol Shirliff-Hinds* for applicant.  
*John R. Owen* and *Douglas H. Mathew* for respondents.

## AVOCATS:

*Jagmohan S. Gill* et *Carol Shirliff-Hinds* pour le requérant.  
*John R. Owen* et *Douglas H. Mathew* pour les intimés.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Thorsteinssons*, Toronto, for respondents.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.  
*Thorsteinssons*, Toronto, pour les intimés.

*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] ROBERTSON J.A.: These applications for judicial review stem from a decision of the Tax Court of Canada [*Mastri v. R.*, [1996] 3 C.T.C. 2702] allowing the appeals of the respondent taxpayers, June Mastri and her husband Michael, which appeals were heard on common evidence in respect of reassessments issued for the 1991 taxation year. The principal issue is whether each of the taxpayers is entitled to deduct their proportionate share of rental losses from other sources of income pursuant to the provisions of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] (the Act). Applying the decision of this Court in *Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73 (C.A.), the Tax Court Judge

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Les présentes demandes de contrôle judiciaire découlent d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt [*Mastri c. R.*, [1996] 3 C.T.C. 2702] qui a accueilli les appels des contribuables intimés, June Mastri et son mari Michael, appels qui ont été entendus sur le fondement d'une preuve commune relativement aux nouvelles cotisations établies pour l'année d'imposition 1991. La question principale est de savoir si chacun des contribuables a le droit de déduire sa part des pertes locatives des autres sources de revenus aux termes des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1] (la Loi). Appliquant la

reached a positive conclusion even though he found that there was “no reasonable expectation of profit” on the part of the taxpayers. The Minister of National Revenue takes the rather bold position that *Tonn* was wrongly decided and urges this differently constituted panel of the Court to “overrule” the earlier precedent or at the very least “clarify” what was decided in *Tonn*. While I am prepared to acknowledge that some confusion has arisen in the Tax Court as to what was actually decided by *Tonn*, the fact remains that there is no basis in law or theory for departing from the true import of that decision. In my respectful view, the learned Tax Court Judge misapprehended its meaning, as has the Minister and counsel for the taxpayers.

[2] The essential facts are relatively straightforward. In August of 1990 the taxpayers entered into an agreement to purchase a three-bedroom condominium townhouse in Oakville for \$159,000. The sale was completed in December of that year after the purchasers obtained a mortgage loan of \$117,000. The taxpayers also received the proceeds of a \$45,000 loan which was secured by a mortgage on the home of June Mastri’s parents. At the time the agreement of purchase and sale was signed, it was the taxpayers’ intention to use the property as their principal residence. But in late 1990 Michael was transferred by his employer from Burlington to Toronto, at which time the Mastris decided to rent the property. During the 1991 taxation year the property was rented until the end of November. Subsequent attempts to rent the property proved futile. As property values were on the decline, the taxpayers decided against selling the property and instead made it their principal residence. Rent received during the 1991 taxation year totalled \$12,375 with the taxpayers claiming \$27,730.97 in expenses. Of the latter amount, \$15,675.73 (that is 57%) related to interest. Each taxpayer claimed one-half of the rental loss of \$15,355.97.

décision de la présente Cour dans *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73 (C.A.), le juge de la Cour de l’impôt est arrivé à une conclusion positive même s’il a conclu qu’il n’y avait «aucune attente raisonnable de profit» de la part des contribuables. Le ministre du Revenu national adopte la position plutôt audacieuse selon laquelle l’arrêt *Tonn* était erroné et exhorte la présente formation différente de la Cour à «infirmer» la décision précédente ou à tout le moins à «clarifier» ce qui a été décidé dans l’arrêt *Tonn*. Bien que je sois prêt à reconnaître que ce qui a réellement été décidé dans l’arrêt *Tonn* a suscité une certaine confusion à la Cour de l’impôt, il n’en demeure pas moins qu’il n’y a aucun fondement juridique ou théorique permettant de s’écarter du sens véritable de cette décision. Avec égards, le juge de la Cour de l’impôt a mal interprété son sens, tout comme le ministre et les avocats des contribuables.

[2] Les faits essentiels sont relativement simples. En août 1990, les contribuables ont conclu une promesse d’achat d’un condominium en rangée de trois chambres à coucher à Oakville pour un montant de 159 000 \$. La vente a été conclue en décembre de cette année après que les acheteurs eurent obtenu un prêt hypothécaire de 117 000 \$. Les contribuables ont également reçu le produit d’un prêt de 45 000 \$ qui était garanti par une hypothèque sur la maison des parents de June Mastri. Au moment de la signature de la promesse d’achat et de la vente, les contribuables avaient l’intention d’utiliser la propriété comme résidence principale. Toutefois, à la fin de 1990, Michael a été transféré par son employeur de Burlington à Toronto et c’est à ce moment que les Mastri ont décidé de donner leur propriété en location. Au cours de l’année d’imposition 1991, la propriété a été louée jusqu’à la fin de novembre. Les tentatives subséquentes pour louer la propriété se sont avérées vaines. Comme il y avait une diminution de la valeur des propriétés, les contribuables ont décidé de ne pas vendre la propriété et d’en faire plutôt leur résidence principale. Au cours de l’année d’imposition 1991, les contribuables ont reçu 12 375 \$ en loyer et ont fait état de dépenses de 27 730,97 \$. De ce dernier montant, 15 675,73 \$ (c’est-à-dire 57 %) se rapportaient aux intérêts. Chaque contribuable a réclamé la moitié de la perte locative de 15 355,97 \$.

[3] Following a lengthy and painstaking review of the evidence, the Tax Court Judge concluded that there was no reasonable expectation of profit for the 1991 taxation year. This finding of fact has not been assailed by any of the parties and, in my opinion, rightly so. The sole rationale for the taxpayers' claim of a loss in 1991 was that they had calculated that there would be a profit in 1992. Notwithstanding the finding of lack of reasonable expectation of profit, the Tax Court Judge went on to hold that that finding was not determinative of the issue at hand. According to his understanding of the reasoning in *Tonn*, it was incumbent on the Minister to establish also that there was either a "personal element" or "foreseeable tax advantage" accruing to the taxpayers during the taxation year in question. In the opinion of the Tax Court Judge, the Minister had failed to demonstrate that either of these factors was present. Accordingly, he held that the taxpayers were entitled to deduct their share of the rental loss from other income. Having so concluded, the Tax Court Judge considered the further issue of the application of section 67 and paragraph 18(1)(b) of the Act to limit certain expenses deducted by the taxpayers which he found to be of a capital nature. The taxpayers conceded that approximately \$3,000 was on account of capital and not deductible as a current expense. The Tax Court Judge went on to find that a greater amount should be allocated to capital and ultimately concluded that the rental loss was \$8,958 and not \$15,356 as originally claimed. In short, total expenses were reduced to \$21,333 of which \$15,675 (or 73%) was attributable to interest.

[4] The thrust of the Minister's argument is that in *Tonn* this Court departed from its earlier decisions to establish the principle that the reasonable expectation of profit test, established in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480, is applicable only where it can be shown that the facts reveal an "inappropriate reduction in tax", the presence of a "personal benefit" or "where the expectation of profit was so unreasonable as to raise a suspicion". Thus, the *Moldowan* test

[3] Après un long et minutieux examen des éléments de preuve, le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'il n'y avait aucune attente raisonnable de profit relativement à l'année d'imposition 1991. Cette conclusion de fait n'a pas été contestée par l'une ou l'autre partie et, à mon avis, à juste titre. Le seul raisonnement à l'appui de la déduction par les contribuables d'une perte en 1991 portait qu'ils avaient estimé qu'ils réaliseraient un profit en 1992. Nonobstant la conclusion d'absence d'attente raisonnable de profit, le juge de la Cour de l'impôt a ensuite déterminé que cette conclusion ne réglait pas la question de façon définitive. Selon son interprétation du raisonnement de l'arrêt *Tonn*, il incombait au ministre d'établir également qu'il y avait soit un «élément personnel» soit un «avantage fiscal prévisible» dont bénéficieraient les contribuables au cours de l'année d'imposition en question. De l'avis du juge de la Cour de l'impôt, le ministre n'avait pas réussi à démontrer la présence de l'un ou l'autre de ces facteurs. Par conséquent, il a conclu que les contribuables avaient le droit de déduire de leurs autres revenus, leur part de la perte locative. Ayant ainsi conclu, le juge de la Cour de l'impôt a examiné la question subsidiaire de l'application de l'article 67 et de l'alinéa 18(1)b) de la Loi pour limiter certaines dépenses déduites par les contribuables qu'il a conclu être de la nature d'une immobilisation. Les contribuables ont admis qu'environ 3 000 \$ constituait une immobilisation et ne pouvaient être déduits à titre de dépenses courantes. Le juge de la Cour de l'impôt a ensuite conclu qu'un montant plus élevé devrait être considéré comme une immobilisation et a finalement conclu que la perte locative était de 8 958 \$ et non de 15 356 \$ comme elle avait été initialement demandée. Bref, les dépenses totales ont été réduites à 21 333 \$ dont 15 675 \$ (soit 73 %) représentaient des intérêts.

[4] L'argument du ministre portait principalement sur le fait que dans l'arrêt *Tonn*, la Cour s'est écartée de ses décisions précédentes pour établir le principe selon lequel le critère de l'attente raisonnable de profit, établi dans l'arrêt *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480, ne s'applique que lorsqu'il peut être démontré que les faits font état d'une «diminution d'impôt inappropriée», la présence d'un «avantage personnel» ou «que l'attente de profit était déraisonna-

remains irrelevant until such time as one of these factors can be established. The taxpayers, too, contend that in circumstances where a taxpayer's motives are solely commercial in nature, *Tonn* dictates that the reasonable expectation of profit test would not normally be applied.

[5] Returning to the Minister's submissions, it is further argued that the Court in *Tonn* fell into error by confusing the issue of deductibility of an expense with the deductibility of a rental loss (loss from a property) from a taxpayer's other sources of income (e.g. employment income). It is on this basis that the Minister urges us to "overrule" *Tonn*, a case decided by a unanimous panel of this Court in December of 1995.

[6] It is important to recognize that although a decision of one panel of this Court is not binding on another, it is incorrect to speak of a recent decision overruling an earlier one. The accepted rules of *stare decisis* dictate that both decisions are of equal weight. It is true that with the passage of time an earlier decision may fall into disfavour and, thus, lose its persuasiveness through application of various well-known judicial techniques. It is equally true that on occasion one panel expressly disapproves of an earlier decision where the principal author of that decision or the majority of that panel is now sitting on the subsequent case. More often than not the earlier decision was rendered from the bench or was decided *per incuriam*. Aside from these circumstances, the formal means for overruling an earlier decision is to have the Court strike an enlarged panel, as may be done where there are two conflicting decisions of the Court, or conflicting lines of authority, and the issue involved is deemed to be of fundamental significance to the jurisprudence in a particular area of federal law: see *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.). All that being said, I have no doubt that *Tonn* was correctly decided. There is no question, however, that it has caused some difficulty in interpretation and application for certain judges of the Tax Court, which difficulty stems in part from perceived

ble au point de soulever un doute». Par conséquent, le critère de l'arrêt *Moldowan* ne s'applique pas avant que l'un de ces facteurs puisse être établi. Les contribuables soutiennent également que dans des circonstances où les motifs d'un contribuable sont uniquement de nature commerciale, l'arrêt *Tonn* énonce que le critère de l'attente raisonnable de profit ne s'appliquerait pas normalement.

[5] Dans ses arguments le ministre soutient en outre que la Cour a commis une erreur dans l'arrêt *Tonn* lorsqu'elle a confondu la question du caractère déductible d'une dépense avec le caractère déductible d'une perte locative (perte qui découle d'un bien) découlant d'une autre source de revenu d'un contribuable (par ex. le revenu tiré d'un emploi). C'est sur ce fondement que le ministre nous incite à «infirmer» l'arrêt *Tonn* qui a été rendu par une formation unanime de la Cour en décembre 1995.

[6] Il importe de reconnaître que bien qu'une décision rendue par une formation de la Cour n'en lie pas une autre, on ne peut dire qu'une décision récente en infirme une plus ancienne. Selon les règles admises en matière de *stare decisis* les deux décisions sont d'une importance égale. Il est vrai qu'avec le temps une décision plus ancienne peut tomber en disgrâce et, par conséquent, perdre son caractère convaincant par l'application de diverses techniques judiciaires bien connues. Il est également vrai que, à l'occasion, une formation exprime de façon expresse son désaccord à l'égard d'une décision antérieure lorsque l'auteur principal de cette décision ou que la majorité de cette formation est maintenant saisie de l'affaire subséquente. Plus souvent qu'autrement, la décision plus ancienne a été rendue à l'audience ou *per incuriam*. Outre ces circonstances, le moyen formel pour infirmer une décision ancienne consiste à réunir une formation élargie, comme dans le cas où il y a deux décisions contraires de la Cour ou des courants jurisprudentiels contraires et que la question visée est réputée être d'une importance fondamentale pour la jurisprudence dans un domaine particulier du droit fédéral: voir *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.). Cela étant dit, je suis convaincu que l'arrêt *Tonn* est bien fondé. Toutefois, il est clair que cet arrêt a causé certains problèmes

ambiguities in the language used in *Tonn*.

[7] I do not propose to deal with the Minister's argument in detail for the reason that it is devoid of merit. There is no basis for postulating that the Court in *Tonn* confused the concept of deductibility of an expense with the concept of deductibility of rental losses from income derived from other sources. Admittedly, there are oblique references to the reasonable expectation of profit test established in *Moldowan* being used to disallow the deduction of personal expenses rather than business or property losses: see *Tonn, supra*, at pages 90-91 and 95. These references arose in the context of an analysis seeking to show the origin of the reasonable expectation of profit test which can be traced to the prohibition against deduction of "personal or living expenses" under paragraph 18(1)(h), which term is defined in subsection 248(1). I cannot help but acknowledge that even tax commentators have succumbed to the same slip of the pen: see S. Silver, "Great Expectations: Are They Reasonable?" in 1995 Corporate Management Tax Conference, *Real Estate Transactions: Tax Planning for the Second Half of the 1990s* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1996) 6:1, at pages 6:15-6:16, quoted in *Tonn*, at pages 93-94. In the end, however, it is readily apparent that the Court in *Tonn* recognized that the issue before it was whether the rental losses could be deducted from other sources of income: see *Tonn, supra*, at pages 79 and 83.

[8] For the sake of doctrinal purity, I should also point out that a distinction must be drawn between the determination of whether a taxpayer's source of income is from a business as opposed to a property. I may own a rental property but whether I carry on a business in regard thereto is a distinct legal issue giving rise to other tax consequences not relevant to the cases under review. Thus, strictly speaking it is inappropriate to speak of business expenses incurred in relation to a rental property unless, of course, the

d'interprétation et d'application pour certains juges de la Cour de l'impôt, problèmes qui découlent en partie d'ambiguïtés qui ressortiraient des termes utilisés dans l'arrêt *Tonn*.

[7] Je ne suis pas d'avis qu'il faille traiter des arguments du ministre de façon détaillée pour la simple raison qu'ils sont dénués de fondement. Il n'est pas possible d'affirmer que la Cour dans l'arrêt *Tonn* a confondu le concept du caractère déductible d'une dépense avec le concept du caractère déductible de perte locative du revenu tiré d'autres sources. Il faut convenir que des renvois indirects au critère de l'attente raisonnable de profit établi dans l'arrêt *Moldowan* sont utilisés pour refuser la déduction des dépenses personnelles plutôt que les pertes d'entreprise ou les pertes matérielles: voir *Tonn, supra*, aux pages 90 et 91 et 95. Ces renvois ont été établis dans le contexte d'une analyse qui vise à démontrer l'origine du critère de l'attente raisonnable de profit qui découlerait de l'interdiction contre la déduction des «frais personnels et frais de subsistance» aux termes de l'alinéa 18(1)h), expression qui est définie au paragraphe 248(1). Je dois reconnaître que même les analystes fiscaux ont commis le même lapsus: voir S. Silver, «Great Expectations: Are They Reasonable?» dans 1995 Corporate Management Tax Conference, *Real Estate Transactions: Tax Planning for the Second Half of the 1990s* (Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1996) 6:1 aux pages 6:15 et 6:16, citées dans l'arrêt *Tonn* aux pages 93 et 94. Toutefois, en fin de compte il est évident que la Cour dans l'arrêt *Tonn* a reconnu que la question qui lui était posée était de savoir si les pertes locatives pouvaient être déduites d'autres sources de revenus: voir *Tonn, supra*, aux pages 79 et 83.

[8] Afin de préserver l'intégrité de la doctrine, il convient également de souligner qu'il faut établir une distinction entre le fait de savoir si une source de revenu d'un contribuable est tirée d'une entreprise par opposition à un bien. Je peux être propriétaire d'un bien locatif mais le fait de savoir si j'exploite une entreprise à l'égard de celui-ci constitue une question juridique distincte qui donne lieu à d'autres conséquences fiscales qui ne sont pas pertinentes relativement aux affaires visées. Par conséquent, à proprement

taxpayer's endeavours are regarded in law as a business. In any event, it is helpful at this point to set out the specific findings of law articulated in *Moldowan*.

[9] First, it was decided in *Moldowan* that in order to have a source of income a taxpayer must have a reasonable expectation of profit. Second, "whether a taxpayer has a reasonable expectation of profit is an objective determination to be made from all of the facts" (*supra*, at pages 485-486). If as a matter of fact a taxpayer is found not to have a reasonable expectation of profit then there is no source of income and, therefore, no basis upon which the taxpayer is able to calculate a rental loss. There is no doubt that, post-*Moldowan*, this Court has followed and applied that decision: see *Landry (C.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3 (F.C.A.); *Poetker v. Minister of National Revenue*, [1996] 1 C.T.C. 202 (F.C.A.); and *Hugill (R.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 16 (F.C.A.). The only remaining issue is whether *Tonn* departs from that jurisprudence by postulating that the reasonable expectation of profit test remains irrelevant to the question of deductibility of losses until such time as it can be established that the case involves an inappropriate deduction of tax, the presence of a strong personal element or suspicious circumstances. There are two passages in *Tonn* which are cited in support of that proposition of law and are worthy of reproduction (*supra*, at page 96 and at pages 103-104):

The *Moldowan* test, therefore is a useful tool by which the tax-inappropriateness of an activity may be reasonably inferred when other, more direct forms of evidence are lacking. Consequently, when the circumstances do not admit of any suspicion that a business loss was made for a personal or non-business motive, the test should be applied sparingly and with a latitude favouring the taxpayer, whose business judgment may have been less than competent.

... I otherwise agree that the *Moldowan* test should be applied sparingly where a taxpayer's "business judgment" is

parler il ne convient pas de dire qu'il s'agit de dépenses d'entreprise engagées relativement à un bien locatif à moins, évidemment, que les actes du contribuable soient considérés en droit comme une entreprise. De toute façon, il convient à ce stade d'énoncer les conclusions de droit précises établies dans l'arrêt *Moldowan*.

[9] Premièrement, il a été décidé dans l'arrêt *Moldowan* que pour avoir une source de revenu, un contribuable doit avoir une attente raisonnable de profit. Deuxièmement, «on doit s'appuyer sur tous les faits pour déterminer objectivement si un contribuable a une expectative raisonnable de profit» (*supra*, à la page 486). Si, comme conclusion de fait un contribuable est jugé ne pas avoir d'attente raisonnable de profit alors il n'y a aucune source de revenu et, par conséquent, aucun fondement à l'égard duquel le contribuable est en mesure de calculer une perte locative. Il est évident que après l'arrêt *Moldowan*, la Cour a suivi et appliqué cette décision: voir *Landry (C.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 3 (C.A.F.); *Poetker c. Ministre du Revenu national*, [1996] 1 C.T.C. 202 (C.A.F.); et *Hugill (R.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 16 (C.A.F.). La seule question qui reste à trancher est de savoir si l'arrêt *Tonn* s'écarte de cette jurisprudence lorsqu'il prévoit que le critère de l'attente raisonnable de profit n'est pas pertinent en ce qui a trait à la question du caractère déductible des pertes jusqu'à ce qu'il puisse être établi que l'affaire comporte une déduction d'impôt inappropriée, la présence d'un élément personnel important ou de circonstances suspectes. Deux passages de l'arrêt *Tonn* sont cités à l'appui de cet argument et il convient d'en faire état (*supra*, à la page 96 et aux pages 103 et 104):

Par conséquent, le critère de l'arrêt *Moldowan* est un critère utile qu'il est possible d'appliquer pour conclure qu'une activité du contribuable est inappropriée en l'absence d'éléments de preuve plus directs. Ainsi, lorsque les circonstances ne soulèvent nullement la question de savoir si une perte d'entreprise a été engagée dans un but personnel ou dans un but non lié à l'entreprise, le critère devrait être appliqué avec modération et avec une latitude favorisant le contribuable, dont le sens des affaires a peut-être fait défaut.

... je, par ailleurs, reconnais que le critère de l'arrêt *Moldowan* devrait être appliqué avec modération lorsque

involved, where no personal element is in evidence, and where the extent of the deductions claimed are not on their face questionable. However, where circumstances suggest that a personal or other-than-business motivation existed, or where the expectation of profit was so unreasonable as to raise a suspicion, the taxpayer will be called upon to justify objectively that the operation was in fact a business. Suspicious circumstances, therefore, will more often lead to closer scrutiny than those that are in no way suspect.

[10] In my respectful view, neither of the above passages support the legal proposition espoused by both the Minister and the taxpayers. It is simply unreasonable to posit that the Court intended to establish a rule of law to the effect that, even though there was no reasonable expectation of profit, losses are deductible from other income sources unless, for example, the income earning activity involved a personal element. The reference to the *Moldowan* test being applied “sparingly” is not intended as a rule of law, but as a common-sense guideline for the judges of the Tax Court. In other words, the term “sparingly” was meant to convey the understanding that in cases, for example, where there is no personal element the judge should apply the reasonable expectation of profit test less assiduously than he or she might do if such a factor were present. It is in this sense that the Court in *Tonn* cautioned against “second-guessing” the business decisions of taxpayers. Lest there be any doubt on this point, one need go no further than the analysis pursued by the Court in *Tonn*.

[11] In *Tonn*, the Court clearly held that no personal advantage had accrued to the taxpayer who was seeking to deduct rental losses from his other sources of income. Nonetheless, the Court continued to pursue the deductibility of losses issue by applying the factors set out in *Moldowan* when assessing whether there was a reasonable expectation of profit. The Court’s summary, provided at page 109, lays to rest any doubt as to what was decided in *Tonn*:

l’«appréciation commerciale» du contribuable est concernée, qu’aucun élément personnel n’a été établi et que le montant des déductions réclamées n’est pas contestable à première vue. Cependant, lorsque les circonstances donnent à penser qu’une motivation personnelle ou non commerciale existait ou que l’attente de profit était déraisonnable au point de soulever un doute, le contribuable devra prouver objectivement que l’activité constituait effectivement une entreprise. Par conséquent, des circonstances douteuses appelleront plus souvent un examen plus approfondi comparativement à celles qui ne soulèvent aucun doute.

[10] Avec égards, aucun des extraits cités précédemment n’appuie l’argument juridique invoqué par le ministre et les contribuables. Il n’est tout simplement pas raisonnable d’affirmer que la Cour avait l’intention d’établir une règle de droit selon laquelle, même s’il n’y avait aucune attente raisonnable de profit, les pertes sont déductibles d’autres sources de revenu à moins, par exemple, que l’activité productrice de revenu comporte un élément personnel. La mention que le critère de l’arrêt *Moldowan* devrait être appliqué «avec modération» n’est pas destinée à devenir une règle de droit, mais à être une ligne directrice fondée sur le bon sens pour les juges de la Cour de l’impôt. En d’autres termes, l’expression «avec modération» visait à expliquer que dans certains cas, par exemple, où il n’y a aucun élément personnel, le juge devrait appliquer le critère de l’attente raisonnable de profit de façon moins assidue qu’il ne l’aurait fait en présence d’un tel facteur. C’est dans ce sens que la Cour dans l’arrêt *Tonn* a fait une mise en garde en ce qui concerne l’appréciation rétrospective des décisions commerciales des contribuables. De crainte qu’un doute soit soulevé à ce sujet, il n’est pas nécessaire d’aller plus loin que l’analyse effectuée par la Cour dans l’arrêt *Tonn*.

[11] Dans l’arrêt *Tonn*, la Cour a clairement jugé que le contribuable qui cherchait à déduire des pertes locatives de ses autres sources de revenus n’avait obtenu aucun avantage personnel. Néanmoins, la Cour a continué à examiner la question relative au caractère déductible des pertes en appliquant les facteurs énoncés dans l’arrêt *Moldowan* lorsqu’elle a examiné s’il y avait une attente raisonnable de profit. Le résumé fait par la Cour à la page 109 écarte tout doute en ce qui concerne ce qui a été décidé dans l’arrêt *Tonn*:

My disposition of this case is therefore as follows. The Tax Court Judge erred in principle as well as in his application of the reasonable expectation of profit test, as it is now understood. He did not consider all of the factors he should have considered, nor did he assess the context fully. The evidence clearly showed that the taxpayers engaged themselves in a business enterprise and their expectations of profit were not unreasonable in the circumstances. A small rental business was launched without the aid of sophisticated market analysis at a time when the rental market looked promising. Soon after, as a result of unforeseen circumstances, it became precarious. No personal benefit accrued to the taxpayers by the rental arrangements. The property was not a vacation site. The house was not used to give free or subsidized housing to relatives or friends. They made an honest error in judgment and lost money instead of earning it. It is not for the Department (or the Court) to penalize them for this, using the reasonable expectation of the profit test, without giving the enterprise a reasonable length of time to prove itself capable of yielding profits.

[12] In summary, the decision of this Court in *Tonn* does not purport to alter the law as stated in *Moldowan*. *Tonn* simply affirms the common-sense understanding that it is not the place of the courts to second-guess the business acumen of a taxpayer whose commercial venture turns out to be less profitable than anticipated. Accordingly, the Tax Court Judge erred in his understanding and application of *Tonn*. The same holds true in regard to the following Tax Court cases which reveal a misunderstanding of the true import of *Tonn*: *Howard v. Canada*, [1997] T.C.J. No. 69 (QL); and *Rossi v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 1632 (QL). By comparison, other Tax Court cases confirm my opinion as to what was decided in *Tonn*: see *Joudrey v. Canada*, [1997] T.C.J. No. 74 (QL); *Stacey v. Canada*, [1997] T.C.J. No. 117 (QL); *Riddell, M.L. v. The Queen* (1996), 97 DTC 51 (T.C.C.); *Schimmens v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 539 (QL); *Urquhart v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2611 (T.C.C.); and *Wallace v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 583 (QL).

[13] Before concluding, I wish to register my respectful disagreement with the finding made below

Ma décision en l'espèce est donc la suivante. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur de principe ainsi qu'une erreur dans la façon dont il a appliqué le critère de l'attente raisonnable de profit selon le sens actuel de ce critère. Il n'a pas tenu compte de tous les facteurs qu'il aurait dû examiner et il n'a pas évalué non plus tous les aspects de la situation. Il appert clairement de la preuve que les contribuables se sont lancés dans une entreprise commerciale et que leurs attentes de profit n'étaient pas déraisonnables dans les circonstances. Une petite entreprise de location a été créée sans l'aide d'une étude de marché sophistiquée à une époque où le marché de la location semblait prometteur. Peu après, par suite de circonstances imprévues, il est devenu précaire. Les contribuables n'ont tiré aucun avantage personnel des ententes de location. La propriété n'était pas un lieu de vacances. Elle n'a pas été utilisée non plus pour offrir un logement à prix modique ou sans frais à des parents ou à des amis. Les contribuables se sont honnêtement trompés et ont perdu de l'argent plutôt que d'en gagner. Il n'appartient pas au Ministère ou à la Cour de les pénaliser pour cette erreur en appliquant le critère de l'attente raisonnable de profit sans donner à l'entreprise suffisamment de temps pour prouver qu'elle est rentable.

[12] Bref, la décision de la Cour dans l'arrêt *Tonn* n'a pas pour but de modifier le droit établi dans l'arrêt *Moldowan*. L'arrêt *Tonn* confirme simplement l'interprétation fondée sur le bon sens selon laquelle ce n'est pas aux tribunaux de faire une appréciation rétrospective de la pécuniosité commerciale d'un contribuable dont l'entreprise se révèle moins rentable que prévue. En conséquence, le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation et dans son application de l'arrêt *Tonn*. Il en va de même en ce qui concerne les décisions suivantes de la Cour de l'impôt, qui font ressortir une mauvaise interprétation du sens réel de l'arrêt *Tonn*: *Howard c. Canada*, [1997] T.C.J. n° 69 (QL); et *Rossi c. Canada*, [1996] T.C.J. n° 1632 (QL). En comparaison, d'autres décisions de la Cour de l'impôt confirment mon opinion relativement à ce qui a été décidé dans l'arrêt *Tonn*: voir *Joudrey c. Canada*, [1997] T.C.J. n° 74 (QL); *Stacey c. Canada*, [1997] A.C.I. n° 117 (QL); *Riddell, M.L. c. La Reine* (1996), 97 DTC 51 (C.C.I.); *Schimmens c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 539 (QL); *Urquhart c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2611 (C.C.I.); et *Wallace c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 583 (QL).

[13] Avant de conclure, je désire faire part avec déférence de mon désaccord à l'égard de la conclusion



that no “personal element” exists in the circumstances of this case. On the contrary, the evidence clearly shows that the Mastris entered into an agreement to buy the townhouse with the intention of occupying it themselves and that, roughly a year after purchase, they actually used the home as their principal residence. In my opinion, one can scarcely speak of the absence of a personal element in this situation—particularly since there is no evidence indicating that, at the time the taxpayers agreed to purchase the property for \$159,000, consideration was given to whether the townhouse could be rented profitably.

[14] The Tax Court Judge having erred in his application of *Tonn*, and in light of the fact that his finding of lack of reasonable expectation of profit has not been challenged, the taxpayers are not entitled to deduct their respective shares of the rental loss from other income sources. The applications for judicial review should be allowed, the judgments of the Tax Court set aside and the matter remitted for redetermination on the basis that the taxpayers’ appeals to that Court be dismissed. The taxpayers are entitled to one set of reasonable and proper costs for both judicial review applications.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

à laquelle est arrivée l’instance inférieure selon laquelle il n’y a aucun «élément personnel» en l’espèce. Au contraire, il ressort clairement de la preuve que les Mastri ont conclu une promesse d’achat de la maison en rangée avec l’intention de l’occuper et que, environ un an après l’achat, la maison est en fait devenue leur résidence principale. À mon avis, on peut difficilement parler d’absence d’élément personnel dans cette situation—particulièrement puisqu’il n’y a aucun élément de preuve indiquant que, au moment où les contribuables ont conclu l’achat de la propriété pour la somme de 159 000 \$, ils se sont demandés si la maison en rangée pouvait être louée avec profit.

[14] Le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur dans son application de l’arrêt *Tonn* et compte tenu du fait que sa conclusion quant à l’absence d’attente raisonnable de profit n’a pas été contestée, les contribuables n’ont pas le droit de déduire leur part respective de la perte locative d’autres sources de revenus. Les demandes de contrôle judiciaire devraient être accueillies, les jugements de la Cour de l’impôt annulés et l’affaire renvoyée pour que soit rendue une nouvelle décision sur le fondement que les appels des contribuables devant cette Cour doivent être rejetés. Les contribuables ont droit à un seul mémoire de frais raisonnables et justifiés à l’égard des deux demandes de contrôle judiciaire.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE McDONALD, J.C.A.: Je souscris.

T-1134-90

**Albion Transportation Research Corporation, 285614 Alberta Ltd. and Henry John Alberta Maplesden also known as John Henry Albert Maplesden and Kathleen Sylvia Maplesden** (*Plaintiffs*)

v.

**Her Majesty the Queen** (*Defendant*)

*INDEXED AS: ALBION TRANSPORTATION RESEARCH CORP. v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Gibson J.—Calgary, April 21; Ottawa, June 20, 1997.

*Practice — Limitation of actions — Crown Liability and Proceedings act, s. 3(1)(a) — Action for conversion of chattels (funds and assets), for wrongful filing of writ of fieri facias, and for damages — Action statute barred pursuant to Alberta Limitation of Actions Act, s. 51(g) — Cause of action arising on date of allegedly wrongful seizure.*

*Administrative law — Statutory appeals — Pursuant to Federal Court Act, s. 18.5, plaintiffs' right of appeal to T.C.C. barring Court from adjudicating claims of plaintiffs — Act, s. 18.5 applying to actions as well as judicial review — Act, s. 18.5 barring Court from adjudicating claim entailing challenge to validity of tax assessment or of collection proceedings taken in respect thereof as alternative right of appeal to T.C.C. — Not precluding Court from adjudicating merits of claim for wrongful filing of writ of fieri facias as original amount subsequently varied and assessment not challenged.*

*Estoppel — Practice — Res judicata — Issue estoppel — Claim for wrongful filing of writ of fieri facias with respect to certificate registered under Income Tax Act, s. 223 — Not case of issue estoppel as plaintiff not seeking to relitigate validity of tax assessed against her, but rather arguing writ flowing from assessment wrongfully filed.*

*Income tax — Practice — Action for conversion of chattels (funds and assets), for wrongful filing of writ of fieri facias, and for damages — Action statute barred pursuant to Alberta Limitation of Actions Act, s. 51(g) — Also, Federal Court Act, s. 18.5 barring Court from adjudicating claim entailing challenge to validity of tax assessment*

T-1134-90

**Albion Transportation Research Corporation, 285614 Alberta Ltd., et Henry John Alberta Maplesden alias John Henry Albert Maplesden et Kathleen Sylvia Maplesden** (*demandeurs*)

c.

**Sa Majesté la Reine** (*défenderesse*)

*RÉPERTORIÉ: ALBION TRANSPORTATION RESEARCH CORP. c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Gibson—Calgary, 21 avril; Ottawa, 20 juin 1997.

*Pratique — Prescription — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, art. 3(1)(a) — Action en détournement de biens meubles (numéraires et éléments d'actif), en dépôt injustifié de bref de fieri facias, et en dommages-intérêts — Action prescrite par l'effet de l'art. 51(g) de la loi Limitation of Actions Act de l'Alberta — Le fait litigieux s'est produit le jour de la soi-disant saisie injustifiée.*

*Droit administratif — Appels prévus par la loi — Par application de l'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale, la Cour ne peut connaître des prétentions des demanderessees qui ont droit d'appel devant la C.C.I. — L'art. 18.5 s'applique aux actions tout aussi bien qu'aux recours en contrôle judiciaire — L'art 18.5 interdit à la Cour de connaître d'une demande qui reviendrait à contester la validité de la cotisation d'impôt ou des mesures de recouvrement y afférentes si celles-ci peuvent être portées en appel devant la C.C.I. — Il n'interdit pas à la Cour de connaître du fond de l'action en dépôt injustifié de bref de fieri facias puisque le montant initial a été modifié et que la cotisation n'a pas été contestée.*

*Fin de non-recevoir — Pratique — Autorité de la chose jugée — Issue estoppel — Action en dépôt injustifié de bref de fieri facias par suite du certificat enregistré en application de l'art. 223 de la Loi de l'impôt sur le revenu — La fin de non-recevoir n'est pas valide puisque la contribuable ne cherche pas à remettre en question sa cotisation d'impôt mais soutient que le bref découlant de la cotisation a été déposé de façon injustifiée.*

*Impôt sur le revenu — Pratique — Action en détournement de biens meubles (numéraires et éléments d'actif), en dépôt injustifié de bref de fieri facias, et en dommages-intérêts — Action prescrite par l'effet de l'art. 51(g) de la loi Limitation of Actions Act de l'Alberta — D'autre part, l'art 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale lui interdit de connaître*

or of collection proceedings taken in respect thereof as alternative right of appeal to T.C.C.

In November 1984, Revenue Canada issued a notice of assessment to Albion respecting payments on account due under the *Income Tax Act*. 285614 Alberta Ltd. was the sole shareholder of Albion and the shares of 285614 were owned by John (51%) and Kathleen (49%) Maplesden. In July and September 1985, the defendant seized and removed from an escrow account held by Canada Trust on behalf of Albion the amount of \$ 3,017,992. In August 1985, a certificate was registered in the Federal Court pursuant to the *Income Tax Act* with respect to the assessment in the amount of \$15,000,000, and a writ of *fiery facias* was issued with respect to this certificate. In October 1985, the defendant used these to seize all computers, hardware, furniture and other assets of Albion and obtained \$373,666 from the sale. As a result, Albion ceased business in September 1985.

In September 1985, an assessment for the 1984 taxation year was issued against plaintiff Kathleen Maplesden in the amount of \$750,000. At the same time, a certificate was registered against her property in the Federal Court for that tax debt, and a writ of *fiery facias* was issued pursuant to the certificate. The certificate remained on title for 3 years until it was lifted and replaced by one for the reduced amount of the second reassessment. Her appeal to the Tax Court was dismissed, and the dismissal was appealed to the Federal Court. The disputed portion of this assessment was based upon a transfer of funds from Albion to her in November 1984, which funds were used to purchase property. Meanwhile, in June 1986, she was assessed for the 1985 taxation year in the amount of \$ 45,944. In January 1988, a certificate was registered in the Federal Court for that debt, and in March, a writ of *fiery facias* was issued with respect thereto.

The plaintiffs initiated an action for the return of Albion's wrongfully seized and removed funds and assets, and for damages. Kathleen Maplesden's claim was for the wrongful filing of a writ of *fiery facias* against the lands she bought with the money she got from Albion. This resulted in the following question of law being set down for determination on the basis of an agreed statement of facts: are claims set out in the statement of claim barred by statutory or common law limitation, the provisions of the *Income Tax Act* or do they fail by virtue of binding judicial precedent or *res judicata*.

The claims of Albion and 285614 were statute barred.

This was an action in tort for wrongful seizure of funds in an escrow account, computers, hardware, furniture and other

*d'une demande qui reviendrait à contester la validité de la cotisation d'impôt ou des mesures de recouvrement y afférentes si celles-ci peuvent être portées en appel devant la C.C.I.*

En novembre 1984, Revenu Canada a envoyé à Albion un avis de cotisation d'impôt exigible en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. 285614 Alberta Ltd. était la seule actionnaire d'Albion et ses propres actions étaient détenues par John (51 %) et Kathleen (49 %) Maplesden. En juillet et septembre 1985, la défenderesse a saisi et retiré la somme de 3 017 992 \$ d'un compte de dépôt en main tierce détenu par Canada Trust au nom d'Albion. En août 1985, un certificat portant impôt exigible de 15 000 000 \$ est enregistré auprès de la Cour fédérale du Canada conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et un bref de *fiery facias* décerné pour son exécution. En octobre 1985, la défenderesse, invoquant le certificat et le bref de *fiery facias*, saisit tous les ordinateurs, matériels, meubles et autres éléments d'actif d'Albion, dont la réalisation subséquente a produit 373 666 \$. Par suite, Albion a cessé toute exploitation de son entreprise en septembre 1985.

En septembre 1985, une cotisation de 750 000 \$ est émise contre la demanderesse Kathleen Maplesden à l'égard de l'année d'imposition 1984. Le même jour, un certificat de cette dette fiscale est enregistré contre son bien-fonds, auprès de la Cour fédérale du Canada qui décerne un bref de *fiery facias* pour son exécution. Ce certificat demeurait enregistré quelque trois ans avant d'être levé et remplacé par un certificat portant sur le montant inférieur de la nouvelle cotisation modifiée. La Cour canadienne de l'impôt a rejeté le recours de la demanderesse en la matière, et ce rejet a été porté en appel devant la Cour fédérale. La fraction contestée de cette cotisation se rapportait à des fonds qu'elle recevait d'Albion en novembre 1984 pour l'achat d'une propriété. Entre-temps, en juin 1986, elle a reçu un avis de cotisation d'impôt de 45 944 \$ à l'égard de l'année d'imposition 1985. En janvier 1988, un certificat relatif à cette dette fiscale est enregistré auprès de la Cour fédérale du Canada qui, en mars, décerne un bref de *fiery facias* pour son exécution.

Les demandeurs intentent une action en restitution des fonds et éléments d'actif d'Albion, saisis et enlevés sans justification, et en dommages-intérêts. Kathleen Maplesden conclut à dommages-intérêts par suite du dépôt d'un bref de *fiery facias* contre le bien-fonds qu'elle avait acheté avec des fonds reçus d'Albion. D'où la formulation du point de droit à trancher à la lumière d'un exposé conjoint des faits, savoir si les prétentions figurant dans la déclaration sont prescrites par l'effet de la loi, de la common law ou des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou sont irrecevables du fait de l'autorité de la chose jugée.

Les prétentions d'Albion et de 285614 sont prescrites par l'effet de la loi.

Il s'agit d'une action en délit civil, savoir saisie injustifiée de fonds dans un compte en main tierce, d'ordinateurs, de

chattels. The *Crown Liability and Proceedings Act* provides for the application of provincial statutory limitations in respect of any causes of action arising in that province, in this case, Alberta. The two-year limitation period provided for in section 51 of the Alberta *Limitation of Actions Act* for actions for conversion of chattels was applicable (actions for "wrongful seizures" being actions in the nature of conversion). In modern usage, the term "chattels" encompassed not only computers, hardware and furniture, but also choses in action such as bank accounts. In this case, the limitation began to run from the date on which the cause of action arose — the date when the alleged wrongful seizure took place, with the knowledge of the allegedly wronged party. There was no dispute that the date of seizure and of knowledge was outside of the two-year limitation period in respect of actions for conversion in the nature of trespass (this was not a case of wrongful detention of property or detainee). Therefore, the cause of action pleaded by the plaintiffs in paragraphs 5 and 6 of the statement of claim arose more than two years prior to the commencement of the action by the plaintiffs and as such, the claims of Albion and 285614 are statute barred by paragraph 51(g) of the Alberta *Limitation of Actions Act*. And since the claim for pure economic loss under paragraph 7 is entirely dependent on the claims under paragraphs 5 and 6, if the plaintiffs cannot succeed on these claims, because they are statute barred, they cannot succeed under paragraph 7 whatever might be the appropriate limitation period in respect of that claim.

The claims of Albion and 285614 also fail as a result of Albion not utilizing available procedures to challenge its income tax assessment or the defendant's collection actions under the *Income Tax Act* and by virtue of binding judicial precedent. Section 18.5 of the *Federal Court Act* bars the Federal Court from adjudicating the claims of Albion and 285614 because the plaintiffs have a right of appeal to the Tax Court, expressly provided by another Act of Parliament. It has been established that section 18.5 applies not only to judicial reviews and applications for prerogative writs, but also to actions. To argue that there was no legal justification for the seizure would entail an attack on the validity of the tax assessment which is already provided for by a right of appeal to the Tax Court pursuant to section 171 of the *Income Tax Act*. Section 18.5 bars this Court from adjudicating a claim that would entail a challenge to the validity of the tax assessment because an alternative appeal right exists to the Tax Court. The attempt by plaintiffs to recharacterize their claim for wrongful seizure not as a claim for conversion but rather as a claim based on misrepresentation or abuse of discretion is not supported by their statement of claim. In any event, the Court is bound by the Court of Appeal decision in *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309 (C.A.) in which it was held that where an appeal right exists to the Tax Court, a party can challenge neither the validity of the tax assessment nor the collection

matériels, de meubles meublants et autres. La *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* prévoit l'application des règles de droit en matière de prescription de la province où se produit le fait générateur, c'est-à-dire l'Alberta en l'occurrence. Le délai de prescription applicable en l'espèce est celui de deux ans prévu à l'article 51 de la *Limitation of Actions Act* de l'Alberta pour l'action en détournement de biens meubles (l'action en saisie injustifiée est une action en détournement). L'acception moderne du terme anglais «chattels» (biens meubles) embrasse non seulement les ordinateurs, matériels et meubles, mais aussi les droits incorporels comme les comptes en banque. En l'espèce, le délai de prescription court de la date où se produit le fait litigieux, c'est-à-dire la soi-disant saisie injustifiée, au su de la partie qui s'en plaint. Il est constant que l'action en détournement équivalent à la violation de propriété a été intentée plus de deux ans après la date où a eu lieu la saisie et où les demandeurs en ont eu connaissance (il ne s'agit pas d'une action en détention illicite). Le fait litigieux que font valoir les demandeurs aux paragraphes 5 et 6 de la déclaration s'est produit plus de deux ans avant la date où ils ont intenté leur action et, de ce fait, les prétentions d'Albion et de 285614 sont irrecevables par l'effet de l'alinéa 51g) de la *Limitation of Actions Act* de l'Alberta. Étant donné que la prétention figurant au paragraphe 7 découle entièrement des prétentions des paragraphes 5 et 6, si les demandeurs ne peuvent faire valoir ces dernières parce qu'elles sont irrecevables par l'effet de la loi, ils ne peuvent faire valoir non plus celle du paragraphe 7, quel que soit le délai de prescription applicable à celle-ci.

Les prétentions d'Albion et de 285614 sont aussi irrecevables du fait qu'Albion ne s'est pas prévalu des voies de droit qui lui étaient ouvertes pour contester sa cotisation d'impôt sur le revenu et les mesures de recouvrement prises par la défenderesse sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et aussi du fait de l'autorité de la chose jugée. L'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* a pour effet de lui interdire de connaître des prétentions d'Albion et de 285614 du fait que ces demanderesse ont le droit de faire appel devant la Cour canadienne de l'impôt, droit que prévoit expressément une autre loi fédérale. Il est de règle jurisprudentielle que l'article 18.5 s'applique non seulement aux recours en contrôle judiciaire et aux recours en brefs de prérogative, mais aussi aux actions. Dire que la saisie n'avait pas de justification licite reviendrait à attaquer la validité de la cotisation d'impôt, laquelle est déjà susceptible d'appel devant la Cour canadienne de l'impôt par application de l'article 171 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'article 18.5 interdit à la Cour de connaître d'une demande qui reviendrait à contester la validité de la cotisation d'impôt, alors que celle-ci peut être portée en appel devant la Cour canadienne de l'impôt. La tentative faite par les demandeurs de présenter l'action en saisie injustifiée, non pas comme une action en détournement, mais comme une action en déclaration trompeuse ou abus de pouvoir discrétionnaire ne s'accorde pas avec leur déclaration. Quoi qu'il

proceedings taken in respect of that assessment. Paragraph 7 must also fall with the claims under paragraphs 5 and 6, when they fall on the basis of section 18.5 of the *Federal Court Act*.

The final question is whether the claims of Kathleen Maplesden are *res judicata* and in any event, whether they fail by virtue of her failure to challenge the defendant's collection actions under the *Income Tax Act* and by virtue of binding judicial precedent. The plaintiff's allegations in the statement of claim with respect to damages do not flow from an argument that registration of the original certificate was wrongful but rather that maintenance of registration of the original certificate, in the original amount and for a substantial period of time after the Minister conceded that her tax liability was substantially lower than that indicated on the face of the certificate, resulted in damage. It remained to determine whether this taxpayer's claim for wrongful filing of the writ was either *res judicata* or barred by the operation of section 18.5 of the *Federal Court Act*.

The defendant relied on the doctrine of issue estoppel and argued that the claim of Ms. Maplesden was *res judicata*. The defendant argued that the issue of the validity of the tax assessment against the taxpayer has already been determined by the Tax Court and as such, could not be relitigated in the Federal Court. That argument was flawed as the taxpayer was not seeking to relitigate the validity of the tax assessed against her for 1984. Rather, she was arguing that the writ which flowed from that assessment was wrongfully filed. *Res judicata* did not apply. Nor did section 18.5 preclude the Court from adjudicating the merits of Ms. Maplesden's claim. In this case, the assessment underlying the writ of *feri facias* was varied by the defendant before any appeal was commenced. As such, the writ for the original amount of \$750,000, being the alleged collection procedure, no longer corresponded to any assessment which could be appealed.

en soit, la Cour est tenue de suivre la ligne tracée par la Cour d'appel dans *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309 (C.A.), où il a été jugé que dans les cas où la matière peut faire l'objet d'un appel devant la Cour canadienne de l'impôt, il n'est pas question de contester en Cour fédérale la validité de la cotisation d'impôt ou des mesures de recouvrement prises pour l'exécution de cette cotisation. La prétention figurant au paragraphe 7 est irrecevable au même titre que les prétentions figurant aux paragraphes 5 et 6, par l'effet de l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Le dernier point à trancher porte sur la question de savoir si l'action de Kathleen Maplesden est irrecevable du fait de l'autorité de la chose jugée et si elle est irrecevable de toute façon faute par la demanderesse d'avoir contesté les mesures de recouvrement prises par défenderesse sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ainsi que du fait de l'autorité de la chose jugée. La conclusion au préjudice dans la déclaration de la demanderesse ne s'attache pas à l'enregistrement injustifié du certificat initial, mais au fait que ce dernier demeurait enregistré, avec le montant initial et pendant une longue période après que le ministre eut reconnu que son obligation fiscale était bien inférieure à celle figurant sur le certificat. Il reste à examiner si l'action de cette contribuable en dépôt injustifié du bref est irrecevable soit par l'effet de l'autorité de la chose jugée soit par l'effet de l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

La défenderesse s'appuie sur la doctrine de l'*issue estoppel* pour soutenir que la réclamation de M<sup>me</sup> Maplesden est irrecevable puisque le point litigieux est passé en force de chose jugée, en ce que la question de la validité de la cotisation d'impôt établie contre cette dernière a été déjà tranchée par la Cour canadienne de l'impôt et ne saurait donc se poser de nouveau devant la Cour fédérale. Cet argument est défectueux. La contribuable ne cherche pas à remettre en question sa cotisation d'impôt pour l'année d'imposition 1984, mais soutient que le bref découlant de la cotisation a été déposé de façon injustifiée. Il n'y a pas application de l'autorité de la chose jugée. L'article 18.5 n'interdit pas à la Cour de connaître du fond des prétentions de M<sup>me</sup> Maplesden. En l'espèce, la défenderesse a modifié la cotisation donnant lieu au bref de *feri facias* avant même qu'aucun appel ne fût formé. De ce fait, le bref de *feri facias* portant sur la somme initialement fixée à 750 000 \$ et constituant la soi-disant mesure de recouvrement, ne correspondait plus à aucune cotisation qui eût pu faire l'objet d'un appel.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), ss. 3(1)(a), 32 (as am. *idem*, s. 31).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Limitation of Actions Act*, R.S.A., 1980, ch. L-15, art. 4, 51.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 171 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. IX, art. 215).

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 474(1)(a),(b).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 171  
 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. IX, s. 215).  
*Limitation of Actions Act*, R.S.A., 1980, c. L-15, ss. 4,  
 51.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art.  
 18.5 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).  
*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le conten-  
 tieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par  
 L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 3(1)a), 32 (mod., *idem*,  
 art. 31).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle  
 474(1)a), b).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Jamieson v. Carota*, [1977] 2 F.C. 239; (1977), 13 N.R.  
 390 (C.A.); confg [1977] 1 F.C. 504 (T.D.); *Re  
 Attorney-General for Ontario and Royal Bank of  
 Canada*, [1970] 2 O.R. 467; (1970), 11 D.L.R. (3d) 257  
 (C.A.); *City Centre Properties Inc. v. Canada*, [1991]  
 1 C.T.C. 143; (1990), 91 DTC 5083; 120 N.R. 397  
 (F.C.A.); revg [1990] 1 C.T.C. 71; (1980), 90 DTC  
 6080; 29 F.T.R. 212 (F.C.T.D.); *Canadian Pacific Ltd.  
 v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122  
 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2  
 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Minister of National  
 Revenue v. Parsons*, [1984] 2 F.C. 331; [1984] CTC  
 352; (1984), 84 DTC 6345 (C.A.); *Optical Recording  
 Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309; [1990] 2 C.T.C.  
 524; (1990), 90 DTC 6647; 116 N.R. 200 (C.A.); *Angle  
 v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d)  
 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397.

## DISTINGUISHED:

*Barberree v. Bilo et al.* (1991), 126 A.R. 121; 84 Alta.  
 L.R. (2d) 216; 3 C.P.C. (3d) 96 (Q.B.); *Davis v. Henry  
 Birks & Sons Ltd.*, [1981] 5 W.W.R. 559 (B.C.S.C.);  
*Guest v. Bonderove & Co. et al.* (1988), 88 A.R. 277;  
 59 Alta. L.R. (2d) 86; 28 C.P.C. (2d) 202 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney:  
 Law Book Company, 1987.  
*Halsbury's Laws of England*, Vol. 6, 4th ed. London:  
 Butterworths, 1973, para. 8.

## PRELIMINARY determination of questions of law.

## COUNSEL:

*Mark W. Gruman* for plaintiffs.  
*Thomas P. O'Leary* for defendant.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Jamieson c. Carota*, [1977] 2 C.F. 239; (1977), 13 N.R.  
 390 (C.A.); conf. [1977] 1 C.F. 504 (1<sup>re</sup> inst.); *Re  
 Attorney-General for Ontario and Royal Bank of  
 Canada*, [1970] 2 O.R. 467; (1970), 11 D.L.R. (3d) 257  
 (C.A.); *City Centre Properties Inc. c. Canada*, [1991]  
 1 C.T.C. 143; (1990), 91 DTC 5083; 120 N.R. 397  
 (C.A.F.); inf. [1990] 1 C.T.C. 71; (1980), 90 DTC  
 6080; 29 F.T.R. 212 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canadien Pacifique  
 Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3;  
 (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1;  
 [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Ministre du  
 Revenu national c. Parsons*, [1984] 2 C.F. 331; [1984]  
 CTC 352; (1984), 84 DTC 6345 (C.A.); *Optical Recor-  
 ding Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309; [1990] 2  
 C.T.C. 524; (1990), 90 DTC 6647; 116 N.R. 200  
 (C.A.); *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248; (1974),  
 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Barberree v. Bilo et al.* (1991), 126 A.R. 121; 84 Alta.  
 L.R. (2d) 216; 3 C.P.C. (3d) 96 (B.R.); *Davis v. Henry  
 Birks & Sons Ltd.*, [1981] 5 W.W.R. 559 (C.S.C.-B.);  
*Guest v. Bonderove & Co. et al.* (1988), 88 A.R. 277;  
 59 Alta. L.R. (2d) 86; 28 C.P.C. (2d) 202 (C.A.).

## DOCTRINE

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney:  
 Law Book Company, 1987.  
*Halsbury's Laws of England*, Vol. 6, 4th ed. London:  
 Butterworths, 1973, para. 8.

## JUGEMENT PRÉLIMINAIRE de points de droit.

## AVOCATS:

*Mark W. Gruman* pour les demandeurs.  
*Thomas P. O'Leary* pour la défenderesse.

## SOLICITORS:

*Professional Corporation*, Calgary, for plaintiffs.

*Milner Fenerty*, Calgary, for defendant.

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

[1] GIBSON J.: By order dated March 17, 1997, the Associate Chief Justice set down the following question of law for determination on the basis of an agreed statement of facts that was before him:

The claims set out in paragraphs 5 through 8, and in paragraphs 11 and 12 of the Statement of Claim are barred by statutory or common law limitation, the provisions of the *Income Tax Act*<sup>1</sup> or fail by virtue of binding judicial precedent or *res judicata*, and the determination of this application shall be final and conclusive for the purposes of this action, subject to being varied upon appeal.

The order of the Associate Chief Justice was made pursuant to Rule 474 of the *Federal Court Rules*.<sup>2</sup> Subsection 474(1) reads as follows:

*Rule 474.* (1) The Court may, upon application, if it deems it expedient so to do,

(a) determine any question of law that may be relevant to the decision of a matter, or

(b) determine any question as to the admissibility of any evidence (including any document or other exhibit),

and any such determination shall be final and conclusive for the purposes of the action subject to being varied upon appeal.

These reasons arise out of the hearing of the question of law held at Calgary, Alberta on April 21, 1997.

[2] The agreed statement of facts, as modified in technical respects at the opening of the hearing, reads as follows:

**I. ALBION TRANSPORTATION RESEARCH CORPORATION AND 285614 ALBERTA LTD.**

1. 285614 Alberta Ltd. ("285614") was at all material times the sole shareholder of Albion Transportation Research

## PROCUREURS:

*Professional Corporation*, Calgary, pour les demandeurs.

*Milner Fenerty*, Calgary, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE GIBSON: Par ordonnance en date du 17 mars 1997, le juge en chef adjoint a fixé en ces termes le point de droit à régler, à la lumière de l'exposé conjoint des faits soumis à son examen:

Les prétentions figurant aux paragraphes 5 à 8, 11 et 12 de la déclaration sont prescrites par l'effet de la loi, de la *common law* ou des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>1</sup>, ou sont irrecevables du fait de l'autorité de la chose jugée, et la décision rendue en la matière sera finale et péremptoire aux fins de l'action en instance sous réserve de modification en appel.

Le juge en chef adjoint a rendu l'ordonnance susmentionnée en application de la Règle 474 des *Règles de la Cour fédérale*<sup>2</sup>, dont le paragraphe (1) prévoit ce qui suit:

*Règle 474.* (1) La Cour pourra, sur demande, si elle juge opportun de le faire,

a) statuer sur un point de droit qui peut être pertinent pour la décision d'une question, ou

b) statuer sur un point afférent à l'admissibilité d'une preuve (notamment d'un document ou d'une autre pièce justificative),

et une telle décision est finale et péremptoire aux fins de l'action sous réserve de modification en appel.

Les présents motifs se rapportent à ce point de droit, entendu à l'audience tenue à Calgary (Alberta) le 21 avril 1997.

[2] L'exposé conjoint des faits, dont certains détails de forme ont été modifiés à l'ouverture de l'audience, porte ce qui suit:

[TRADUCTION]

**I. ALBION TRANSPORTATION RESEARCH CORPORATION ET 285614 ALBERTA LTD.**

1. 285614 Alberta Ltd. (285614) était pendant toute la période considérée la seule actionnaire d'Albion Transporta-

Corporation ("Albion"), and both were at all material times corporations pursuant to the laws of Alberta. At all material times, Henry John Albert Maplesden ("John Maplesden") owned 51% of the shares in 285614 and Kathleen Sylvia Maplesden ("Kathleen Maplesden") owned 49% of the shares in 285614. John Maplesden was at all material times the president of Albion.

2. Albion was incorporated on July 17, 1984 under the *Canada Business Corporations Act* and on August 29, 1984, was registered as an extra-provincial corporation under the *Alberta Business Corporations Act*.

3. On September 21, 1984, Albion issued a \$30,000,000.00 SRTC designation under part VIII of the *Income Tax Act*, to John Rennie, acting as a trustee for Goodyear Canada Inc., and filed a Form T2113 with Revenue Canada with respect to this transaction.

4. On November 16, 1984, Revenue Canada issued a Notice of Assessment respecting the payments on account of tax due under Section 195(2) of the *Income Tax Act*, which was received by Albion sometime in November, 1984. It was accompanied by a notice and a press release from Revenue Canada. The Notice of Assessment, notice and press release are located at Tab "A" hereto.

5. No Notice of Objection to this Assessment was submitted by Albion.

6. Albion's fiscal year-end for income tax purposes was September 20. Pursuant to s. 150(1) of the *Income Tax Act*, Albion was not required to file any income tax return until March 20, 1986. Albion never filed an income tax return for the fiscal year ending September 20, 1985 nor for any subsequent year.

7. Until July 15, 1995, Albion had never been advised of any breach of Revenue Canada policies or requirements as they relate to the SRTC program.

8. On or about July 15, 1985, the Defendant issued a requirement to pay to the Canada Trust Company in respect of approximately \$3,450,893.00 held by Canada Trust in an escrow account on behalf of Albion for taxes alleged to have been then owing from Albion to the Defendant. Albion was aware that this had taken place on or about July 15, 1985.

9. On August 27, 1985, a Certificate was registered in the Federal Court of Canada pursuant to s. 223 of the *Income Tax Act* in the matter of an assessment against Albion, assessing and certifying taxes due from Albion in the principal amount of \$15,000,000.00 with interest of

tion Research Corporation (Albion), l'une et l'autre étant pendant toute la période considérée des sociétés constituées sous le régime des lois de l'Alberta. Pendant toute la période considérée, Henry John Albert Maplesden (John Maplesden) détenait 51 p. 100 des actions de 285614, et Kathleen Sylvia Maplesden, les 49 p. 100 restants. John Maplesden était pendant toute la période considérée le président d'Albion.

2. Albion a été constituée le 17 juillet 1984 sous le régime de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, et le 29 août 1984 a été enregistrée à titre de société extraprovinciale sous le régime de la loi dite *Alberta Business Corporations Act*.

3. Le 21 septembre 1984, Albion délivre, sous le régime de la partie VIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une désignation de CIRS de 30 000 000,00 \$ à John Rennie agissant à titre de fiduciaire de Goodyear Canada Inc., et dépose auprès de Revenue Canada une formule T2113 relative à cette opération.

4. Le 16 novembre 1984, Revenu Canada envoie un avis de cotisation concernant le paiement de l'impôt exigible en application du paragraphe 195(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lequel avis a été reçu dans le courant du mois par Albion. Cet avis de cotisation était accompagné d'un avis et d'un communiqué de presse. L'avis de cotisation, l'avis et le communiqué de presse sont regroupés sous la languette «A» ci-annexée.

5. Albion n'a envoyé aucun avis d'opposition à cette cotisation.

6. L'année d'imposition d'Albion se clôturait le 20 septembre. Conformément au paragraphe 150(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, elle ne devait faire une déclaration d'impôt sur le revenu qu'au 20 mars 1986. Albion n'a jamais fait une déclaration d'impôt sur le revenu ni pour l'exercice clôturé le 20 septembre 1985 ni pour aucune année subséquente.

7. Jusqu'au 15 juillet 1995, Albion n'avait jamais été avertie qu'il y avait contravention aux politiques ou règles prescrites par Revenu Canada pour le programme de CIRS.

8. Le 15 juillet 1985 ou vers cette date, la défenderesse notifie à Canada Trust Company une sommation de payer touchant les quelque 3 450 893,00 \$ que celle-ci détenait dans un compte de dépôt en main tierce au nom d'Albion, et ce au titre de l'impôt réclamé à cette dernière. Albion en a eu connaissance le 15 juillet 1985 ou vers cette date.

9. Le 27 août 1985, un certificat est enregistré auprès de la Cour fédérale du Canada conformément à l'article 223 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et dans le cadre de la cotisation d'impôt établie contre Albion, attestant que celle-ci devait, au titre de l'impôt, la somme principale de 15 000 000,00 \$



\$1,368,835.62 to August 27, 1985. Also on August 27, 1985, a writ of *feri facias* was issued by the Federal Court of Canada with respect to this Certificate. It is disputed whether or not Albion received notice of this Certificate or the writ of *feri facias*. No steps were taken by Albion to appeal or otherwise dispute this Certificate or the writ of *feri facias* until this action was commenced.

10. From time to time between July 15, 1985 and September 13, 1985, the Defendant authorized various releases of monies from the escrow account to pay Albion operating expenses. The Defendant did not authorize any payments to John Maplesden.

11. On or about September 13, 1985, the Defendant demanded that Canada Trust deliver all remaining funds held in the escrow account to the Defendant. The funds were received by the Defendant on or about September 17, 1985, the amount being \$3,017,992.45. These funds were thereafter applied by the Defendant against taxes allegedly owing by Albion. Albion was aware that this had taken place on or about September 13, 1985.

12. On or about October 8, 1985 the Defendant, pursuant to the Certificate and writ of *feri facias*, seized all computers, hardware, furniture another assets of Albion. Albion was aware that this seizure had taken place on or about October 8, 1985. These assets were subsequently sold or otherwise realized, such being completed on or about June 20, 1987, with net proceeds to the Defendant being \$373,666.56. These proceeds were applied against taxes allegedly owing by Albion.

13. The Defendant was aware that the removal of funds from Albion's account with Canada Trust and the seizure of assets had the probable result of ending any ongoing business of Albion. Albion ceased any ongoing business on approximately September 17, 1985.

14. On or about March 25, 1988, John Maplesden was charged with various offences under the *Income Tax Act*. A six week trial was held in the Alberta Court of Queen's Bench, and on February 1, 1990, John Maplesden was acquitted of all charges.

15. This action was commenced on April 26, 1990.

## II. KATHLEEN MAPLESDEN

16. On or about September 30, 1985, an assessment for the 1984 taxation year was issued against Kathleen Maplesden in the amount of \$750,000.00. On the same date, the defendant directed Kathleen Maplesden to pay that amount forthwith under authority of Section 158 of the *Income Tax Act* of Canada.

17. This disputed portion of this assessment was based upon a transfer of funds from Albion to Kathleen Maplesden in

avec intérêts courus de 1 368 835,62 \$ au 27 août 1985. Le même jour, la Cour fédérale du Canada décerne un bref de *feri facias* portant exécution de ce certificat. Albion ne reconnaît pas avoir reçu notification du certificat ou du bref de *feri facias*. Elle n'avait rien fait pour les contester, par voie d'appel ou autre, avant d'intenter l'action en instance.

10. Durant la période du 15 juillet au 13 septembre 1985, la défenderesse a autorisé périodiquement des sorties de fonds du compte de dépôt en main tierce pour régler les dépenses d'exploitation d'Albion. Elle n'a autorisé aucun paiement à John Maplesden.

11. Le 13 septembre 1985 ou vers cette date, la défenderesse somme Canada Trust de lui livrer le solde du compte de dépôt en main tierce, arrêté à 3 017 992,45 \$. Elle reçoit ce solde le 17 septembre 1985 ou vers cette date et l'affecte à l'acquittement de l'impôt réclamé à Albion. Albion en a eu connaissance le 13 septembre 1985 ou vers cette date.

12. Le 8 octobre 1985 ou vers cette date, la défenderesse, invoquant le certificat et le bref de *feri facias* susmentionnés, saisit tous les ordinateurs, matériels, meubles et autres éléments d'actif d'Albion. Albion en a eu connaissance le 8 octobre 1985 ou vers cette date. Ces éléments d'actif ont été subséquemment vendus ou réalisés d'une façon ou d'une autre, le tout, achevé vers le 20 juin 1987, donnant un produit net de 373 666,56 \$ que la défenderesse a encaissé au titre de l'impôt réclamé à Albion.

13. La défenderesse savait que la sortie des fonds du compte d'Albion chez Canada Trust et la saisie des éléments d'actif devaient probablement avoir pour effet de mettre fin à toute entreprise en exploitation d'Albion. Celle-ci a cessé toute exploitation de son entreprise vers le 17 septembre 1985.

14. Le 25 mars 1988 ou vers cette date, John Maplesden est poursuivi pour diverses infractions à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À l'issue d'un procès de six semaines devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, il est acquitté le 1<sup>er</sup> février 1990 de tous les chefs de poursuite.

15. L'action en instance a été intentée le 26 avril 1990.

## II. KATHLEEN MAPLESDEN

16. Le 30 septembre 1985 ou vers cette date, une cotisation de 750 000,00 \$ est émise contre Kathleen Maplesden à l'égard de l'année d'imposition 1984. Le même jour, la défenderesse lui ordonne de verser immédiatement cette somme conformément à l'article 158 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada.

17. Cette fraction contestée de cette cotisation se rapportait à un transfert de fonds d'Albion à Kathleen Maplesden en

November, 1984, which funds were used to purchase property in Priddis, Alberta.

18. Also on September 30, 1985, a Certificate was registered in the Federal Court of Canada pursuant to Section 223 of the *Income Tax Act* for the assessed 1984 tax debt of Kathleen Maplesden and a writ of *feri facias* issued by the Federal Court of Canada pursuant to that Certificate.

19. On or about October 16, 1985, Kathleen Maplesden filed a notice of objection with respect to the assessment.

20. On or about October 18, 1985, the Defendant issued a reassessment against Kathleen Maplesden for the 1984 taxation year, resulting in taxes owing of \$371,954.18.

21. On or about November 14, 1985, Kathleen Maplesden filed a notice of objection to this reassessment.

22. On or about June 11, 1986, the Defendant issued an assessment against Kathleen Maplesden for the 1985 taxation year, assessing taxes owing of \$45,944.68. No steps were taken by Kathleen Maplesden to dispute these taxes pursuant to the provisions of the *Income Tax Act*.

23. On or about January 26, 1988, a Certificate pursuant to section 223 of the *Income Tax Act* was registered in the Federal Court of Canada for the assessed 1985 tax debt of Kathleen Maplesden and on March 25, 1988, a writ of *feri facias* was issued out of the Federal Court of Canada with respect to that Certificate.

24. On or about June 9, 1988, the Defendant issued a further reassessment against Kathleen Maplesden for the 1984 taxation year, resulting in an assessed tax liability of Kathleen Maplesden in the amount of \$342,101.53 for the 1984 taxation year.

25. Kathleen Maplesden appealed the June 9, 1988 reassessment to the Tax Court of Canada and the appeal was dismissed by order dated December 17, 1990. This dismissal was further appealed, which action continues before the Federal Court of Canada.

26. Pursuant to a judgment of the Albert Court of Queen's Bench on February 26, 1993, Kathleen Maplesden recovered damages in negligence from the law firm of Burnet Duckworth & Palmer in the amount of \$356,156.20 which was that court's assessment of the damages sustained by Kathleen Maplesden as a result of solicitor's negligence as it relates to a loan from Albion used to purchase the Priddis property, which loan gave rise to Kathleen's Maplesden's 1984 income tax liability. No steps were taken by Kathleen Maplesden to appeal this assessment of damages.

27. This action was commenced on April 26, 1990.

novembre 1984 pour l'achat d'une propriété à Priddis (Alberta).

18. Le même jour, 30 septembre 1985, un certificat de la dette fiscale de Kathleen Maplesden pour 1984 est enregistré, conformément à l'article 223 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, auprès de la Cour fédérale du Canada qui décerne un bref de *feri facias* portant exécution de ce certificat.

19. Le 16 octobre 1985 ou vers cette date, Kathleen Maplesden dépose un avis d'opposition à la cotisation susmentionnée.

20. Le 18 octobre 1985 ou vers cette date, la défenderesse émet une nouvelle cotisation à l'égard de l'année d'imposition 1984 de Kathleen Maplesden, le montant de l'impôt exigible étant fixé cette fois à 371 954,18 \$.

21. Le 14 novembre 1985 ou vers cette date, Kathleen Maplesden dépose un avis d'opposition à cette nouvelle cotisation.

22. Le 11 juin 1986 ou vers cette date, la défenderesse émet une cotisation d'impôt de 45 944,68 \$ à l'égard de l'année d'imposition 1985 de Kathleen Maplesden. Celle-ci n'a rien fait pour contester cette cotisation au regard des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

23. Le 26 janvier 1988 ou vers cette date, un certificat relatif à la dette fiscale de Kathleen Maplesden pour 1985 est enregistré, conformément à l'article 223 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, auprès de la Cour fédérale du Canada qui, le 25 mars 1988, décerne un bref de *feri facias* portant exécution de ce certificat.

24. Le 9 juin 1988 ou vers cette date, la défenderesse émet une nouvelle cotisation modifiée pour fixer à 342 101,53 \$ l'impôt réclamé à Kathleen Maplesden au titre de l'année d'imposition 1984.

25. Kathleen Maplesden conteste la nouvelle cotisation du 9 juin 1988 devant la Cour canadienne de l'impôt, qui rejette son appel par ordonnance en date du 17 décembre 1990. Elle a fait appel contre ce rejet, et l'affaire est en instance devant la Cour fédérale du Canada.

26. Par jugement en date du 26 février 1993, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a condamné l'étude d'avocats Burnet Duckworth & Palmer à verser à Kathleen Maplesden des dommages-intérêts de 356 156,20 \$ pour préjudice tenant à la négligence de ses avocats dans le contexte du prêt consenti par Albion pour l'achat de la propriété à Priddis, ce prêt ayant été à l'origine de la dette fiscale de Kathleen Maplesden pour 1984. Celle-ci n'a pas fait appel contre ce quantum de dommages-intérêts.

27. L'action en instance a été intentée le 26 avril 1990.

The notice of assessment, notice and press release referred to in paragraph 4 of the statement of agreed facts are not in any way central to these reasons.

[3] The paragraphs from the statement of claim that are referred to in the question of law reads as follow:

5. The Plaintiffs Albion and 285614 claim against the Defendant Revenue Canada is for the return of funds wrongfully seized and removed from the accounts of Albion on or about the 12th day of July, 1985, in the amount of \$3,450,893.00 together with interest on the said sum at twelve (12%) percent per annum from the date of the seizure and removal to the date funds are paid to the Plaintiffs.

6. The Plaintiffs Albion and 285614 further claim against the Defendant Revenue Canada is for the return of assets of Albion wrongfully seized and removed on or about the 12th day of July, 1985, and thereafter, or in the alternative an accounting and return of funds received by Revenue Canada from the wrongful sale of assets wrongfully seized and removed in the amount of \$1,576,371.00, further particulars of which include:

FURNITURE AND FITTINGS	\$ 200,370.00
MECHANICAL AND EQUIPMENT	1,355,856.00
SOFTWARE	20,145.00
	<u>\$ 1,576,371.00</u>

7. As a result of the wrongful seizure and removal of the Plaintiff Albion and 285614's funds and assets by the Defendant Revenue Canada, Albion and 285614 were unable to continue in business, which result was well known to the Defendant at the time of the wrongful seizure. Accordingly, the Plaintiff Albion and 285614 further claim against the Defendant Revenue Canada is in the sum of \$10,000,000.00 or such other amount as may be proven at trial, representing the loss of business opportunity and future profits of the business.

8. The Plaintiffs Albion and 285614 have demanded a return of the funds and assets wrongfully seized but the Defendant Revenue Canada has refused to do so.

...

11. The Plaintiff Kathleen Maplesden's claim against the Defendant is for the wrongfully [*sic*] filing of a Writ of Fieri Facias against the lands on October 2, 1985, Instrument No. 851165367 in the amount of \$750,000.00 plus costs.

L'avis de cotisation, l'avis et le communiqué de presse dont fait état le paragraphe 4 de l'exposé conjoint des faits ne présentent aucune importance pour les présents motifs.

[3] Les paragraphes de la déclaration faisant l'objet du point de droit à trancher sont les suivants:

[TRADUCTION]

5. Les demanderesse Albion et 285614 demandent que le défendeur Revenu Canada restitue les fonds s'élevant à 3 450 893,00 \$, saisis et sortis sans justification des comptes d'Albion le 12 juillet 1985 ou vers cette date, avec intérêts au taux annuel de 12 p. 100 à courir de la date de la saisie à la date où ces fonds auront été restitués aux demanderesse.

6. Les demanderesse Albion et 285614 demandent que le défendeur Revenu Canada restitue les éléments d'actif d'Albion, saisis et enlevés sans justification le 12 juillet 1985 ou vers cette date et par la suite, ou subsidiairement, qu'il rende compte et restitue le produit perçu par Revenu Canada de la vente illicite des éléments d'actif saisis et enlevés sans justification, d'une valeur de 1 576 371,00 \$, répartie comme suit:

MEUBLES ET ACCESSOIRES	200 370,00 \$
APPAREILS ET MATÉRIEL	1 355 856,00 \$
LOGICIELS	20 145,00 \$
	<u>1 576 371,00 \$</u>

7. Du fait que le défendeur Revenu Canada a saisi et enlevé sans justification les fonds et éléments d'actif d'Albion et de 285614, les deux compagnies n'ont pu poursuivre leur entreprise, conséquence dont le défendeur avait parfaitement conscience au moment de la saisie injustifiée. En conséquence, les demanderesse Albion et 285614 réclament encore contre le défendeur la somme de 10 000 000,00 \$ ou toute autre somme à fixer sur la foi des preuves au procès, en dédommagement du manque à gagner passé et à venir.

8. Les demanderesse Albion et 285614 ont demandé la restitution des fonds et des éléments d'actif saisis sans justification, mais le défendeur Revenu Canada s'y est refusé.

...

11. La demanderesse Kathleen Maplesden réclame contre le défendeur la somme de 750 000,00 \$ avec frais et dépens en sus, en dédommagement du dépôt injustifié le 2 octobre 1985 d'un bref de *feri facias* contre le bien-fonds couvert par le titre foncier n° 851165367.

12. As a result of the said wrongful filing, the Plaintiff Kathleen Maplesden has been damaged in the sum of \$750,000.00, some particulars of which include:

- (a) Slander of Title;
- (b) Damage to Credit;
- (c) Inability to dispose of the property by Mortgage or otherwise;
- (d) Mental Distress;

[4] The objective of a preliminary determination of a question or questions of law was implicitly adopted by the Federal Court of Appeal in *Jamieson v. Carota*<sup>3</sup> when it quoted the following statement by Mr. Justice Dubé of the Trial Division [[1977] 1 F.C. 504, at page 507] in his reasons on the order appealed from:

The general purpose of the Rule is to afford an avenue for solving matters in dispute and thus shorten, and possibly eliminate, trials. The Rule works when there is no dispute of fact, or an agreement to the facts, and the determination sought deals with pure law.

On the material and argument before me, there was essentially no dispute on the facts. The determination sought dealt with "pure law".

[5] The first issue argued and reflected in the question set down was whether or not the claims of Albion and 285614 are statute-barred.

[6] Paragraph 3(1)(a) of the *Crown Liability and Proceedings Act*<sup>4</sup> provides that the federal Crown is liable for torts committed by servants of the Crown. That Act does not specifically set out any limitation period for bringing tort actions. However, section 32 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31] of that Act provides for the application of provincial statutory limitations in respect of any causes of action arising in that province, in this case, Alberta. The parties agreed that the applicable statutory limitation period is to be found in the *Alberta Limitation of Actions Act*.<sup>5</sup> The dispute revolved around the applicable provision of that Act.

[7] The defendant argued that the appropriate limitation period is that provided for in section 51 of the

12. Par suite de ce dépôt injustifié de bref, la demanderesse Kathleen Maplesden a subi un préjudice d'une valeur de 750 000,00 \$ notamment sous les chefs suivants:

- a) Discrédit de titre;
- b) Discrédit;
- c) Exclusion de tout acte de disposition de la propriété, que ce soit par engagement hypothécaire ou par tout autre moyen;
- d) Souffrance morale.

[4] L'objectif du jugement préliminaire d'un ou des points de droit a été implicitement adopté par la Cour d'appel fédérale lorsqu'elle a cité dans *Jamieson c. Carota*<sup>3</sup>, cette conclusion tirée par le juge Dubé de la Section de première instance [[1997] 1 C.F. 504, à la page 507] dans ses motifs d'ordonnance qui faisait l'objet de l'appel:

Le but général de cette Règle est de permettre la solution de questions litigieuses et ainsi abréger et peut-être supprimer les audiences. La Règle est applicable lorsque les faits ne sont pas contestés ou font l'objet d'un accord et que la décision recherchée porte uniquement sur un point de droit.

Il ressort des documents soumis à la Cour et des débats que les parties sont essentiellement convenues sur les faits. La Cour est uniquement appelée à se prononcer sur des «points de droit».

[5] Le premier point débattu et tel qu'il se dégage de la question à trancher est de savoir si les prétentions d'Albion et de 285614 étaient éteintes par prescription légale.

[6] L'alinéa 3(1)a) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*<sup>4</sup> prévoit que l'État fédéral est tenu des délits civils commis par ses préposés. Bien que cette Loi ne prévoic expressément aucun délai de prescription, son article 32 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31] porte application des règles de droit en matière de prescription de la province où se produit le fait générateur, c'est-à-dire l'Alberta en l'occurrence. Les parties conviennent que le délai de prescription applicable est celui que prévoit la loi dite *Limitation of Actions Act*<sup>5</sup> de l'Alberta. Le litige se réduit à la question de savoir laquelle de ses dispositions est applicable en l'espèce.

[7] La défenderesse soutient que le délai de prescription applicable est celui que prévoit l'article 51 de la

*Limitation of Actions Act*, the relevant part of which reads as follows:

51 Except as otherwise provided in this Part, an action for

...

(g) the taking away, conversion or detention of chattels,

may be commenced within 2 years after the cause of action arose, and not afterwards.

[8] The plaintiffs argued that the appropriate limitation period is that set out in section 4 of the *Limitation of Actions Act*. The relevant portions of that section read as follows:

4(1) The following actions shall be commenced within and not after the time respectively hereinafter mentioned:

...

(c) actions

(i) for the recovery of money, other than a debt charged on land, whether recoverable as a debt or damages or otherwise, and whether on a recognizance, bond, covenant or other specialty or on a simple contract, expressed or implied, or

(ii) for an account or for not accounting,

within six years after the cause of actions arose;

...

(2) Nothing in this section extends to an action when the time for bringing the action is by statute specially limited.

[9] I am satisfied that the claims of Albion and 285614 under paragraphs 5 and 6 of the statement of claim are for conversion of chattels and as such fall squarely within the ambit of paragraph 51(g) of the *Limitation of Actions Act*. Their claims are claims in tort for “wrongful seizure” of funds in an escrow account, computers, hardware, furniture and other chattels. In *The Law of Torts*, the learned author writes:

Anyone who, without lawful justification, takes a chattel out of another’s possession with intent to exercise dominion

*Limitation of Actions Act*, dont les passages qui nous intéressent sont les suivants:

[TRADUCTION]

51 Sauf disposition contraire de la présente loi, se prescrit par deux ans:

...

g) l’action en enlèvement, détournement ou détention de biens meubles.

[8] Les demandeurs soutiennent de leur côté que le délai applicable est celui que prévoit l’article 4 de la même loi, dont voici les dispositions qui nous intéressent en l’espèce:

[TRADUCTION]

4(1) Les actions suivantes se prescrivent par le délai respectivement spécifié:

...

c) par six ans:

(i) l’action en recouvrement de numéraires autres que la dette relative à un fonds de terre, qu’il s’agisse d’une créance, de dommages-intérêts ou d’une somme due à tout autre titre, et qu’il s’agisse d’une somme due en vertu d’un engagement, d’une obligation, d’une créance par acte scellé ou d’un simple contrat, exprès ou tacite;

(ii) l’action en reddition de comptes;

...

(2) Le présent article ne s’applique pas aux actions dont le délai de prescription est expressément prévu par la loi.

[9] Je suis convaincu que les prétentions d’Albion et de 285614 figurant aux paragraphes 5 et 6 de la déclaration portent sur le détournement de biens meubles et, à ce titre, tombent en plein dans le champ d’application de l’alinéa 51g) de la *Limitation of Actions Act*. Il s’agit de prétentions en matière de délits civils découlant de la «saisie injustifiée» de fonds dans un compte en main tierce, d’ordinateurs, de matériels, de meubles meublants et autres. Voici ce qu’on peut lire dans *The Law of Torts*:

[TRADUCTION] Quiconque se saisit sans justification licite de biens meubles en la possession d’autrui dans l’intention

over it, commits conversion no less than trespass.<sup>6</sup>

[10] The plaintiffs' claims for wrongful seizure, as set out in their statement of claim, are claims to the effect that the defendant, without lawful justification, took the plaintiffs' property with the intent to exercise dominion over it. Thus, the defendant was correct in asserting that actions for "wrongful seizures" are actions in the nature of conversion.

[11] With respect to whether the seizures were seizures of "chattels", there was no dispute that computers, hardware and furniture, all of which were seized, were chattels. The plaintiffs, however, disputed that the funds in an escrow account were "chattels".

[12] According to *Halsbury's Laws of England*, the modern usage of the term "chattels" encompasses choses in action such as bank accounts.<sup>7</sup>

[13] In *Re Attorney-General for Ontario and Royal Bank of Canada*,<sup>8</sup> Brooke J.A., wrote at page 472:

In other days, the term "chattel" or "chattels personal" often referred only to movables. Today it may, however, be given the broader meaning so as to include all personal property. In *Robinson v. Jenkins et al.* (1890), 6 T.L.R. 158 at p. 159, Fry, L.J., said:

Order LVII. allowed an interpleader to take place in respect of "chattels," which was one of the largest words known to the law, and certainly included choses in action.

[14] He went to interpret the term "chattel" in a writ of *feri facias* to include choses in action and specifically, money standing to credit in a bank account seized pursuant to that writ.

[15] Thus, I am satisfied that the funds seized from the escrow account were "chattels" within the meaning of section 51 of the Alberta *Limitation of Actions Act* and that the limitation period of two years provided by that section applies to the claim for conversion

de s'en rendre maître, commet le délit de détournement équivalent à la violation de propriété<sup>6</sup>.

[10] En concluant dans leur déclaration à la saisie injustifiée, les demandeurs reprochent à la défendresse d'avoir saisi sans justification licite leurs biens dans l'intention de se les approprier. La défendresse a eu donc raison de dire que l'action en «saisie injustifiée» est une action en détournement.

[11] Pour ce qui est de savoir si les biens saisis étaient des «biens meubles», il est constant que les ordinateurs, matériels et meubles saisis étaient des biens meubles. Les demandeurs contestent cependant que les fonds du compte en main tierce soient des «biens meubles».

[12] Selon l'ouvrage *Halsbury's Laws of England*, l'acception moderne du terme anglais «chattels» (biens meubles) embrasse les droits incorporels comme les comptes en banque<sup>7</sup>.

[13] Dans *Re Attorney-General for Ontario and Royal Bank of Canada*<sup>8</sup>, le juge Brooke, de la Cour d'appel, a fait l'observation suivante à la page 472:

[TRADUCTION] Par le passé, «chattel» ou «chattels personal» s'entendait uniquement des biens meubles. De nos jours, le terme peut assumer une acception plus large de façon à embrasser tous les biens qui ne sont pas immeubles, comme en témoigne cette observation du lord juge Fry dans *Robinson v. Jenkins et al.* (1890), 6 T.L.R. 158, page 159:

L'Ordonnance LVII permettait l'action pétitoire incidente relative aux «biens meubles», terme qui a l'acception la plus large et embrasse certainement les droits incorporels.

[14] Le juge Brooke a ensuite interprété le terme «chattel» figurant dans un bref de *feri facias* comme s'entendant également des droits incorporels, en particulier des fonds détenus dans un compte bancaire, qui avaient été saisis en exécution de ce bref.

[15] Je conclus de ce qui précède que les fonds saisis dans le compte de dépôt en main tierce étaient des «biens meubles» au sens de l'article 51 de la *Limitation of Actions Act* de l'Alberta, et que le délai de prescription de deux ans prévu à cet article s'appli-

asserted by the plaintiff in this matter.

[16] I am satisfied that section 4 of the *Limitation of Actions Act* cannot apply. To accept the plaintiffs' assertion that subparagraph 4(1)(c)(i) applies would, I conclude, be contrary to a proper interpretation of that provision and run against the scheme of the *Limitation of Actions Act*. Subparagraph 4(1)(c)(i) refers to actions concerning recovery of money, whether recoverable as a debt or damages or otherwise, and whether on a recognizance, bond, covenant, other specialty or on a simple contract. The use of the conjunctive "and" makes it clear that the action must be for the recovery of money and on a recognizance, bond, covenant other specialty or on a simple contract. This is clearly not the case here where the plaintiffs are claiming damages for wrongful seizure. In addition, subsection 4(2) provides that nothing in section 4 extends to an action when the time for bringing the action is by statute specially limited. It appears that the cause of action in conversion here is specially limited by paragraph 51(g) and as such, section 4 has no application. Finally, to accept that section 4 applies merely because of its reference to the recovery of money recoverable by way of debt or damages would run counter to what I interpret to be the scheme of the *Limitation of Actions Act*. It would make all of section 51 redundant because all actions in tort would be for damages, which according to the plaintiffs' argument would be within the ambit of subparagraph 4(1)(c)(i). Subparagraph 4(1)(c)(ii) does not apply because the statement of claim herein makes no claim for accounting.

[17] The plaintiffs argued in the alternative that, even if the two-year limitation period prescribed by section 51 were applicable, their claims were nonetheless not outside of the two-year limitation period. Counsel argued that the limitation period began to run from the date of demand by the plaintiffs for the return of the seized property and the refusal by defendant to return that property. It was argued that the demand by the plaintiffs for the return of the seized property, and the refusal by the defendant to do

que à l'action en détournement que font valoir les demandeurs en l'espèce.

[16] Je suis convaincu que l'article 4 de la *Limitation of Actions Act* ne peut s'appliquer. Faire droit à l'assertion des demandeurs quant à l'applicabilité du sous-alinéa 4(1)(c)(i) reviendrait à interpréter incorrectement celui-ci et irait à l'encontre de l'économie de cette Loi. Ce sous-alinéa vise l'action en recouvrement de numéraires, à titre de créance, de dommages-intérêts ou à tout autre titre, et que ce soit en vertu d'un engagement, d'une obligation, d'une créance par acte scellé ou d'un contrat simple. L'emploi de la conjonction de coordination «et» indique que l'action doit viser au recouvrement de numéraires et en vertu d'un engagement, d'une obligation, d'une créance par acte scellé ou d'un contrat simple. Tel n'est certainement pas le cas en l'espèce, où les demandeurs concluent aux dommages-intérêts pour saisie injustifiée. Qui plus est, le paragraphe 4(2) prévoit que cet article 4 ne s'applique pas aux actions dont le délai de prescription est expressément prévu par la loi. Il appert que le délai de prescription de l'action en détournement est expressément prévu par l'alinéa 51g), ce qui exclut l'application de l'article 4. Enfin, accepter que l'article 4 s'applique du seul fait qu'il porte sur le recouvrement de numéraires à titre de créance ou de dommages-intérêts irait à l'encontre de l'économie de la *Limitation of Actions Act*. Pareille interprétation rendrait l'article 51 redondant, car toutes les actions en délit civil seraient des actions en dommages-intérêts, lesquelles, selon l'argument des demandeurs, tomberaient sous le coup du sous-alinéa 4(1)(c)(i). Le sous-alinéa 4(1)(c)(ii) ne s'applique pas parce que la déclaration ne renferme aucune demande de reddition de comptes.

[17] Les demandeurs font valoir subsidiairement que quand bien même le délai de prescription de deux ans prévu à l'article 51 serait applicable, leur action n'a pas été intentée après l'expiration du délai. Leur avocat soutient que le délai de prescription court de la date où les demandeurs ont réclamé la restitution des biens saisis et où la défenderesse s'y est refusée. Et que les demandeurs ont réclamé la restitution des biens saisis et la défenderesse s'y est refusée durant la période de deux ans qui précédait l'introduction de

so, occurred within the two years preceding the commencement of this action.

[18] In support of this argument, the plaintiffs cited *Barberree v. Bilo et al.*,<sup>9</sup> where Feehan J. of the Alberta Court of Queen's Bench wrote at page 123:

Counsel for Bilo also posits that Barberree's right of action against Aslin has expired under s. 51(g) of the **Limitation of Actions Act**, R.S.A. 1980, c. L-15. The limitation period for commencing an action in conversion begins to run from the time a demand to turn over the chattel is made and refused. (See **Davis v. Henry Birk and Sons Limited**, [1981] 5 W.W.R. 559, affirmed [1983] 1 W.W.R. 754 (B.C.C.A.)).

[19] I am satisfied that *Barberree* and the case cited therein are distinguishable from the case at bar.

[20] In *Barberree*, Ms. Barberree's husband, Mr. Aslin, had removed a motorcycle registered to Ms. Barberree upon their separation. Mr. Aslin subsequently sold the motorcycle to the defendant. The defendant, prior to taking possession of the motorcycle, discovered that Ms. Barberree was the registered owner and undertook to stop payment on his cheque to Mr. Aslin. The defendant was unable to stop payment and subsequently took the position that title and possession resided with him. The Alberta Court of Queen's Bench found that the defendant's rights were possessory only and subject to the rights of the rightful owner, Ms. Barberree. In the result, the action of the defendant in taking possession of the motorcycle was not inherently wrongful. What was wrongful was the retention of the motorcycle despite the demand for its return by the rightful owner. Thus, it becomes clear that the conversion in *Barberree* related to "detinue" or wrongful detention. The same is true in *Davis* [*Davis v. Henry Birks & Sons Ltd.*, [1981] 5 W.W.R. 559 (B.C.S.C.)].

[21] In the case at bar, the plaintiffs' claim of "wrongful seizure" of their property is known in traditional tort law as trespass, and not wrongful detention of property or detinue. The principle expounded in *Barberree* and *Davis*, thus, simply does not apply.

l'action en instance.

[18] À l'appui de cet argument, les demandeurs citent *Barberree v. Bilo et al.*<sup>9</sup>, jugement dans lequel le juge Feehan de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a fait la constatation suivante à la page 123:

[TRADUCTION] L'avocat de Bilo tient aussi que le droit d'action de Barberree contre Aslin était éteint par application de l'art. 51g) de la **Limitation of Actions Act**, R.S.A. 1980, ch. L-15. Le délai de prescription des actions en détournement court de la date où la demande de restitution des biens est faite et rejetée (cf. **Davis v. Henry Birk and Sons Limited**, [1981] 5 W.W.R. 559, confirmé [1983] 1 W.W.R. 754 (C.A.C.-B.)).

[19] Je suis convaincu que les faits de la cause *Barberree* et de la cause citée dans le jugement ci-dessus sont différents de ceux de l'affaire en instance.

[20] Dans *Barberree*, M. Aslin, le mari de M<sup>me</sup> Barberree, avait, à leur séparation, enlevé une motocyclette immatriculée sous le nom de cette dernière, motocyclette qu'il a vendue par la suite au défendeur. Avant d'en prendre possession, celui-ci s'est aperçu que M<sup>me</sup> Barberree en était la propriétaire en titre; il a donc fait opposition au chèque. Comme il n'a pu le faire, il a soutenu subséquemment qu'il avait à la fois le titre de propriété et la possession. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a jugé que le défendeur n'avait que la possession, laquelle était subordonnée au droit de propriété de la propriétaire légitime, M<sup>me</sup> Barberree. Par conséquent, la prise de possession de la motocyclette par le défendeur n'était pas illicite en soi. Ce qui était illicite, c'était le fait qu'il a conservé l'engin par devers lui malgré la demande de restitution de la propriétaire légitime. Il est clair que le détournement dans *Barberree* correspondait à la détention illicite. Il en était de même dans l'affaire *Davis* [*Davis v. Henry Birks & Sons Ltd.*, [1981] 5 W.W.R. 559 (C.S.C.-B.)].

[21] En l'espèce, l'action des demandeurs en «saisie injustifiée» de leurs biens s'identifie en droit traditionnel des délits civils à la violation de propriété, et non à la détention injustifiée. Il s'ensuit que le principe dégagé dans *Barberree* et *Davis* ne s'applique pas.



[22] I am satisfied that the limitation period began to run from the date on which the cause of action arose. In this case, the allegation is wrongful seizure or trespass to property. The cause of action arose on the date when the alleged wrongful seizure took place if such seizure was done with the knowledge of the party who is allegedly wronged by the seizure. There was no dispute that the date of seizure and of knowledge was outside of the two-year limitation period in respect of actions for conversion in the nature of trespass. Fleming in *The Law of Torts* writes:

Anyone who, without lawful justification, takes a chattel out of another's possession with intent to exercise dominion over it, commits conversion no less than trespass. The tort is complete without prior demand for the return of the goods.<sup>10</sup> [Underlining added by me for emphasis.]

He continues in respect of detinue:

The reason for insisting on a prior demand is to ensure that one who came into possession innocently be first informed of the defect in his title and have the opportunity to deliver the property to the true owner . . . .

No demand is necessary if conversion can be established in some other way, for example where possession was unlawfully acquired. [Underlining added by me for emphasis.]

[23] In this case, the plaintiffs' allegation is that the seizure was wrongful or, to put it in another way, the defendant's possession was unlawfully acquired.

[24] To apply the principle from *Barberree* and *Davis* to the case at bar would, I conclude, lead to an absurd result which would undermine the very rationale for having a statutory limitation period. What is the point of having a limitation period for conversion, which includes wrongful seizure, when the aggrieved party alleging wrongful seizure, knowing full well of the seizure, can manipulate the operation of the statutory limitation period by delaying the demand for the return of the wrongfully seized property?

[25] For the foregoing reasons, I conclude that the cause of action pleaded by the plaintiffs in paragraphs

[22] Je conclus que le délai de prescription court de la date où se produit le fait litigieux, en l'occurrence la soi-disant saisie injustifiée ou violation de propriété. Le fait litigieux se produit à la date où a lieu la soi-disant saisie injustifiée, si celle-ci s'effectue au su de la partie qui s'en plaint. Il est constant que l'action en détournement équivalent à la violation de propriété a été intentée plus de deux ans après la date où a eu lieu la saisie et où les demandeurs en ont eu connaissance. Voici ce que fait observer Fleming dans *The Law of Torts*:

[TRADUCTION] Quiconque se saisit sans justification licite de biens meubles en la possession d'autrui dans l'intention de s'en rendre maître, commet le délit de détournement équivalent à la violation de propriété. Le délit est consommé sans même que soit réalisée la condition préalable de la sommation de restituer les biens<sup>10</sup>. [Non souligné dans l'original.]

Et au sujet de la détention illicite:

[TRADUCTION] La condition préalable de la sommation de restituer tient à la nécessité de garantir que la personne qui entre en possession en toute innocence soit informée tout d'abord du vice de son titre de propriété et ait la possibilité de restituer le bien au propriétaire véritable . . . .

La sommation n'est pas nécessaire si le détournement peut être prouvé par d'autres moyens, par exemple si la possession a été acquise de façon illicite. [Non souligné dans l'original.]

[23] En l'espèce, le motif invoqué par les demandeurs est que la saisie était injustifiée ou, en d'autres termes, que la défenderesse a pris possession de façon illicite.

[24] Appliquer à l'affaire en instance le principe dégagé dans *Barberree* et *Davis* produirait, à mon avis, un résultat absurde qui anéantirait la raison d'être même du délai de prescription légale. À quoi sert d'avoir un délai de prescription de l'action en détournement, ce qui s'entend également de l'action en saisie injustifiée, si le demandeur, qui est parfaitement au courant de la saisie, peut moduler à son gré ce délai en différant la sommation de restituer les biens saisis sans justification?

[25] Par ces motifs, je conclus que le fait litigieux que font valoir les demandeurs aux paragraphes 5 et

5 and 6 of the statement of claim arose more than two years prior to the commencement of the action by the plaintiffs and as such, the claims of Albion and 285614 are statute-barred by paragraph 51(g) of the Alberta *Limitation of Actions Act*.

[26] Counsel for the plaintiffs argued that, whatever the result in respect of the claims of Albion and 285614 under paragraphs 5 and 6 of the statement of claim quoted earlier in these reasons, the claim under paragraph 7, also quoted, is of an entirely different character which he described as “pure economic loss” and is not affected by the limitation period provided in section 51 of the *Limitation of Actions Act*. For this proposition he cites *Guest v. Bonderove & Co. et al.*<sup>11</sup> where Mr. Justice Kerans wrote [at page 278]:

In our view, the words “trespass or injury to real property or chattels whether direct or indirect” do not encompass an action alleging pure economic loss. The broadest acceptable sense of the word “injury” is “interference with a right”. We cannot put that interpretation on “injury” in s. 51(f) because it would make no sense. Section 51(f) is referring to things that happen to property, not things that happen to the owners of the property. We therefore agree with Esson, J., in *Alberni District Credit Union and ADCU Development Ltd. v. Cambridge Properties Ltd. et al.* (1985), 65 B.C.L.R. 297 (B.C.C.A.), when he says that, in this context, “injury”:

“ . . . imports something in the nature of physical injury or damage.”

We agree. Pure economic loss is not covered by that word in this context.

[27] Unfortunately, the facts underlying *Guest* are unclear on the material that was before me. In any event, I propose to distinguish it. Here, the claim under paragraph 7 is, I conclude, entirely dependent on the claims under paragraphs 5 and 6. If the plaintiffs cannot succeed on their claims under paragraphs 5 and 6 because they are statute-barred, and that is my conclusion, they cannot succeed under paragraph 7 whatever might be the appropriate limitation period in respect of that claim.

[28] The second issue presented before me was stated on behalf of the defendant in the following terms: Do the claims of Albion and 285614 fail as a

6 de la déclaration s’est produit plus de deux ans avant la date où ils ont intenté leur action et que, de ce fait, les prétentions d’Albion et de 285614 sont irrecevables par l’effet de l’alinéa 51g) de la *Limitation of Actions Act* de l’Alberta.

[26] L’avocat des demandeurs soutient que peu importe l’issue des prétentions que font valoir Albion et 285614 aux paragraphes 5 et 6, cités *supra*, de la déclaration, la prétention figurant au paragraphe 7, également cité *supra*, est de nature totalement différente en ce qu’elle concerne un «préjudice exclusivement financier» et n’est pas touchée par le délai de prescription prévu à l’article 51 de la *Limitation of Actions Act*. Il cite à cet effet l’arrêt *Guest v. Bonderove & Co. et al.*<sup>11</sup>, dans lequel le juge Kerans s’est prononcé en ces termes [à la page 278]:

[TRADUCTION] À notre avis, les mots «violation de propriété ou atteinte, directe ou indirecte, à la propriété immobilière ou mobilière» ne touchent pas l’action en préjudice exclusivement financier. L’acception la plus large d’«atteinte» est «atteinte à un droit». Nous ne pouvons insérer cette acception d’«atteinte» dans l’alinéa 51f) parce qu’elle n’aurait pas de sens. Cet alinéa 51f) vise l’atteinte au bien, non pas ce qui arrive au propriétaire du bien. Nous partageons donc l’observation faite par le juge d’appel Esson dans *Alberni District Credit Union and ADCU Development Ltd. v. Cambridge Properties Ltd. et al.* (1985), 65 B.C.L.R. 297 (C.A.C.-B.), que dans ce contexte, «atteinte»

« . . . s’entend du préjudice ou dommage matériel.»

Nous en convenons. Le préjudice exclusivement financier ne cadre pas avec ce mot dans ce contexte.

[27] Malheureusement, le texte soumis à la Cour ne donne pas une idée exacte des faits de la cause *Guest*. Je me propose néanmoins de distinguer celle-ci de l’affaire en instance. En l’espèce, la prétention figurant au paragraphe 7 découle entièrement des prétentions des paragraphes 5 et 6. Si les demandeurs ne peuvent faire valoir ces dernières parce qu’elles sont irrecevables par l’effet de la loi, ils ne peuvent faire valoir non plus celle du paragraphe 7, quel que soit le délai de prescription applicable à celle-ci.

[28] Le deuxième point de droit a été formulé par la défenderesse en ces termes: les prétentions d’Albion et de 285614 sont-elles irrecevables du fait qu’Albion

result of Albion not utilizing available procedures to challenge its income tax assessment or the defendant's collection actions under the *Income Tax Act* and by virtue of binding judicial precedent?

[29] Section 18.5 of the *Federal Court Act* reads as follows:

**18.5** Notwithstanding sections 18 and 18.1, where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal as such to the Court, to the Supreme Court of Canada, to the Court Martial Appeal Court, to the Tax Court of Canada, to the Governor in Council or to the Treasury Board from a decision or order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act.<sup>12</sup>

The issue before me is whether section 18.5 bars this Court from adjudicating the claims of Albion and 285614 because the plaintiffs have a right of appeal to the Tax Court of Canada, expressly provided by another Act of Parliament.

[30] The plaintiffs argued that section 18.5 is confined in its application to judicial reviews and has no application to actions such as this. The case law is clear. Section 18.5 precludes judicial reviews and applications for prerogative writs where there exists a statutory right of appeal.<sup>13</sup> Section 18.5 provides that decisions or orders, against which there lies a statutory right of appeal, are "not . . . to be . . . otherwise dealt with" [underlining added] except in accordance with the statute conferring the right of appeal. The words "or otherwise dealt with" broaden the scope of that section and support the proposition that section 18.5 also applies to actions. This appears to be the approach adopted by the Federal Court of Appeal. In *City Centre Properties Inc. v. Canada*,<sup>14</sup> an action brought by City Centre Properties for, *inter alia*, a declaration that its tax liability had been extinguished, the Trial Judge [[1990] 1 C.T.C. 71] characterized the action as being tantamount to an appeal against its tax assessment and as such it was barred by the operation

n'a pas recours aux voies de droit qui lui étaient ouvertes pour contester sa cotisation d'impôt sur le revenu et les mesures de recouvrement prises par la défenderesse sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et aussi du fait de l'autorité de la chose jugée?

[29] L'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit ce qui suit:

**18.5** Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi<sup>12</sup>.

Il convient donc d'examiner si l'article 18.5 a pour effet d'interdire à la Cour de connaître des prétentions d'Albion et de 285614 du fait que ces demandereses ont le droit de faire appel devant la Cour canadienne de l'impôt, droit que prévoit expressément une autre loi fédérale.

[30] Les demandeurs soutiennent que l'article 18.5 ne s'applique qu'aux recours en contrôle judiciaire, non pas aux actions comme celle qui est en instance. La jurisprudence est claire en la matière. L'article 18.5 interdit le recours en contrôle judiciaire ainsi que les recours en brefs de prérogative dans les cas où le droit d'appel est prévu par la loi<sup>13</sup>. Il prévoit que toute décision ou ordonnance susceptible d'appel par application d'une loi fédérale, «ne peut . . . faire l'objet . . . d'aucune autre intervention» [soulignement ajouté]. Les mots «aucune autre intervention» élargissent la portée de cet article et permettent de conclure qu'il s'applique également aux actions. Il appert que telle est l'interprétation adoptée par la Cour d'appel fédérale. Dans *City Centre Properties Inc. c. Canada*<sup>14</sup>, affaire dans laquelle City Centre Properties concluait entre autres à jugement déclarant que sa dette fiscale avait été éteinte, le juge de première instance [[1990] 1 C.T.C. 71] a vu dans l'action un appel contre la cotisation d'impôt et, comme tel,

of section 18.5. The Court of Appeal allowed the appeal, not on the basis that section 18.5 had no application to actions, but rather on the basis that the Trial Judge had mischaracterized the action as being equivalent to an appeal of the tax assessment.

[31] It is clear that the claim for wrongful seizure, in the sense that the seizure was without legal justification, cannot be adjudicated by this Court by operation of section 18.5. To argue that there was not legal justification for the seizure would entail an attack on the validity of the tax assessment which is already provided for by a right of appeal to the Tax Court of Canada pursuant to section 171 [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. IX, s. 215] of the *Income Tax Act*. Section 18.5 bars this Court from adjudicating a claim that would entail a challenge to the validity of the tax assessment because an alternative appeal right exists to the Tax Court of Canada.

[32] Before me, counsel for the plaintiffs sought to characterize the claim for wrongful seizure, not as a claim for conversion, but rather as a claim based on misrepresentation and/or abuse of discretion. It was argued that the seizures were wrongful in that they were contrary to a representation by the defendant that collection procedures would be modified to allow for payment at a date later than that authorized by law. Above, I concluded that the claims of the plaintiffs as pleaded in paragraphs 5 and 6 of its statement of claim are in the nature of conversion. The attempt by the plaintiffs to re-characterize their claims as relating to wrongful seizure arising from a misrepresentation or abuse of discretion is not supported by their statement of claim.

[33] Even if I were to accept the alternative characterization put forth by the plaintiffs, I would nonetheless be bound by the Court of Appeal's decision in *Optical Recording*,<sup>15</sup> involving very similar facts to those before me. That case also involved a tax assessment under the *Income Tax Act* by the Minister of National Revenue. Revenue Canada issued a notice of assessment in respect of Part VIII tax payable as a result of filing of an SRTC (Scientific Research Tax Credit) designation. *Optical Recording* was advised by

irrecevable par application de l'article 18.5. La Cour d'appel a fait droit à l'appel, non point parce que l'article 18.5 ne s'appliquait pas aux actions, mais parce que le juge de première instance a vu à tort dans l'action un appel contre la cotisation d'impôt.

[31] Il est clair que par application de l'article 18.5, la Cour ne peut connaître de l'action en saisie injustifiée, au sens de saisie sans justification licite. Dire que la saisie n'avait pas de justification licite reviendrait à attaquer la validité de la cotisation d'impôt, laquelle est déjà susceptible d'appel devant la Cour canadienne de l'impôt par application de l'article 171 [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. IX, art. 215] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'article 18.5 interdit à la Cour de connaître d'une demande qui reviendrait à contester la validité de la cotisation d'impôt, alors que celle-ci peut être portée en appel devant la Cour canadienne de l'impôt.

[32] Durant les débats, l'avocat des demandeurs a essayé de présenter l'action en saisie injustifiée, non pas comme une action en détournement, mais comme une action en déclaration trompeuse et/ou abus de pouvoir discrétionnaire. Il soutient que les saisies étaient injustifiées en ce qu'elles allaient à l'encontre de l'affirmation faite par la défenderesse que les mesures de recouvrement seraient modifiées de façon à permettre le paiement après l'expiration du délai prévu par la loi. J'ai conclu plus haut que les prétentions que font valoir les demandeurs aux paragraphes 5 et 6 de la déclaration participent de l'action en détournement. La prétention des demandeurs d'en faire une action en saisie injustifiée par suite de déclaration trompeuse ou d'abus de pouvoir discrétionnaire ne s'accorde pas avec leur déclaration.

[33] À supposer même que j'accepte la qualification subsidiaire proposée par les demandeurs, je serais néanmoins tenu de suivre la ligne tracée par la Cour d'appel dans *Optical Recording*<sup>15</sup>, qui portait sur des faits fort semblables aux faits de la cause. Il y avait aussi cotisation d'impôt établie par le ministre du Revenu national en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Revenue Canada a envoyé un avis de cotisation établissant l'impôt exigible sous le régime de la partie VIII à la suite de la production des

Revenue Canada that although corporations are technically liable to pay the tax by the end of the month following the transaction, since the taxes could be reduced under the credit program, Revenue Canada was prepared to modify its usual collection action where it was satisfied that the corporation would eliminate its tax liability by the end of the year or provide security. Subsequently the Minister issued “requirements to pay” to two financial institutions and registered a certificate in this Court. Optical Recording brought an application for *certiorari* and prohibition.

[34] In the Trial Division, Muldoon J. granted the orders of *certiorari* and prohibition, holding that he had jurisdiction to entertain the application on the basis that the remedies sought could not be obtained on an appeal of the tax assessment.

[35] The Court of Appeal allowed an appeal. Urie J.A., writing for himself, Décary and Stone J.J.A., held that where an appeal right exists to the Tax Court of Canada, a party cannot challenge the validity of the tax assessment, nor can a party challenge the collection proceedings taken in respect of that assessment. He wrote: [at pages 320-321]:

I am of the opinion that the Motions Judge erred in finding that he had jurisdiction to entertain the originating motion brought by the respondent pursuant to section 18 of the Act. The proceedings which it instituted arose out of an assessment issued by the Minister. That assessment is deemed by subsection 152(8) to be valid, subject only to a reassessment, or to it being varied or vacated by a successful objection thereto (subsections 165(1) and 165(2)) or by a successful appeal of the assessment brought to the Tax Court pursuant to section 169 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 70) of the Act or to the Trial Division of this Court pursuant to subsection 172(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58). As held in the Parsons [Minister of National Revenue v. Parsons, [1984] 2 F.C. 331 (C.A.)] case, since the Act expressly provides for an appeal from assessments made by the Minister, it follows that section 29 of the Federal Court Act [a predecessor section to section 18.5] precludes not only applications

formules de désignation du CIRS (crédit d’impôt pour la recherche scientifique), puis a informé Optical Recording que même si les sociétés étaient en principe tenues de payer l’impôt au plus tard le dernier jour du mois suivant l’opération, Revenu Canada était disposé, comme le programme de crédit d’impôt permettait à la contribuable de réduire son obligation fiscale, à modifier ses mesures habituelles de recouvrement s’il constatait que la société aurait ramené son obligation à zéro au plus tard à la fin de l’année ou aurait produit une garantie. Par la suite, le ministre a signifié des «demandes péremptoires de paiement» à deux institutions financières et enregistré un certificat auprès de la Cour fédérale.

[34] En première instance, le juge Muldoon a rendu les ordonnances de *certiorari* et de prohibition, concluant qu’il avait compétence pour entendre le recours en contrôle judiciaire par ce motif que le redressement recherché ne saurait être obtenu par voie d’appel contre la cotisation d’impôt.

[35] La Cour d’appel a accueilli l’appel contre le jugement de première instance. Par motifs prononcés en son nom propre et au nom des juges Décary et Stone, le juge Urie de la Cour d’appel a conclu que dans les cas où la matière peut faire l’objet d’un appel devant la Cour canadienne de l’impôt, il n’est pas question de contester en Cour fédérale la validité de la cotisation d’impôt ou les mesures de recouvrement prises pour l’exécution de cette cotisation [aux pages 320 et 321]:

Je suis d’avis que le juge qui a entendu la requête a commis une erreur en concluant qu’il avait compétence pour instruire et trancher la requête introductive d’instance présentée par l’intimée en vertu de l’article 18 de la Loi. L’instance qu’elle a introduite découlait d’une cotisation établie par le ministre. Aux termes du paragraphe 152(8), cette cotisation est réputée valide, sous réserve seulement d’une nouvelle cotisation, ou des modifications qui peuvent y être apportées ou de l’annulation qui peut être prononcée à la suite d’une opposition (paragraphe 165(1) et 165(2)) ou d’un appel interjeté devant la Cour de l’impôt en vertu de l’article 169 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58; 1984, ch. 45, art. 70] de la Loi ou devant la Section de première instance de notre Cour en vertu du paragraphe 172(2) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58]. Ainsi qu’on l’a statué dans l’arrêt Parsons [Ministre du Revenu national c. Parsons, [1984] 2 C.F. 331 (C.A.)], comme la Loi prévoit expressément un appel des cotisations

under section 28 of the Act in respect of such assessments but also applications brought pursuant to section 18, as was done in the case, to challenge not only the assessments *per se* but the collection proceedings or actions taken in respect of those deemed valid assessments. [Underlining added by me for emphasis.]

[36] Counsel for the plaintiffs argued that *Optical Recording* is distinguishable from the case at bar in that it dealt with a judicial review whereas this is an action. Having concluded above that section 18.5 also applies to actions, I cannot accept that *Optical Recording* can be distinguished on the basis urged by counsel for the plaintiffs.

[37] That said, it could very well be argued that the Court of Appeal has taken a step back from its position in *Optical Recording* in *City Centre Properties*.<sup>16</sup> In *City Centre Properties*, Mahoney J.A., for the Court, distinguished both *Parsons* and *Optical Recording* in the following terms:

This case is to be distinguished from this Court's decisions in *M.N.R. v. Parsons* . . . and *Optical Recording Laboratories v. Canada* . . . because the validity of the assessment is not challenged here. In each of those cases, the issue as to liability for income tax depended on the alleged invalidity of the assessment. In such a case, we have no doubt, the denial of liability can only be litigated by an appeal against the assessment as provided by the *Income Tax Act* . . .<sup>17</sup>

[38] Based on the above passage, it is arguable that the Court of Appeal is restricting *Optical Recording* to situations where the validity of the tax assessment is directly under attack. The passage makes no mention of collection proceedings. That being said, the Court of Appeal clearly did not regard its decision as inconsistent with its decision in *Optical Recording*. Rather, it regarded *Optical Recording* as distinguishable. On facts very similar to those in *Optical Recording*, even if I were to accept the plaintiffs' re-characterization of their claims to be claims in the nature of misrepresentation and/or abuse of discretion, I am nonetheless bound by *Optical Recording*, and must conclude that

établies par le ministre, il s'ensuit que selon l'article 29 de la Loi sur la Cour fédérale, ces cotisations ne peuvent faire l'objet non seulement d'une requête fondée sur l'article 28 de la Loi, mais également d'une requête présentée en vertu de l'article 18, comme celle qui nous occupe en l'espèce, en vue de contester non seulement la cotisation elle-même, mais aussi les procédures ou mesures de recouvrement prises à l'égard de ces cotisations réputées valides. [Non souligné dans l'original.]

[36] L'avocat des demandeurs soutient que la cause *Optical Recording* est différente de l'affaire en instance, en ce qu'il y avait recours en contrôle judiciaire alors qu'il s'agit d'une action en l'espèce. Ayant conclu, *supra*, que l'article 18.5 s'applique aussi aux actions, je ne conçois pas que la cause *Optical Recording* soit différente par le motif proposé par l'avocat des demandeurs.

[37] Cela dit, on pourrait bien soutenir que la Cour d'appel, dans *City Centre Properties*<sup>16</sup>, est revenue sur la solution qu'elle avait adoptée dans *Optical Recording*. Dans *City Centre Properties*, le juge d'appel Mahoney, prononçant les motifs du jugement de la Cour, a distingué comme suit cette cause d'une part, et les causes *Parsons* et *Optical Recording* de l'autre:

Il y a lieu de faire une distinction entre la présente affaire et les arrêts *M.R.N. c. Parsons* . . . et *Optical Recording Laboratories c. Canada* . . . de cette Cour, puisque la validité des cotisations n'est pas contestée en l'espèce. Dans chacune des affaires précitées, la question de l'assujettissement à l'impôt dépendait de l'invalidité alléguée de la cotisation. Dans un tel cas, nous n'avons aucun doute que la partie qui conteste son assujettissement à l'impôt doit nécessairement en appeler à l'encontre de la cotisation, conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>17</sup> . . .

[38] On pourrait s'appuyer sur le passage ci-dessus pour soutenir que la Cour d'appel limite la règle établie dans *Optical Recording* aux cas où la validité de la cotisation d'impôt est directement remise en question. Il n'y est nullement question de mesures de recouvrement. Cela dit, il appert qu'aux yeux de la Cour d'appel, cette décision ne contredit pas la décision qu'elle avait rendue dans *Optical Recording*. À ses yeux, cette dernière cause portait sur des points différents. Dans l'affaire en instance, dont les faits sont très semblables à ceux de la cause *Optical Recording*, et à même supposer que j'accepte la nouvelle qualification proposée par les demandeurs qui

section 18.5 of the *Federal Court Act* precludes this Court from adjudicating the claims under paragraphs 5 and 6 of the statement of claim of Albion and 285614.

[39] By analogy to my reasoning earlier in these reasons regarding the claim of Albion and 285614 under paragraph 7 of the statement of claim, I conclude that that claim must also fall with the claims under paragraphs 5 and 6, when they fall on the basis of section 18.5 of the *Federal Court Act*.

[40] The final question argued before me is similar in terms to the second question just dealt with. It is in the following terms:

Are the claims of Kathleen Maplesden *res judicata* and in any event, do they fail by virtue of her failure to challenge the defendant's collection actions under the *Income Tax Act* and by virtue of binding judicial precedent?

As is evident from the statement of agreed facts, Kathleen Maplesden was assessed on or about September 30, 1985, for her 1984 taxation year, in the amount of \$750,000. On or about the same day, a certificate was registered in this Court for Ms. Maplesden's 1984 tax debt and a writ of *fieri facias* was issued by the Court pursuant to that certificate. A notice of objection was filed with respect to the assessment. In mid-October, 1985, a reassessment was issued resulting in taxes owing of \$371,954.18. Once again, a notice of objection was filed to this reassessment. In mid-1988, a further reassessment was made against Ms. Maplesden for her 1984 taxation year, once again reducing her assessed tax liability, this time to an amount of \$342,101.53 for that taxation year. This second reassessment was appealed to the Tax Court of Canada and the appeal was dismissed. The dismissal was further appealed and the further appeal is ongoing.

cherchent à faire de leur action une action en déclaration trompeuse et/ou abus de pouvoir discrétionnaire, je suis néanmoins tenu par la jurisprudence *Optical Recording*, et dois conclure que l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* interdit à la Cour de connaître des prétentions figurant aux paragraphes 5 et 6 de la déclaration d'Albion et de 285614.

[39] Par analogie avec le raisonnement que j'ai tenu précédemment au sujet de la prétention figurant au paragraphe 7 de la déclaration d'Albion et de 285614, je conclus que celle-ci est irrecevable au même titre que les prétentions figurant aux paragraphes 5 et 6, par l'effet de l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[40] Le dernier point de droit à résoudre s'apparente dans ses termes au deuxième point dont nous venons de traiter. Le voici:

L'action de Kathleen Maplesden est-elle irrecevable du fait de l'autorité de la chose jugée et est-elle irrecevable de toute façon faite par la demanderesse d'avoir contesté la cotisation d'impôt sur le revenu établie par la défenderesse et les mesures de recouvrement prises par cette dernière sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lesquelles sont passées en force de chose jugée?

Ainsi que l'indique l'exposé conjoint des faits, le 30 septembre 1985 ou vers cette date, une cotisation de 750 000 \$ est émise contre Kathleen Maplesden à l'égard de son année d'imposition 1984. Le même jour, un certificat relatif à cette dette fiscale est enregistré auprès de la Cour qui décerne un bref de *fieri facias* portant exécution de ce certificat. Un avis d'opposition a été déposé contre cette cotisation. Mi-octobre 1985, la défenderesse envoie une nouvelle cotisation qui ramène l'impôt exigible à 371 954,18 \$. Cette nouvelle cotisation a fait aussi l'objet d'un avis d'opposition. Mi-1988, la défenderesse émet une nouvelle cotisation modifiée pour l'année d'imposition 1984, ramenant encore l'impôt dû par M<sup>me</sup> Maplesden à 342 101,53 \$ d'impôt pour cette année. Kathleen Maplesden conteste la nouvelle cotisation modifiée devant la Cour canadienne de l'impôt, qui rejette son appel. Elle a fait appel contre ce rejet, et l'appel est en instance.

[41] Despite the foregoing series of events, the certificate registered against Ms. Maplesden's property, in the amount of the original assessment against her for 1984, remained registered against that property for some three years when it was lifted and replaced by a certificate in the reduced amount of the second reassessment.

[42] On the argument before me, it was clear, that the allegations in the plaintiff's statement of claim with respect to damages suffered by Ms. Maplesden do not flow from an argument that registration of the original certificate was wrongful but rather that maintenance of registration of the original certificate, in the original amount and for a substantial period of time after the Minister conceded that Ms. Maplesden's tax liability was substantially lower than that indicated on the face of the certificate, resulted in damage. If I am correct in this, the real complaint on behalf of Ms. Maplesden is not reflected on the face of the statement of claim.

[43] I must deal with the claim as it is presented in the statement of claim. Thus, it is incumbent upon me to determine whether Ms. Maplesden's claim for wrongful filing of the writ is either *res judicata* or barred by the operation of section 18.5 of the *Federal Court Act*.

[44] Before me, counsel for the defendant submitted that if the plaintiff's recharacterization of Ms. Maplesden's claim was accepted, then he would, for the purposes of this proceeding, abandon his argument concerning *res judicata*. As I have not accepted the recharacterization of the Ms. Maplesden's claim, I must deal with the question of *res judicata*.

[45] As Dickson J. (as he then was) stated in *Angle v. M.N.R.*,<sup>18</sup> there are two species of *res judicata*. The first is cause of action estoppel, which precludes a person from bringing an action against another when that same cause of action has been determined in earlier proceedings by a court of competent jurisdiction. The second is issue estoppel which precludes a party from raising an issue which has previously been decided as between the same parties. The defendant

[41] Malgré les événements ci-dessus, le certificat portant sur le montant de la cotisation initiale et enregistré contre les biens de M<sup>me</sup> Maplesden, demeurerait enregistré quelque trois ans avant d'être levé et remplacé par un certificat portant sur le montant inférieur de la nouvelle cotisation modifiée.

[42] Il ressort des débats que les demandeurs n'allèguent pas dans leur déclaration que le préjudice subi par M<sup>me</sup> Maplesden tient à l'enregistrement injustifié du certificat initial, mais au fait que ce dernier demeurerait enregistré, avec le montant initial et pendant une longue période après que le ministre eut reconnu que l'obligation fiscale de M<sup>me</sup> Maplesden était bien inférieure à celle figurant sur le certificat. Si telle est l'interprétation correcte du véritable chef de conclusions, celui-ci ne figure pas comme tel sur la déclaration.

[43] Je dois examiner le chef de conclusions tel qu'il figure sur la déclaration. Il m'incombe donc d'examiner si l'action de M<sup>me</sup> Maplesden en dépôt injustifié du bref est irrecevable soit par l'effet de l'autorité de la chose jugée soit par l'effet de l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[44] À l'audience, l'avocat de la défenderesse a fait savoir que si la Cour acceptait la nouvelle qualification donnée par les demandeurs du chef de conclusions de M<sup>me</sup> Maplesden, il abandonnerait sa fin de non-recevoir fondée sur l'autorité de la chose jugée. Comme je n'ai pas accepté la nouvelle qualification des prétentions de M<sup>me</sup> Maplesden, je dois examiner la question de l'autorité de la chose jugée.

[45] Ainsi que l'a fait observer le juge Dickson (il était juge puîné à l'époque) dans *Angle c. M.R.N.*<sup>18</sup>, il y a deux sortes de fins de non-recevoir fondée sur l'autorité de la chose jugée. La première, *cause of action estoppel*, empêche d'intenter une action lorsque la même cause d'action a déjà été décidée dans une instance contentieuse devant la juridiction compétente. La seconde, *issue estoppel*, empêche une partie de soulever contre une autre partie un point litigieux qui



relied on the doctrine of issue estoppel and argued that the claim of Ms. Maplesden is *res judicata*. It was argued that the issue of the validity of the tax assessment against Ms. Maplesden has already been determined by the Tax Court and as such, cannot be relitigated in this Court. I conclude this argument is flawed. Ms. Maplesden is not seeking here to relitigate the validity of the tax assessed against her for the 1984 taxation year. Rather, she is arguing that the writ which flowed from that assessment was wrongfully filed. The issue before the Court in this respect is not *res judicata*.

[46] The defendant also asserted that Ms. Maplesden's claim for wrongful filing of the writ of *feri facias* is barred by section 18.5 of the *Federal Court Act*. The defendant argued that the filing of the writ of *feri facias* constituted a collection procedure which flowed from Ms. Maplesden's tax assessment. Relying once again on *Optical Recording*, the defendant submitted that subsection 18.5 precludes this Court from examining the collection procedures adopted in respect of a tax assessment because there exists a right of appeal to the Tax Court of Canada. With respect to Ms. Maplesden's claim, I am satisfied that the principle in *Optical Recording* does not apply. In *Optical Recording*, the collection procedure was based on the amount of tax liability assessed against the appellant in that case. That amount as reflected in the tax assessment could have been appealed to the Tax Court of Canada. In this case, the assessment underlying the writ of *feri facias* was varied by the defendant before any appeal was commenced. As such, the writ of *feri facias* for the original amount of \$750,000, being the alleged collection procedure, no longer corresponded to any assessment which could be appealed. Thus, I conclude that section 18.5 does not preclude this Court from adjudicating the merits of Ms. Maplesden's claim.

[47] In the result then, an order will go determining that:

a été judiciairement tranché entre les deux. En l'espèce, la défenderesse s'appuie sur la doctrine de l'*issue estoppel* pour soutenir que la réclamation de M<sup>me</sup> Maplesden est irrecevable puisque le point litigieux est passé en force de chose jugée, en ce que la question de la validité de la cotisation d'impôt établie contre cette dernière a déjà été tranchée par la Cour canadienne de l'impôt et ne saurait donc se poser de nouveau devant la Cour. Je trouve cet argument défectueux. M<sup>me</sup> Maplesden ne cherche pas à remettre en question sa cotisation d'impôt pour l'année d'imposition 1984, mais soutient que le bref découlant de la cotisation a été déposé de façon injustifiée. Le point soumis au jugement de la Cour à cet égard n'est donc pas irrecevable du fait de l'autorité de la chose jugée.

[46] La défenderesse soutient encore que la conclusion de M<sup>me</sup> Maplesden selon laquelle il y a eu dépôt injustifié du bref de *feri facias* est irrecevable par application de l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*, en ce que ce dépôt constituait une mesure de recouvrement découlant de la cotisation d'impôt établie contre M<sup>me</sup> Maplesden. Invoquant de nouveau la jurisprudence *Optical Recording*, elle soutient que l'article 18.5 interdit à la Cour d'examiner les mesures de recouvrement prises à l'égard d'un avis de cotisation, du fait que celles-ci peuvent faire l'objet d'un appel à la Cour canadienne de l'impôt. Je conclus que le principe dégagé dans cet arrêt ne s'applique pas à la réclamation de M<sup>me</sup> Maplesden. Dans *Optical Recording*, les mesures de recouvrement portaient sur le montant de l'impôt réclamé à l'appelante. Ce montant figurant sur l'avis de cotisation aurait pu faire l'objet d'un appel devant la Cour canadienne de l'impôt. En l'espèce, la défenderesse a modifié la cotisation donnant lieu au bref de *feri facias* avant même qu'aucun appel ne fût formé. De ce fait, le bref de *feri facias* portant sur la somme initialement fixée à 750 000 \$ et constituant la soi-disant mesure de recouvrement, ne correspondait plus à aucune cotisation qui eût pu faire l'objet d'un appel. Je conclus de ce qui précède que l'article 18.5 n'interdit pas à la Cour de juger au fond la réclamation de M<sup>me</sup> Maplesden.

[47] En conséquence, la Cour rendra une ordonnance comme suit:

(1) the claims of Albion and 285614 under paragraphs 5 and 6 of the statement of claim are barred by the statutory limitation contained in paragraph 51(g) of the Alberta *Limitation of Actions Act* and their claim under paragraph 7 of the statement of claim fails by reason of its dependence on the claims under paragraphs 5 and 6;

(2) the claims of Albion and 285614 under paragraphs 5 and 6 of the statement of claim fail as a result of Albion not utilizing available procedures to challenge its income tax assessment and thus the defendant's collection actions under the *Income Tax Act* and by virtue of binding judicial precedent and their claim under paragraph 7 of the statement of claim fails by reason of its dependence on the claims under paragraphs 5 and 6; and

(3) the claim of Kathleen Maplesden is not *res judicata* and does not fail by virtue of her failure to challenge the defendant's income tax assessment and thus the defendant's collection actions under the *Income Tax Act* and by virtue of binding judicial precedent.

[48] Costs to be determined at a later date.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, as amended.

<sup>2</sup> C.R.C., c. 663, as amended.

<sup>3</sup> [1977] 2 F.C. 239 (C.A.), at p. 242.

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. C-50, as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21.

<sup>5</sup> R.S.A. 1980, c. L-15.

<sup>6</sup> John G. Fleming, *the Law of Torts*, 7th ed. (Sydney: Law Book Company, 1987), at p. 52.

<sup>7</sup> *Halsbury's Laws of England*, 4th ed. (London: Butterworths, 1973), Vol. 6, at para. 8.

<sup>8</sup> [1970] 2 O.R. 467 (C.A.).

<sup>9</sup> (1991), 126 A.R. 121 (Q.B.).

<sup>10</sup> *Supra*, note 6, at pp. 52-53.

<sup>11</sup> (1988), 88 A.R. 277 (C.A.).

<sup>12</sup> R.S.C., 1985, c. F-7, as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 5.

<sup>13</sup> See *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Minister of National Revenue v. Parsons*,

1) les prétentions d'Albion et de 285614, figurant aux paragraphes 5 et 6 de la déclaration, sont éteintes par application du délai de prescription prévu à l'alinéa 51g) de la loi dite *Limitation of Actions Act* de l'Alberta, et leur prétention figurant au paragraphe 7 de la déclaration est irrecevable du fait qu'elle découle des prétentions figurant aux paragraphes 5 et 6;

2) les prétentions d'Albion et de 285614 figurant aux paragraphes 5 et 6 de la déclaration sont irrecevables du fait qu'Albion n'a pas eu recours aux voies de droit qui lui étaient ouvertes pour contester sa cotisation d'impôt sur le revenu et les mesures de recouvrement prises par la défenderesse sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ainsi que du fait de l'autorité de la chose jugée, et leur prétention figurant au paragraphe 7 de la déclaration est irrecevable du fait qu'elle découle des prétentions figurant aux paragraphes 5 et 6; et

3) la prétention de Kathleen Maplesden n'est pas éteinte par l'autorité de la chose jugée et n'est pas irrecevable faite par cette demanderesse de contester la cotisation d'impôt sur le revenu établie par la défenderesse et les mesures de recouvrement prises par cette dernière sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lesquelles sont passées en force de chose jugée.

[48] La Cour se prononcera ultérieurement sur les frais et dépens.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, modifiée.

<sup>2</sup> C.R.C., ch. 663, modifiée.

<sup>3</sup> [1977] 2 C.F. 239 (C.A.), à la p. 242.

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), ch. C-50, mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21.

<sup>5</sup> R.S.A. 1980, ch. L-15.

<sup>6</sup> John G. Fleming, *The Law of Torts*, 7<sup>e</sup> éd. (Sydney: Law Book Company, 1987), à la p. 52.

<sup>7</sup> *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd. (Londres: Butterworths, 1973), vol. 6, au par. 8.

<sup>8</sup> [1970] 2 O.R. 467 (C.A.).

<sup>9</sup> (1991), 126 A.R. 121 (B.R.).

<sup>10</sup> *Supra*, note 6, aux p. 52 et 53.

<sup>11</sup> (1988), 88 A.R. 277 (C.A.).

<sup>12</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7, mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5.

<sup>13</sup> Cf. *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Ministre du Revenu national c.*

[1984] 2 F.C. 331 (C.A.); and *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309 (C.A.).

<sup>14</sup> [1991] 1 C.T.C. 143 (F.C.A.).

<sup>15</sup> *Supra*, note 13.

<sup>16</sup> *Supra*, note 14.

<sup>17</sup> *City Centre Properties*, *supra*, note 13, at p. 144.

<sup>18</sup> [1975] 2 S.C.R. 248, at p. 254.

*Parsons*, [1984] 2 C.F. 331 (C.A.); et *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309 (C.A.).

<sup>14</sup> [1991] 1 C.T.C. 143 (C.A.F.).

<sup>15</sup> Voir note 13, *supra*.

<sup>16</sup> Voir note 14, *supra*.

<sup>17</sup> *City Centre Properties*, *supra*, note 13, à la p. 144.

<sup>18</sup> [1975] 2 R.C.S. 248, à la p. 254.

	T-2861-90		T-2861-90
<b>Joyce Wilma Beattie</b> ( <i>Plaintiff</i> )		<b>Joyce Wilma Beattie</b> ( <i>demanderesse</i> )	
v.		c.	
<b>Her Majesty the Queen, as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development</b> ( <i>Defendant</i> )		<b>Sa Majesté la Reine, représentée par le Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien</b> ( <i>défenderesse</i> )	
	T-2433-91		T-2433-91
<b>Joyce Wilma Beattie</b> ( <i>Plaintiff</i> )		<b>Joyce Wilma Beattie</b> ( <i>demanderesse</i> )	
v.		c.	
<b>Her Majesty the Queen as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development</b> ( <i>Defendant</i> )		<b>Sa Majesté la Reine, représentée par le Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien</b> ( <i>défenderesse</i> )	
	T-2268-93		T-2268-93
<b>Joyce Wilma Beattie and Bruce Allan Beattie</b> ( <i>Plaintiffs</i> )		<b>Joyce Wilma Beattie et Bruce Allan Beattie</b> ( <i>demandeurs</i> )	
v.		c.	
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Defendant</i> )		<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>défenderesse</i> )	
	T-2269-93		T-2269-93
<b>Joyce Wilma Beattie and Bruce Allan Beattie</b> ( <i>Plaintiffs</i> )		<b>Joyce Wilma Beattie et Bruce Allan Beattie</b> ( <i>demandeurs</i> )	
v.		c.	
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Defendant</i> )		<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>défenderesse</i> )	
	T-2270-93		T-2270-93
<b>Joyce Wilma Beattie and Bruce Allan Beattie</b> ( <i>Plaintiffs</i> )		<b>Joyce Wilma Beattie et Bruce Allan Beattie</b> ( <i>demandeurs</i> )	
v.		c.	
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Defendant</i> )		<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>défenderesse</i> )	
	T-2432-91		T-2432-91
<b>Joyce Wilma Beattie</b> ( <i>Plaintiff</i> )		<b>Joyce Wilma Beattie</b> ( <i>demanderesse</i> )	
v.		c.	

**Her Majesty the Queen as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development (Defendant)**

T-2271-93

**Joyce Wilma Beattie (Plaintiff)**

v.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**

*INDEXED AS: BEATTIE v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T.D.)*

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Vancouver, May 13, 14; Ottawa, May 30, 1997.

*Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — Actions for reimbursement of tuition, instructional fees, accommodation, travel costs for Aboriginal children not living on reserve — Crown agreeing to pay salaries of teachers to instruct children under Treaty No. 11 — Actions dismissed — Benefits so conferred not extending beyond treaty area — Court must take into account context in which treaty negotiated; words interpreted in sense naturally understood by Indians at time of signing — When treaty executed, Native children receiving free education — Treaty confirming pre-existing situation — Bands' main concern medical attendance, schools at each post — Natives at time of signing not understanding education provision as conferring on them universal right to education — Constitution Act, 1982, s. 35(1) guaranteeing (i) access to free education (ii) confined to area defined in treaty (iii) akin or equivalent to education provided to non-native children in public school system.*

*Native peoples — Actions for reimbursement of tuition, instructional fees, travel, accommodation costs for Aboriginal children not living on reserve — Crown agreeing to pay teachers' salaries under Treaty No. 11 — Actions dismissed — Principles of treaty interpretation — Treaty benefits not extending beyond treaty area.*

These were actions claiming damages for the Crown's refusal to comply with its treaty obligations and commitments. Mrs. Beattie and her two children are Aboriginal

**Sa Majesté la Reine, représentée par le Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (défenderesse)**

T-2271-93

**Joyce Wilma Beattie (demanderesse)**

c.

**Sa Majesté la Reine (défenderesse)**

*RÉPERTORIÉ: BEATTIE c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—Vancouver, 13 et 14 mai; Ottawa, 30 mai 1997.

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux et droits issus de traités — Actions en remboursement de frais de scolarité, de logement et de déplacements engagés pour des enfants autochtones ne vivant pas dans des réserves — Sa Majesté avait accepté, aux termes du traité n° 11, de payer le salaire des maîtres d'école pour instruire les enfants autochtones — Les actions sont rejetées — Les avantages accordés ne s'appliquent pas au-delà des limites de la région visée par le traité — Le tribunal doit tenir compte du contexte dans lequel le traité a été négocié et doit donner au texte du traité le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l'époque de sa signature — À l'époque de la signature du traité, les enfants autochtones recevaient déjà des services d'éducation gratuits — Le traité confirmait une situation qui existait déjà — La principale préoccupation des bandes au moment de la signature du traité était d'obtenir des services médicaux et des écoles à chaque poste — À la date de signature, les autochtones n'ont pas compris que la disposition relative à l'éducation leur accordait un droit universel à l'éducation — L'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 garantit: (i) l'accès à l'éducation gratuite; (ii) sur le territoire défini dans le traité; (iii) l'éducation gratuite ainsi offerte doit être semblable ou équivalente à celle qui est offerte aux enfants non autochtones dans le réseau d'écoles publiques.*

*Peuples autochtones — Actions en remboursement de frais de scolarité, de logement et de déplacements engagés pour des enfants autochtones ne vivant pas dans des réserves — Sa Majesté avait accepté, aux termes du traité n° 11, de payer le salaire des maîtres d'école — Les actions sont rejetées — Principes d'interprétation des traités — Les avantages accordés par le traité ne s'appliquent pas au-delà des limites de la région visée par le traité.*

Par ces actions, les demandeurs réclament des dommages-intérêts en raison du refus de Sa Majesté de respecter ses obligations et engagements découlant d'un traité. M<sup>me</sup>

persons of Canada pursuant to *Constitution Act, 1982*, subsection 35(2). Although they are registered band members, they do not live on reserve land, but live near the city of Merritt, British Columbia. The plaintiffs assert rights under the "education provision" in Treaty No. 11 which was signed on July 21, 1921, whereunder the Crown agreed to pay the salaries of teachers to instruct the children in such manner as the government deemed advisable. The actions claimed reimbursement for (i) tuition and accommodation costs for Mrs. Beattie's daughter at a private school; (ii) instruction and examination fees for lifeguard training programs conducted by the city of Merritt and St. John Ambulance; (iii) travel and accommodation costs for her son to attend a senior secondary school in Cranbrook, British Columbia; (iv) program fees and other associated costs for a foreign study program under which her daughter studied in France for one school year; (v) property taxes levied against their residential property as "net school taxes" by the province for the school terms during which one or both children attended the Merritt Senior Secondary School in Cranbrook.

The issue was whether the benefits under the education provision in Treaty No. 11 were confined to the treaty area.

*Held*, the actions should be dismissed.

The following two principles of treaty interpretation are of primary importance in these circumstances: (1) when considering a treaty, a court must take into account the context in which it was negotiated; and (2) the words must be interpreted in the sense that would naturally have been understood by the Indians at the time of the signing. Applying these principles, the benefits conferred in the education clause in Treaty No. 11 did not extend beyond the boundaries of the treaty area.

At the date on which Treaty No. 11 was executed, Native children already received free education in the schools then established. The education provision in Treaty No. 11 only purported to confirm a pre-existing situation. In interpreting treaties, importance must be given both to the historical context, including the intention of the parties when they executed the treaty, and the evidence relating to facts which occurred shortly before or after the execution of the document. The detailed report which preceded the execution of Treaty No. 11 also indicated that the bands' main concern was to obtain both medical attendance and schools at each post. It was not expected that the children would go to school in a distinct area or a different country. The benefits were negotiated by the bands at each post for the benefit of their respective communities. It was inferred, given the

Beattie et ses deux enfants sont des autochtones du Canada au sens du paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Même s'ils sont membres inscrits d'une bande indienne, ils ne vivent pas sur les terres de la réserve, mais habitent plutôt près de la ville de Merritt, en Colombie-Britannique. Les demandeurs invoquent des droits découlant de la «disposition relative à l'éducation» du traité n° 11 qui a été signé le 21 juillet 1921, aux termes duquel Sa Majesté s'est engagée à payer le salaire des maîtres d'école que le gouvernement jugerait nécessaires pour instruire les enfants autochtones. Par leurs actions, les demandeurs réclament le remboursement: (i) des frais de scolarité et de pension de la fille de M<sup>me</sup> Beattie, qui fréquente une école privée; (ii) des frais d'enseignement et d'examen du programme de formation des sauveteurs offert par la ville de Merritt et l'Ambulance Saint-Jean; (iii) des frais de déplacements et de logement engagés pour permettre à son fils de fréquenter une école secondaire de deuxième cycle à Cranbrook, en Colombie-Britannique; (iv) des frais de scolarité et autres frais connexes du programme d'études étrangères en vertu duquel sa fille a étudié en France pendant une année scolaire; (v) des taxes foncières prélevées par la province sur leur propriété résidentielle en tant que «taxes scolaires nettes» pour les années scolaires au cours desquelles les deux enfants ou l'un ou l'autre fréquentaient l'école secondaire de deuxième cycle de Cranbrook.

La question en litige est celle de savoir si les avantages découlant de la disposition relative au traité n° 11 se limitent à la région visée par le traité.

*Jugement*: les actions devraient être rejetées.

Les deux principes suivants d'interprétation des traités ont une importance primordiale en l'espèce: (1) le tribunal qui examine un traité doit tenir compte du contexte dans lequel il a été négocié; (2) il faut donner au texte du traité le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l'époque de sa signature. En appliquant ces principes à la disposition relative à l'éducation du traité n° 11, les avantages accordés par ladite disposition ne s'appliquent pas au-delà des limites de la région visée par le traité.

À la date de signature du traité n° 11, les enfants autochtones recevaient déjà des services d'éducation gratuits dans les écoles qui étaient alors en place. La disposition relative à l'éducation du traité n° 11 visait simplement à confirmer une situation qui existait déjà. Pour interpréter les traités, il faut tenir compte tant du contexte historique, y compris l'intention que les parties avaient lorsqu'elles ont signé le traité, que des faits survenus peu avant ou après la signature du document. Il ressort également du rapport détaillé qui a précédé la signature du traité n° 11 que la principale préoccupation des bandes était d'obtenir des services médicaux et des écoles à chaque poste. Il n'était pas prévu que les enfants poursuivraient leurs études dans un autre pays ou dans une autre région. Les bandes ont négocié les avantages à chaque poste au profit de leurs collectivités

context in which Treaty No. 11 was negotiated, that the schools, as well as the medical attendance were required in the geographical area defined in the treaty. All the other provisions of Treaty No. 11 relate to geographical boundaries as described therein. The logical interpretation of the education provision was that benefit would be provided only within the defined area. It was not conceivable that the Natives, at the time of signing, understood the terms of the education provision as conferring on them a universal right to education, i.e. free schooling outside the defined treaty area or territory.

Such an interpretation did not render the provision meaningless. It did confer advantages on treaty children. In fact, *Constitution Act, 1982*, subsection 35(1) constitutionally guarantees them access to free education. The extent of that constitutional safeguard was: (1) access to free education; (2) confined to the area defined in the treaty; (3) akin or equivalent to the education provided to non-Native children in the public school system.

As the education provision in Treaty No. 11 was found not to extend beyond the boundaries of the treaty area, the plaintiffs' claims concerning school taxes also failed.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(24).

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; (1996), 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 181 A.R. 321; 37 Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; (1990), 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; 30 Q.A.C. 287.

##### REFERRED TO:

*Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; (1991), 83 D.L.R. (4th) 381;

respectives. Compte tenu du contexte dans lequel le traité n° 11 a été négocié, il y a lieu de conclure que les écoles ainsi que les services médicaux étaient demandés dans la région géographique délimitée dans le traité. Toutes les autres dispositions du traité n° 11 concernent les limites géographiques qui y sont décrites. En toute logique, la disposition relative à l'éducation visait à offrir des avantages à l'intérieur de la région définie seulement. Il est inconcevable qu'à la date de signature, les autochtones aient compris que la disposition relative à l'éducation leur accordait un droit universel à l'éducation, c'est-à-dire le droit à l'éducation gratuite en dehors de la région définie par le traité.

Cette interprétation n'enlève pas tout son sens à la disposition. Celle-ci confère des avantages aux enfants visés par un traité. En fait, aux termes du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ces enfants bénéficient d'une garantie constitutionnelle quant au droit à l'éducation gratuite. Cette garantie constitutionnelle est la suivante: (1) les enfants ont accès à l'éducation gratuite; (2) cet accès se limite au territoire défini dans le traité; (3) l'éducation gratuite ainsi offerte doit être semblable ou équivalente à celle qui est offerte aux enfants non autochtones dans le réseau d'écoles publiques.

Comme la disposition relative à l'éducation du traité n° 11 ne s'applique pas au-delà des limites du territoire visé par le traité, les réclamations des demandeurs au sujet des taxes scolaires échouent également.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur de 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(24).

*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. 35.

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; (1996), 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 181 A.R. 321; 37 Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; (1990), 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; 30 Q.A.C. 287.

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; (1991), 83 D.L.R. (4th) 381;

[1991] 3 C.N.L.R. 79; 127 N.R. 147; 46 O.A.C. 396; 20 R.P.R. (2d) 50; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; (1996), 133 D.L.R. (4th) 658; [1996] 5 W.W.R. 305; 74 B.C.A.C. 161; 19 B.C.L.R. (3d) 201; 105 C.C.C. (3d) 481; [1996] 3 C.N.L.R. 178; 35 C.R.R. (2d) 189; 196 N.R. 1; 121 W.A.C. 161; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 80 B.C.A.C. 81; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; (1996), 137 D.L.R. (4th) 528; [1996] 9 W.W.R. 114; 80 B.C.A.C. 269; 23 B.C.L.R. (3d) 114; 109 C.C.C. (3d) 129; [1996] 4 C.N.L.R. 130; 50 C.R. (4th) 181; 200 N.R. 321; 130 W.A.C. 269; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; [1996] 9 W.W.R. 149; 79 B.C.A.C. 161; 23 B.C.L.R. (3d) 155; 109 C.C.C. (3d) 193; [1996] 4 C.N.L.R. 65; 50 C.R. (4th) 111; 200 N.R. 189; 129 W.A.C. 161; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; (1996), 138 D.L.R. (4th) 657; 110 C.C.C. (3d) 97; [1996] 4 C.N.L.R. 1; 202 N.R. 89; *R. v. Côté*, [1996] 3 R.S.C. 139.

ACTIONS for reimbursement of certain costs associated with the education of Aboriginal persons not living on reserve lands under the education provision of Treaty No. 11. Actions dismissed.

COUNSEL:

*John R. Haig, Q.C.*, for defendant.

APPEARANCE:

Joyce Wilma Beattie and Bruce Allan Beattie on their own behalf.

SOLICITOR:

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

PLAINTIFFS ON THEIR OWN BEHALF:

Joyce Wilma Beattie and Bruce Allan Beattie, Vernon, British Columbia.

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

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This Court is seized with a number of actions wherein the plaintiffs claim damages for the Crown's refusal to comply with its treaty obligations and commitments.

[1991] 3 C.N.L.R. 79; 127 N.R. 147; 46 O.A.C. 396; 20 R.P.R. (2d) 50; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; (1996), 133 D.L.R. (4th) 658; [1996] 5 W.W.R. 305; 74 B.C.A.C. 161; 19 B.C.L.R. (3d) 201; 105 C.C.C. (3d) 481; [1996] 3 C.N.L.R. 178; 35 C.R.R. (2d) 189; 196 N.R. 1; 121 W.A.C. 161; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 80 B.C.A.C. 81; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; (1996), 137 D.L.R. (4th) 528; [1996] 9 W.W.R. 114; 80 B.C.A.C. 269; 23 B.C.L.R. (3d) 114; 109 C.C.C. (3d) 129; [1996] 4 C.N.L.R. 130; 50 C.R. (4th) 181; 200 N.R. 321; 130 W.A.C. 269; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; [1996] 9 W.W.R. 149; 79 B.C.A.C. 161; 23 B.C.L.R. (3d) 155; 109 C.C.C. (3d) 193; [1996] 4 C.N.L.R. 65; 50 C.R. (4th) 111; 200 N.R. 189; 129 W.A.C. 161; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; (1996), 138 D.L.R. (4th) 657; 110 C.C.C. (3d) 97; [1996] 4 C.N.L.R. 1; 202 N.R. 89; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.S.C. 139.

ACTIONS en remboursement de certains frais liés à l'instruction d'Autochtones ne vivant pas sur des terres de réserves en vertu de la disposition relative à l'éducation du traité n° 11. Actions rejetées.

AVOCATS:

*M<sup>e</sup> John R. Haig, c.r.*, pour la défenderesse.

ONT COMPARU:

Joyce Wilma Beattie et Bruce Allan Beattie, pour leur propre compte.

PROCUREUR:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

LES DEMANDEURS, POUR LEUR PROPRE COMPTE:

Joyce Wilma Beattie et Bruce Allan Beattie, Vernon (Columbie-Britannique).

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

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: La Cour est saisie d'un certain nombre d'actions dans lesquelles les demandeurs réclament des dommages-intérêts en raison du refus de Sa Majesté de respecter ses obligations et engagements découlant d'un traité.



The facts and the proceedings before the Court

[2] Ms. Beattie is the plaintiff in actions T-2861-90, T-2432-91, T-2433-91 and T-2271-93. Mr. and Ms. Beattie are joint plaintiffs in actions T-2268-93, T-2269-93 and T-2270-93.

[3] Mr. and Ms. Beattie reside on Godey Creek Road near the city of Merritt, British Columbia. They are the natural parents and guardians of Nikota Josette Janvier Beattie and T'Seluq François Harris Beattie. Ms. Beattie, her daughter and her son are Indians pursuant to section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*<sup>1</sup> and are Aboriginal persons of Canada pursuant to subsection 35(2) of the *Constitution Act, 1982*<sup>2</sup>. They are registered as Indians, pursuant to the *Indian Act*,<sup>3</sup> and are members of the Fort Good Hope Indian Band. Although they are registered members of the latter Indian Band, they do not live on the reserve land. Rather, as indicated above, they live near the city of Merritt, British Columbia.

[4] In these actions, the plaintiffs claim rights under the "education provision" in Treaty No. 11 which was signed on July 21, 1921 at Fort Good Hope. That provision reads as follows:

Further, His Majesty agrees to pay the salaries of teachers to instruct the children in such a manner as His Majesty's government may deem advisable.

#### I. The Actions

##### A. Claims Concerning Tuition Fees and Other Related Expenses

###### (a) Court File No. T-2861-90

[5] On or around July 2, 1990, the plaintiff, Joyce Wilma Beattie, requested funding from the Department of Indian Affairs and Northern Development to cover the costs of tuition and accommodation for her daughter, Nikota Josette Janvier Beattie, at Maxwell International Baha'i School, a private school in which the plaintiff wished to register her child. The plaintiff was advised that the only payment the Department was

Les faits et les procédures engagées devant la Cour

[2] M<sup>me</sup> Beattie est demanderesse dans les actions T-2861-90, T-2432-91, T-2433-91 et T-2271-93. M. et M<sup>me</sup> Beattie sont codemandeurs dans les actions T-2268-93, T-2269-93 et T-2270-93.

[3] M. et M<sup>me</sup> Beattie résident à Godey Creek Road, près de la ville de Merritt, en Colombie-Britannique. Ils sont les parents naturels et les tuteurs de Nikota Josette Janvier Beattie et de T'Seluq François Harris Beattie. M<sup>me</sup> Beattie, sa fille et son fils sont des Indiens au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>1</sup> et des membres de «peuples autochtones du Canada» au sens du paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>2</sup>. Ils sont inscrits à titre d'Indiens conformément à la *Loi sur les Indiens*<sup>3</sup> et sont membres de la Bande indienne de Fort Good Hope. Même s'ils sont des membres inscrits de cette dernière bande indienne, ils ne vivent pas sur la terre de la réserve. Ils habitent plutôt, tel qu'il est mentionné ci-dessus, près de la ville de Merritt, en Colombie-Britannique.

[4] Dans les présentes actions, les demandeurs invoquent des droits découlant de la «disposition relative à l'éducation» du traité n° 11, qui a été signé le 21 juillet 1921 à Fort Good Hope. Voici le texte de cette disposition:

En outre, Sa Majesté s'engage à payer le salaire des maîtres d'écoles que son gouvernement du Canada jugera nécessaires pour instruire les enfants des Indiens.

#### I. Les actions

##### A. Réclamations concernant les frais de scolarité et d'autres frais connexes

###### a) Dossier n° T-2861-90

[5] Vers le 2 juillet 1990, la demanderesse, Joyce Wilma Beattie, a demandé au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien des fonds couvrant les frais de scolarité et de logement de sa fille, Nikota Josette Janvier Beattie, afin de permettre à celle-ci de poursuivre ses études à l'école privée portant le nom de Maxwell International Baha'i School. La demanderesse a été avisée que le seul montant que le Ministère

prepared to make towards tuition and accommodation costs for Nikota Beattie was tuition in an amount equal to that payable under the British Columbia Master Tuition Agreement. Notwithstanding the position of the Department, the plaintiff chose to enrol her child at the Maxwell International Baha'i School. The school was advised that the Department was prepared to provide \$4,726 as a contribution towards the tuition costs.

[6] Ms. Beattie now claims \$7,824, which represents the difference between the total costs of her daughter's schooling at Maxwell International Baha'i School and the amount actually paid by the Department. She claims that these fees were to be paid by the defendant under the terms of the education provision in Treaty No. 11.

(b) Court File No. T-2433-91

[7] On July 15, 1992, the plaintiff's daughter commenced a Royal Life Saving Society Canada Aquatic Lifeguard training program conducted by the city of Merritt. She completed her course on August 12, 1991. The plaintiff advised the defendant of her intention to enrol Nikota in the lifeguard training program. It is argued that, by failing to advise to the contrary, the defendant deemed advisable the manner of instruction offered to Nikota.

[8] The plaintiff paid to the city of Merritt instruction fees in the amount of \$81 and examination fees in the amount of \$27.50 for her daughter's enrolment in that program. She submits that these fees (the sum of \$108.50) were to be paid for by the defendant under the education provision in Treaty No. 11.

(c) Court File No. T-2268-93

[9] Nikota Josette Janvier Beattie commenced on July 24, 1993, and completed on August 22, 1993, a National Lifeguard Service Award training program, conducted by the city of Merritt, British Columbia. She also completed, on August 18, 1993, a Cardio-

était disposé à verser à l'égard des frais de scolarité et de logement pour Nikota Beattie était le montant des frais de scolarité correspondant à la somme exigible à ce titre aux termes de la British Columbia Master Tuition Agreement (entente cadre avec la Colombie-Britannique au sujet des frais de scolarité). Malgré la position du Ministère, la demanderesse a décidé d'inscrire sa fille à la Maxwell International Baha'i School. L'école a été avisée que le Ministère était disposé à verser un montant de 4 726 \$ à titre de contribution à l'égard des frais de scolarité.

[6] M<sup>me</sup> Beattie réclame maintenant une somme de 7 824 \$ qui représente la différence entre le montant total des frais qu'elle a dû payer pour permettre à sa fille d'étudier à la Maxwell International Baha'i School et le montant que le Ministère a effectivement payé. Elle invoque à cette fin la disposition relative à l'éducation du traité n° 11.

b) Dossier n° T-2433-91

[7] Le 15 juillet 1992, la fille de la demanderesse a entrepris un programme de formation des sauveteurs de la Société royale de sauvetage du Canada, qui était offert par la ville de Merritt. Elle a terminé son cours le 12 août 1991. La demanderesse a avisé la défenderesse de son intention d'inscrire Nikota au programme de formation des sauveteurs. Elle soutient que, comme elle ne lui a pas donné d'avis indiquant le contraire, la défenderesse est présumée avoir jugé que le cours offert à Nikota était nécessaire.

[8] La demanderesse a versé à la ville de Merritt les frais du cours, qui s'élevaient à 81 \$, et les frais d'examen de 27,50 \$. Elle soutient que ces frais (qui s'élèvent au total à 108,50 \$) auraient dû être payés par la défenderesse, compte tenu de la disposition relative à l'éducation du traité n° 11.

c) Dossier n° T-2268-93

[9] Nikota Josette Janvier Beattie a entrepris le 24 juillet 1993 et terminé le 22 août 1993 un programme de formation du National Lifeguard Service Award (service national des sauveteurs), qui était offert par la ville de Merritt, en Colombie-Britannique. Elle a

Pulmonary Resuscitation training course, conducted by the St. John Ambulance at Kamloops, British Columbia. The plaintiffs advised the defendant of their intention to enrol Nikota in these training programs. It is submitted that, by failing to advise to the contrary, the defendant deemed advisable the manner of instruction provided to Nikota.

[10] Mr. and Ms. Beattie paid to the city of Merritt instruction fees in the amount of \$254 and to St. John Ambulance instruction fees of \$27. The salaries of the lifeguard training teachers were paid by the plaintiffs by way of these instructions fees. It is submitted that, under the terms of the education provision in Treaty No. 11, the fees should have been paid by the defendant. As a consequence, Mr. and Ms. Beattie claim damages in the amount of \$281.

(d) Court File No. T-2269-93

[11] From November 28, 1992 to June 29, 1993, the plaintiffs' son, T'Seluq François Harris Beattie, was a full-time student enrolled in grade 12 at Mount Baker Senior Secondary School in Cranbrook, British Columbia. The plaintiffs advised the defendant of their intention to enrol their child at the Mount Baker Senior Secondary School. Here again, the plaintiffs submit that, by failing to advise to the contrary, the defendant deemed advisable the manner of instruction provided by T'Seluq.

[12] The Ktunaxa Independent School Society located on the St. Mary's Indian reserve near Cranbrook paid all of the applicable tuition fees for T'Seluq's grade 12 instruction to the school during the 1992-1993 school year. The costs of necessary travel and accommodation, however, were paid for by the plaintiffs. It is alleged that they should have been paid by the defendant under the education provision in Treaty No. 11. As a result, Mr. and Ms. Beattie claim damages in the amount of \$3,885.60.

également terminé, le 18 août 1993, un cours de formation en réanimation cardio-pulmonaire, qui était offert par l'Ambulance St-Jean à Kamloops (Colombie-Britannique). Les demandeurs ont informé la défenderesse de leur intention d'inscrire Nikota à ces programmes de formation. Ils soutiennent qu'en omettant de les aviser du contraire, la défenderesse a indiqué qu'elle jugeait nécessaires les cours offerts à Nikota.

[10] M. et M<sup>me</sup> Beattie ont versé à la ville de Merritt des frais de 254 \$ à l'égard de la formation ainsi qu'un montant de 27 \$ à l'égard du cours de l'Ambulance St-Jean. En acquittant ces frais, les demandeurs ont payé les salaires des instructeurs qui ont dispensé cette formation et soutiennent que, compte tenu de la disposition relative à l'éducation du traité n° 11, c'est la défenderesse qui aurait dû payer ces montants. Ils réclament donc un montant de 281 \$ à titre de dommages-intérêts.

d) Dossier n° T-2269-93

[11] Du 28 novembre 1992 au 29 juin 1993, le fils des demandeurs, T'Seluq François Harris Beattie, a étudié à temps plein à la Mount Baker Senior Secondary School de Cranbrook (Colombie-Britannique), où il était inscrit en 12<sup>e</sup> année. Les demandeurs ont informé la défenderesse de leur intention d'inscrire leur fils à cette école. Encore là, ils soutiennent qu'en omettant de les aviser du contraire, la défenderesse a indiqué qu'elle jugeait nécessaire l'instruction offerte à T'Seluq.

[12] La Ktunaxa Independent School Society, qui se trouve sur la réserve indienne de St-Mary's, près de Cranbrook, a payé tous les frais de scolarité applicables à l'égard de la formation académique de T'Seluq pour la 12<sup>e</sup> année au cours de l'année scolaire 1992-1993. Toutefois, ce sont les demandeurs qui ont payé les frais relatifs aux déplacements et au logement nécessaires. Ils soutiennent que c'est la défenderesse qui aurait dû payer ces frais aux termes de la disposition relative à l'éducation du traité n° 11 et réclament donc un montant de 3 885,60 \$ à titre de dommages-intérêts.

## (e) Court File No. T-2270-93

[13] From August 18, 1992 to June 25, 1993, Nikota resided in the town of Lesparre, France and was a full-time student enrolled in the Education Foundation Foreign Study—High School Year in France. The plaintiffs advised the defendant of their intention to enrol Nikota in the foreign study program for the 1992-1993 school year. While the plaintiffs assert and maintain that the defendant deemed the manner of instruction advisable, the defendant states it never did.

[14] The program fees and other associated costs for the foreign study program totalled \$7,855, of which the Shackan-Nooaitch Administration located in Merritt, British Columbia paid \$6,160. The balance of \$1,695 was paid by the plaintiffs. It is submitted that, under the terms of the education provision in Treaty No. 11, the latter amount should have been paid by the defendant.

## B. Claims Concerning School Taxes

## (a) Court File No. T-2431-91

[15] Ms. Beattie claims for recovery of school taxes which she had to pay to the province of British Columbia for the 1991-1992 school term, during which both of her children attended the Merritt Senior Secondary School. The salaries of public school teachers are paid by the province of British Columbia from general revenues collected in part from school taxes levied against British Columbia real property owners. Accordingly, the payment of the plaintiff's school taxes for 1991-1992 was to be arranged by the defendant pursuant to the education provision of Treaty No. 11. She therefore claims damages in the amount of \$211.34.

## (b) Court File No. T-2271-93

[16] Throughout the 1992-1993 school year, the plaintiff's son, T'Seluq François Harris Beattie, was a

## e) Dossier n° T-2270-93

[13] Du 18 août 1992 au 25 juin 1993, Nikota a résidé dans la ville de Lesparre (France) et était une étudiante à temps plein inscrite à l'Education Foundation Foreign Study—High School Year (école secondaire de la fondation pour l'éducation à l'étranger) en France. Les demandeurs ont avisé la défenderesse de leur intention d'inscrire Nikota au programme d'études étrangères pour l'année scolaire 1992-1993. Ils soutiennent que la défenderesse a jugé cette méthode d'instruction nécessaire, mais celle-ci allègue le contraire.

[14] Les frais de scolarité et les autres frais connexes du programme d'études étrangères totalisaient 7 855 \$; de ce montant, la Shackan-Nooaitch Administration, située à Merritt (Colombie-Britannique), a versé une somme de 6 160 \$. Les demandeurs ont payé le solde, soit un montant de 1 695 \$. Ils soutiennent que, compte tenu de la disposition relative à l'éducation du traité n° 11, c'est la défenderesse qui aurait dû payer ce dernier montant.

## B. Réclamations concernant les taxes scolaires

## a) Dossier n° T-2431-91

[15] M<sup>me</sup> Beattie demande le remboursement des taxes scolaires qu'elle a dû payer à la province de la Colombie-Britannique pour l'année scolaire 1991-1992, au cours de laquelle ses deux enfants ont poursuivi leurs études à la Merritt Senior Secondary School. La province de la Colombie-Britannique paie les salaires des enseignants des écoles publiques à même les recettes générales provenant en partie des taxes scolaires exigées des propriétaires fonciers de la Colombie-Britannique. En conséquence, la défenderesse aurait dû prendre des dispositions en vue du paiement des taxes scolaires acquittées par la demanderesse pour l'année 1991-1992 conformément à la disposition relative à l'éducation du traité n° 11. La demanderesse réclame donc un montant de 211,34 \$ à titre de dommages-intérêts.

## b) Dossier n° T-2271-93

[16] Pendant toute l'année scolaire 1992-1993, le fils de la demanderesse, T'Seluq François Harris Beattie,

student in full-time attendance at Mount Baker Senior Secondary School in Cranbrook, British Columbia. That school is an institution of the British Columbia public school system. The salaries of teachers employed by the public school system are paid by the province from general revenues collected in part from school taxes levied against real property located in British Columbia. The province levied school taxes on the plaintiffs in the amount of \$202.14 for the year 1992 and \$116.70 for the year 1993. The defendant refused to make arrangements for the payment of the school taxes. Ms. Beattie claims damages in the amount of \$318.94.

## II. The Parties' Submissions

### A. Claims Concerning Tuition Fees and Other Related Expenses

#### (a) The Plaintiffs

[17] In essence, the plaintiffs contend that the education provision in Treaty No. 11 must be construed very broadly. In particular, the plaintiffs submit that the education clause has no necessary connection to the land ceded, does not relate to either land use or legal jurisdiction, and the obligation to pay teachers' salaries is not expressly made payable at any specific location.

[18] Furthermore, pursuant to section 35 of the *Constitution Act, 1982*, the treaty rights conferred upon the plaintiffs by the education provision in Treaty No. 11 have been recognized and affirmed. Recognition and affirmation require sensitivity and respect for the rights in question. Thus, under the terms of that provision, the defendant had a constitutional obligation *vis-à-vis* the plaintiffs "to pay the salaries of teachers to instruct the children in such a manner as His Majesty's government may deem advisable".

[19] The Crown's obligations under the education provision are intrinsically limited by the use of the words "in such a manner as His Majesty's government may deem advisable". In this regard, the plaintiffs

a étudié à temps plein à la Mount Baker Senior Secondary School, située à Cranbrook (Colombie-Britannique). Il s'agit d'une école qui fait partie du réseau d'écoles publiques de la Colombie-Britannique. Les salaires des enseignants faisant partie du réseau d'écoles publiques sont payés par la province à même les recettes générales provenant en partie des taxes scolaires exigées des propriétaires fonciers de la Colombie-Britannique. La province a exigé des demandeurs des taxes scolaires s'établissant à 202,14 \$ pour l'année 1992 et à 116,70 \$ pour l'année 1993. La défenderesse a refusé de prendre des dispositions en vue du paiement des taxes scolaires. M<sup>me</sup> Beattie réclame un montant de 318,94 \$ à ce titre.

## II. Les arguments des parties

### A. Réclamations concernant les frais de scolarité et les autres frais connexes

#### a) Les demandeurs

[17] Les demandeurs soutiennent essentiellement que la disposition relative à l'éducation du traité n° 11 doit être interprétée de façon très large. Plus précisément, ils font valoir que cette disposition n'est pas nécessairement liée à la terre cédée, qu'elle ne concerne pas non plus l'utilisation des terres ou la compétence juridique et que l'obligation de payer les salaires des maîtres d'écoles ne doit pas expressément être remplie à un endroit précis.

[18] De plus, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a pour effet de reconnaître et de confirmer les droits issus de traités qui sont accordés aux demandeurs par la disposition relative à l'éducation du traité n° 11. Par conséquent, ces droits doivent être respectés et pris en compte. Ainsi, selon cette disposition, la défenderesse avait l'obligation constitutionnelle, envers les demandeurs, «de payer le salaire des maîtres d'écoles que son gouvernement du Canada jugera nécessaires pour instruire les enfants des Indiens».

[19] Les obligations de Sa Majesté aux termes de la disposition relative à l'éducation sont fondamentalement restreintes par l'utilisation des mots «que son gouvernement du Canada jugera nécessaires». Sur ce

stress that the defendant's practice, at all levels from pre-school to graduate studies, has been to provide education funding directly to the Indians or indirectly through third party educational institutions or organizations. It is submitted that this method of funding is an appropriate and probably the only practical contemporary application of the defendant's Treaty No. 11 obligations. Put another way, the defendant has elected to vest its discretion with the parents, assuming that they accept such delegation. In the instant case, the plaintiffs did accept the responsibility to choose an advisable manner of instruction. As a result of the foregoing, the plaintiffs submit that the proper interpretation of the Treaty No. 11 entitlement to free education is to hold the Crown liable for payment of all costs, of every nature, that are necessarily and directly incurred by the parent to whom authority has been delegated.

[20] To hold otherwise, they submit, would deprive the provision of any meaningful sense, place the Treaty No. 11 Indians in the same position as non-treaty Indians, and fly in the face of the priority which must be given to the Crown's constitutionally recognized and affirmed treaty obligations.

(b) The Defendant

[21] The defendant first submits that the federal Crown intended, and the Natives understood, that the subject of the education provision in Treaty No. 11 was schooling in the schools then in existence in the treaty area. Although the wording of the provision does not specifically set out the purpose or location of the "instruction", they can properly be inferred by examining both the historical context and the general purpose of the treaty as a whole.

[22] Another reason to conclude that the education provision is to be interpreted as providing for such benefits within the treaty area can be found in a

point, les demandeurs font valoir que, à tous les niveaux depuis le niveau préscolaire jusqu'aux études supérieures, la défenderesse a fourni les fonds relatifs à l'éducation directement aux Indiens ou indirectement par l'entremise de tierces parties, qu'il s'agisse d'établissements d'enseignement ou d'organisations vouées à l'éducation. Selon les demandeurs, cette méthode de financement constitue une application satisfaisante et probablement la seule application contemporaine pratique des obligations de la défenderesse aux termes du traité n° 11. En d'autres termes, la défenderesse a décidé de déléguer son pouvoir discrétionnaire aux parents, pourvu qu'ils acceptent cette déléation. Dans la présente affaire, les demandeurs ont accepté la responsabilité de choisir l'instruction nécessaire. Compte tenu de ce qui précède, les demandeurs font valoir que la bonne façon d'interpréter le traité n° 11 et le droit à l'éducation gratuite est de tenir Sa Majesté redevable de tous les frais, quelle qu'en soit la nature, qui sont nécessairement et directement engagés par le parent auquel le pouvoir a été délégué.

[20] S'il devait en être autrement, disent-ils, la disposition n'aurait aucun sens significatif et les Indiens auxquels le traité n° 11 s'applique se trouveraient dans la même situation que les Indiens qui ne sont visés par aucun traité. De plus, cette décision irait à l'encontre de l'obligation d'accorder la priorité aux obligations de Sa Majesté qui sont issues d'un traité dont la validité constitutionnelle a été reconnue et confirmée.

b) La défenderesse

[21] La défenderesse allègue d'abord que la disposition relative à l'éducation du traité n° 11 visait, comme les Autochtones l'ont compris, la formation académique dans les écoles existant alors dans la région visée par le traité. Même si la disposition en question n'indique pas de façon explicite le but ou l'emplacement de l'«instruction», ceux-ci découlent implicitement d'un examen du contexte historique et de l'objet général de l'ensemble du traité.

[22] De plus, une analyse approfondie des autres dispositions du traité permet également de conclure que la disposition relative à l'éducation offre ces

careful analysis of the other provisions of the treaty. These provisions all relate to the geographical boundaries as described in the treaty.

[23] At the outcome, the defendant turns to the *raison d'être* of Treaty No. 11. The focus of the education provision, as with other provisions, was the welfare of the Indian communities. By securing and enhancing the education of the children, the community as a whole would benefit. In other words, such benefits would be received within and would be for the benefit of those within the treaty area.

[24] In light of the above, it is submitted that the plaintiffs, because they do not reside within the treaty area but rather, as indicated above, near the city of Merritt, B.C., are not entitled to any benefit or advantage under the terms of the education provision in Treaty No. 11.

[25] In the alternative, the defendant submits that there has been no breach of the Crown's obligation under the education provision. The education provision in Treaty No. 11 provides the Crown with complete discretion in setting the level of education and therefore the costs that can or must be incurred. It has been the policy of the government throughout all material times to provide all Native children, whether they are treaty children or not, with educational opportunities akin or equivalent to those provided to non-Native children. The defendant submits that, on the facts of the present cases, one can only come to the conclusion that the plaintiffs were at the very least granted the same opportunities as non-Native children in British Columbia.

## B. Claims Concerning School Taxes

### (a) The Plaintiffs

[26] The plaintiffs essentially refer to their previous submissions. For the above-mentioned reasons, the terms and conditions of the education provision in Treaty No. 11 are to be construed broadly. As a result,

avantages à l'intérieur de la région visée par le traité. En effet, toutes les dispositions du traité en question concernent les limites géographiques décrites dans ledit traité.

[23] En dernier lieu, la défenderesse invoque la raison d'être du traité n° 11. La disposition relative à l'éducation, comme toutes les autres dispositions, visait à assurer le bien-être des collectivités indiennes. L'ensemble de la collectivité devait en effet tirer profit de la protection du droit à l'éducation des enfants. En d'autres termes, ce sont les personnes habitant dans la région visée par le traité qui devaient bénéficier de ces avantages.

[24] Compte tenu de ce qui précède, la défenderesse soutient que, étant donné que les demandeurs n'habitent pas à l'intérieur de la région visée par le traité, mais plutôt près de la ville de Merritt (C.-B.), ils n'ont droit à aucun avantage découlant de la disposition relative à l'éducation du traité n° 11.

[25] Subsidiairement, la défenderesse fait valoir qu'aucun manquement à l'obligation de Sa Majesté n'a été commis aux termes de la disposition relative à l'éducation du traité n° 11. Cette disposition accorde à Sa Majesté un pouvoir discrétionnaire absolu en ce qui a trait à la détermination du niveau d'éducation et, par conséquent, des frais qui peuvent ou doivent être engagés. En tout temps pertinent, le gouvernement a eu pour politique d'offrir à tous les enfants autochtones, qu'ils soient visés ou non par un traité, des possibilités d'éducation semblables ou équivalentes à celles qui sont offertes aux autres enfants. Selon la défenderesse, d'après les faits établis dans les présents dossiers, il est évident que les demandeurs se sont vu offrir, à tout le moins, les mêmes possibilités que les enfants non autochtones de la Colombie-Britannique.

## B. Réclamations concernant les taxes scolaires

### a) Les demandeurs

[26] Les demandeurs réitérent essentiellement les mêmes arguments susmentionnés. Pour les motifs exposés ci-dessus, les dispositions du traité n° 11, notamment la disposition relative à l'éducation,

the plaintiffs contend they are entitled to the reimbursement of the property taxes levied against their residential property, all of which were imposed as “net school taxes”. The treaty children’s instruction being covered in full by the education provision, their parents should be allowed to recover “net school taxes” from which the salaries of their teachers were paid.

(b) The Defendant

[27] The defendant reiterates the argument it made with respect to the claims concerning the tuition fees to the effect that the scope of the benefits and advantages under the education provision in Treaty No. 11 does not extend beyond the boundaries of the treaty area.

[28] In the alternative, the defendant submits the following. Education is a public good and whether or not a property owner has children is thus immaterial. School taxes are not a payment by an individual taxpayer for education services specific to their own family, but rather a general community payment for the collective good.

[29] The defendant further argues that the plaintiff did not prove that the amount she paid as “net school taxes” is an amount she actually paid to educate her children during the years in question. The plaintiff’s “net school taxes” were intermingled with monies coming from a variety of other sources, and placed into the Consolidated/General Revenue Fund. While it can be said that the monies contained in that fund financed the operation of the Merritt School District for the years in question, one must not forget that the monies contained therein also financed the operation of numerous other school districts. Moreover, even if the plaintiff’s contribution towards the Merritt School District could be calculated, the contribution of the plaintiffs would have to be divided by the number of students in the Merritt School District during each year in order to find out the amount paid by the plaintiff for the education of her children.

doivent être interprétées de façon large. Par conséquent, les demandeurs soutiennent qu’ils ont droit au remboursement des taxes foncières exigées à l’égard de leur propriété, qui ont toutes été imposées à titre de «taxes scolaires nettes». Étant donné que l’instruction des enfants visés par un traité est entièrement couverte par cette disposition, les parents devraient avoir le droit de recouvrer les «taxes scolaires nettes» qui servent à payer les salaires des enseignants.

b) La défenderesse

[27] La défenderesse reprend l’argument qu’elle a invoqué au sujet des réclamations concernant les frais de scolarité, soit le fait que les avantages découlant de la disposition relative à l’éducation du traité n° 11 ne peuvent être invoqués au-delà des limites de la région visée par le traité.

[28] Subsidiairement, la défenderesse soutient que l’éducation est un bien public et que la question de savoir si un propriétaire foncier a des enfants ou non n’est pas importante. Les taxes scolaires ne sont pas exigées de chacun des contribuables à l’égard des services d’éducation offerts spécifiquement aux membres de leurs familles, mais représentent plutôt un montant versé à l’égard d’un bien devant profiter à l’ensemble de la collectivité.

[29] La défenderesse ajoute que la demanderesse n’a pas établi que le montant qu’elle a payé à titre de «taxes scolaires nettes» constitue un montant qu’elle a effectivement versé pour assurer la formation scolaire de ses enfants au cours des années en question. Les montants payés par la demanderesse au titre des «taxes scolaires nettes» ont été confondus avec d’autres sommes d’argent provenant de plusieurs autres sources et ont été remis au trésor. Même s’il est vrai que les sommes d’argent du trésor ont servi à financer l’exploitation du district scolaire de Merritt au cours des années en question, elles ont également servi à financer l’exploitation de plusieurs autres districts scolaires. De plus, même s’il était possible de calculer la contribution de la demanderesse à l’exploitation du district scolaire de Merritt, il faudrait diviser cette contribution par le nombre d’étudiants de ce district au cours de chaque année pour déterminer le montant que



### III. The Issues

[30] In light of the above, I would state the issues before this Court in the present case as follows:

1. Are the benefits under the education provision in Treaty No. 11 confined to the treaty area? and, if not,
2. Did the Crown breach its obligation in the exercise of its discretion under that provision?

### IV. Analysis

#### A. The Law on the Interpretation of Treaties

[31] It should be noted at the outset that the protection offered by section 35 of the *Constitution Act, 1982* extends to both Aboriginal and treaty rights. While most of the Supreme Court of Canada case law deals with the application of the constitutional safeguard in the context of Aboriginal rights,<sup>4</sup> the recent decision of *R. v. Badger*<sup>5</sup> provides guidance in identifying the principles to be applied in approaching treaty interpretation. Cory J., writing for the majority, summarized the applicable principles as follows:

... a treaty represents an exchange of solemn promises between the Crown and the various Indian nations. It is an agreement whose nature is sacred. See *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1063; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 401 . . . the honour of the Crown is always at stake in its dealing with Indian people. Interpretations of treaties and statutory provisions which have an impact upon treaty or aboriginal rights must be approached in a manner which maintains the integrity of the Crown. It is always assumed that the Crown intends to fulfil its promises. No appearance of "sharp dealing" will be sanctioned. See *Sparrow, supra*, at pp. 1107-8 and 1114; *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (Ont. C.A.), at p. 367 . . . any ambiguities or doubtful expressions in the wording of the treaty or document must be resolved in favour of the Indians. A corollary to this principle is that any limitations which restrict the rights of Indians under treaties must be narrowly construed. See *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36; *Simon, supra*, at p. 402; *Sioui, supra*, at

la demanderesse a versé à l'égard de l'éducation de ses enfants.

### III. Les questions en litige

[30] Compte tenu de ce qui précède, voici comment je formulerais les questions que la Cour doit trancher dans les présents litiges:

1. Les avantages découlant de la disposition relative à l'éducation du traité n° 11 se limitent-ils à la région visée par le traité? Dans la négative,
2. Sa Majesté a-t-elle commis un manquement dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de cette disposition?

### IV. Analyse

#### A. Le droit concernant l'interprétation des traités

[31] Il convient de souligner dès le départ que la protection offerte par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'applique à la fois aux droits ancestraux et aux droits issus de traités. Même si la plupart de ses décisions concernent l'application de la protection constitutionnelle dans le contexte des droits ancestraux<sup>4</sup>, dans le récent arrêt *R. c. Badger*<sup>5</sup>, la Cour suprême du Canada a formulé certains principes à appliquer pour interpréter les traités. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Cory a résumé les principes applicables comme suit:

... un traité est un échange de promesses solennelles entre la Couronne et les diverses nations indiennes concernées, un accord dont le caractère est sacré. Voir *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1063; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 401 . . . l'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsqu'elle transige avec les Indiens. Les traités et les dispositions législatives qui ont une incidence sur les droits ancestraux ou issus de traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne. Il faut toujours présumer que cette dernière entend respecter ses promesses. Aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée: *Sparrow*, précité, aux pp. 1107, 1108 et 1114; *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A. Ont.), à la p. 367 . . . toute ambiguïté dans le texte du traité ou du document en cause doit profiter aux Indiens. Ce principe a pour corollaire que toute limitation ayant pour effet de restreindre les droits qu'ont les Indiens en vertu des traités doit être interprétée de façon restrictive. Voir *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36;

p. 1035; and *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 142-43 . . . the onus of proving that a treaty or aboriginal right has been extinguished lies upon the Crown. There must be “strict proof of the fact of extinguishment” and evidence of a clear and plain intention on the part of the government to extinguish treaty rights. See *Simon*, *supra*, at p. 406; *Sioui*, *supra*, at p. 1061; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313 at p. 404.

...

Treaty rights can only be amended where it is clear that effect was intended . . . .

...

Treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and any uncertainties, ambiguities or doubtful expressions should be resolved in favour of the Indians . . . when considering a treaty, a court must take into account the context in which the treaties were negotiated, concluded and committed to writing. The treaties, as written documents, recorded an agreement that had already been reached orally and they did not always record the full extent of the oral agreement: see Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1880), at pp. 338-42; *Sioui*, *supra*, at p. 1068; *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991); Jean Friesen, *Grant me Wherewith to Make my Living* (1985) . . . the words in the treaty must not be interpreted in their strict technical sense nor subjected to rigid modern rules of construction. Rather, they must be interpreted in the sense that they would naturally have been understood by the Indians at the time of the signing. This applies, as well, to those words in a treaty which impose a limitation on the right which has been granted. See *Nowegijick*, *supra*, at p. 36; *Sioui*, *supra*, at pp. 1035-36 and 1044; *Sparrow*, *supra*, at p. 1107; and *Mitchell*, *supra*, where La Forest J. noted the significant difference that exists between the interpretation of treaties and statutes which pertain to Indians.<sup>6</sup>

## B. Application to the Facts of the Case at Hand

### (a) Claims concerning Tuition Fees and Other related Expenses

[32] From the above, I take the two following principles to be of primary importance in the circumstances of the present proceedings. First, when considering a treaty a court must take into account the context in which the treaty was negotiated. Secondly, the words must be interpreted in the sense that would naturally have been understood by the Indians at the time of the signing. Applying these principles to the

*Simon*, précité, à la p. 402; *Sioui*, précité, à la p. 1035; et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, aux pp. 142 et 143 . . . il appartient à la Couronne de prouver qu'un droit ancestral ou issu de traité a été éteint. Il faut apporter la «preuve absolue du fait qu'il y a eu extinction» ainsi que la preuve de l'intention claire et expresse du gouvernement d'éteindre des droits issus de traité. Voir *Simon*, précité, à la p. 406; *Sioui*, précité, à la p. 1061; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 404.

...

Des droits issus de traités ne peuvent être modifiés que lorsque c'est clairement cet effet qui était visé.

...

Les traités et les lois qui concernent les Indiens doivent être interprétés de façon libérale, et toute incertitude ou ambiguïté doit profiter aux Indiens . . . le tribunal qui examine un traité doit tenir compte du contexte dans lequel les traités ont été négociés, conclus et couchés par écrit. En tant qu'écrits, les traités constataient des accords déjà conclus verbalement, mais ils ne rapportaient pas toujours la pleine portée de ces ententes verbales: voir Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1880), aux pp. 338 à 342; *Sioui*, précité, à la p. 1068; *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991); Jean Friesen, *Grant me Wherewith to Make my Living* (1985) . . . le texte d'un traité ne doit pas être interprété suivant son sens strictement formaliste, ni se voir appliquer les règles rigides d'interprétation modernes. Il faut plutôt lui donner le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l'époque de sa signature. Cela vaut également pour les mots d'un traité qui ont pour effet de limiter le droit accordé dans celui-ci. Voir *Nowegijick*, précité, à la p. 36; *Sioui*, précité, aux pp. 1035, 1036 et 1044; *Sparrow*, précité, à la p. 1107; et *Mitchell*, précité, où le juge La Forest a fait état de l'importante différence qui existe entre l'interprétation des traités avec les Indiens et des lois touchant ces derniers<sup>6</sup>.

## B. Application aux faits du présent litige

### a) Réclamations concernant les frais de scolarité et les autres frais connexes

[32] Compte tenu de ce qui précède, les deux principes suivants s'appliquent et ont à mon avis une importance primordiale en l'espèce. D'abord, le tribunal qui examine un traité doit tenir compte du contexte dans lequel il a été négocié. En second lieu, il faut donner au texte du traité le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l'époque de sa signature. Après avoir appliqué ces principes à la

education clause in Treaty No. 11 and for reasons that I will amplify in the next paragraphs, I have reached the conclusion that the benefits conferred therein do not extend beyond the boundaries of the treaty area.

[33] In the years immediately prior to Treaty No. 11, the Department of Indian Affairs operated schools which followed the public school curriculum in the area. This is apparent from the following passage of the 1918 Annual Report of the Department of Indian Affairs:<sup>7</sup>

By education, the department endeavours to give the rising generation of Indians such training as will make them loyal citizens of Canada and enable them to compete successfully with their white neighbours.

In the day schools, the course of studies prescribed for the provincial public and separate schools is strictly followed, and, in this way, Indian pupils can be prepared for the entrance examination.

In the residential schools, there is opportunity for a broader education than in the day schools. Particular attention is given to the class-room work, and, in addition, the girls are taught domestic science, sewing, etc., while the boys receive instruction in farming, care of stock, and, in many schools, some useful trade.

Qualified teachers with professional training are employed wherever possible, but, in some cases, qualified teachers cannot be secured, owing to the remoteness of some Indian schools. The Department has in its employ a number of teachers, who, though without professional training, have had a long experience in Indian work, and these prove quite successful.

[34] In the Northwest Territories, the Department operated eight schools, four of which were located within the boundaries of the area defined in the subsequent Treaty No. 11.<sup>8</sup> These schools proved to be at least as efficient as the white schools similarly situated.<sup>9</sup> Thus, at the date on which Treaty No. 11 was executed, the Native children already received free education in the schools then established. It follows, in my view, that the education provision in

disposition relative à l'éducation du traité n° 11, et pour les motifs que j'exposerai plus à fond dans les paragraphes suivants, j'en suis arrivée à la conclusion que les avantages accordés par ladite disposition ne s'appliquent pas au-delà des limites de la région visée par le traité.

[33] Au cours des années qui ont précédé l'adoption du traité n° 11, le ministère des Affaires indiennes exploitait des écoles dont le programme était identique à celui des écoles publiques de la région. C'est ce qui ressort de l'extrait suivant du rapport annuel de 1918 du ministère des Affaires indiennes<sup>7</sup>:

[TRADUCTION] En offrant le droit à l'éducation, le ministère veut offrir à la nouvelle génération d'Indiens la formation qui fera d'eux des citoyens loyaux du Canada et leur permettra de faire concurrence avec succès à leurs voisins blancs.

Dans les écoles de jour, le programme d'études prescrit pour les écoles provinciales publiques et privées est suivi à la lettre et, de cette façon, les élèves indiens peuvent se préparer à l'examen d'admission.

Dans les écoles résidentielles, les élèves ont la possibilité de suivre une formation plus diversifiée que dans les écoles de jour. Une attention particulière est accordée au travail en classe; de plus, des cours d'économie domestique sont offerts aux filles (couture, etc.), tandis que les garçons peuvent suivre des cours d'exploitation agricole et des cours sur les soins à donner aux animaux et, dans bien des écoles, des cours axés sur certains métiers utiles.

Dans la mesure du possible, des maîtres d'école compétents ayant une formation professionnelle sont employés; cependant, dans certains cas, il n'est pas possible d'engager des maîtres d'école qualifiés, notamment pour certaines écoles indiennes qui sont trop éloignées. Le Ministère compte parmi ses effectifs un certain nombre d'enseignants qui, même s'ils n'ont aucune formation professionnelle, bénéficient d'une longue expérience auprès des Indiens, laquelle expérience est fort utile.

[34] Dans les Territoires du Nord-Ouest, le Ministère a exploité huit écoles, dont quatre se trouvaient à l'intérieur des limites de la région définie dans le traité n° 11 qui a été signé par la suite<sup>8</sup>. Ces écoles se sont révélées au moins aussi efficaces que les écoles de blancs situées dans la même région<sup>9</sup>. Ainsi, à la date de signature du traité n° 11, les enfants autochtones recevaient déjà des services d'éducation gratuits dans les écoles qui étaient alors en place. À mon avis,

the Treaty No. 11 only purported to confirm a pre-existing situation.

[35] This is evident also from the detailed report which preceded the execution of Treaty No. 11. That report, which Commissioner Conroy prepared in contemplation of the treaty-making process, reads thus:<sup>10</sup>

Practically all the bands dealt with wanted more provision for medical attendance at each post, schools for their children, and supplies for their old and destitute.

I pointed out that they were still able to make their own living, and that Dr. A.L. MacDonald, of the Indian Department, was then with me, and that they could see him, and that he would attend them free if they wished, but that it was impossible for the Government to furnish regular medical attention, when they were occupying such a vast tract of territory. Schools were already established, and their children receiving free education, and supplies were left at each point for the sick and destitute. [Emphasis added.]

[36] It is clear from Commissioner Conroy's remarks in the foregoing paragraph that the bands' main concern was to obtain both medical attendance and schools at each post. It was certainly not expected that the children would go to school in a distinct area or a different country. The benefits were negotiated by the bands at each post for the benefit of their respective communities.

[37] It can properly be inferred, in my opinion, given the context in which Treaty No. 11 was negotiated, that the schools as well as the medical attendance were required in the geographical area defined in the treaty. This view is reinforced by an overview of the other provisions of Treaty No. 11. The key provisions in the treaty all relate to the geographical boundaries as described therein:

Paragraph 1            The parties are the Crown and the Indians.

Paragraph 3            Inhabitants of the territories within the defined area.

il s'ensuit que la disposition relative à l'éducation du traité n° 11 visait simplement à confirmer une situation qui existait déjà.

[35] C'est ce qui ressort également du rapport détaillé qui a été préparé avant la signature du traité n° 11. Ce rapport, que le commissaire Conroy a préparé en prévision de la signature du traité, renferme les commentaires suivants<sup>10</sup>:

Pratiquement toutes les bandes avec lesquelles nous avons traité souhaitaient qu'on insiste davantage sur les soins médicaux dispensés à chaque poste, sur les écoles offertes aux enfants indiens et sur les provisions destinées aux vieillards et aux indigents.

Nous leur avons signalé également qu'ils allaient continuer d'être en mesure d'assurer leur subsistance et qu'ils pouvaient, s'ils le souhaitaient, consulter gratuitement le médecin du département des Affaires indiennes, le D<sup>r</sup> A.L. McDonald, qui m'accompagnait, mais que le gouvernement était dans l'impossibilité de leur fournir des soins médicaux de façon régulière, en raison de l'immensité de leur territoire. Nous avons ajouté qu'il existait déjà des écoles offrant à leurs enfants un enseignement gratuit, et que les malades et les indigents pouvaient trouver à chaque poste les provisions dont ils avaient besoin. [Non souligné dans l'original.]

[36] Il ressort des remarques du commissaire Conroy que la principale préoccupation des bandes était d'obtenir des services médicaux et des écoles à chaque poste. Il n'était certainement pas prévu que les enfants poursuivraient leurs études dans un autre pays ou dans une autre région. Les bandes ont négocié les avantages à chaque poste au profit de leurs collectivités respectives.

[37] À mon avis, compte tenu du contexte dans lequel le traité n° 11 a été négocié, il y a lieu de conclure que les écoles ainsi que les services médicaux étaient demandés dans la région géographique délimitée dans le traité. Cette opinion est renforcée par un aperçu des autres dispositions du traité n° 11. Les dispositions clés du traité concernent toutes les limites géographiques qui y sont décrites:

Paragraphe 1            Les parties sont Sa Majesté et les Indiens.

Paragraphe 3            Habitants des territoires à l'intérieur de la région définie.

Paragraph 5	Surrender of rights title and privileges to the lands included in the defined area.	Paragraphe 5	Abandon de droits et privilèges afférents aux terres faisant partie de la région définie.
Paragraphs 6 and 17	The defined area.	Paragaphes 6 et 17	La région définie.
Paragraphs 9, 10 and 11	Reserves within the boundaries.	Paragaphes 9, 10 et 11	Les réserves situées à l'intérieur des limites.
Paragraph 19	Obey the law within the defined area.	Paragraphe 19	Respect de la loi à l'intérieur de la région définie.

[38] I agree with counsel for the defendant that, in view of these provisions, one must conclude that the logical interpretation of the education provision is that benefit would be provided only within the defined area.

[39] The plaintiffs heavily relied upon the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Sioui*.<sup>11</sup> In that case, the issue before the Court was whether the customary activities or religious rites practised by the Hurons in Jacques-Cartier park were protected by treaty. The treaty in question, however, unlike the one before this Court, did not define any territory or area within which the rights conferred were to be exercised. There was no express mention of the territorial scope of the treaty. If anything, it flows from the decision of the Supreme Court in *Sioui*, *supra*, that in interpreting treaties importance must be given both to the historical context, including the intention of the parties when they executed the treaty, and evidence relating to facts which occurred shortly before or after the execution of the document.

[40] In the present case, it is not conceivable that the Natives, at the time of signing, understood the terms of the education provision as conferring on them a universal right to education, that is free schooling outside the defined treaty area or territory.

[41] The plaintiffs contend that if the education provision is limited to the boundaries of the defined area it will be virtually meaningless and leave the "treaty" children with no practical advantage *vis-à-vis* non-treaty Native children. For the following reasons,

[38] À l'instar de l'avocat de la défenderesse, je reconnais qu'en toute logique, la disposition relative à l'éducation visait à offrir des avantages à l'intérieur de la région définie seulement.

[39] Les demandeurs se sont fondés en grande partie sur la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'arrêt *R. c. Sioui*<sup>11</sup>, où la question à trancher était celle de savoir si les activités coutumières ou les rites religieux des Hurons dans le parc Jacques-Cartier étaient protégés par le traité. Cependant, contrairement au traité dont il est question en l'espèce, le traité examiné dans l'arrêt *Sioui* ne définissait aucun territoire ou région à l'intérieur duquel les droits conférés devaient être exercés. Il n'y avait aucune mention explicite du territoire visé par le traité. Il appert plutôt de la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'affaire *Sioui* que, pour interpréter les traités, il faut tenir compte tant du contexte historique, y compris l'intention que les parties avaient lorsqu'elles ont signé le traité, que des faits survenus peu avant ou après la signature du document.

[40] Dans la présente affaire, il est inconcevable qu'à la date de signature, les Autochtones aient compris que la disposition relative à l'éducation leur accordait un droit universel à l'éducation, c'est-à-dire le droit à l'éducation gratuite en dehors de la région définie par le traité.

[41] Les demandeurs soutiennent que, si la disposition relative à l'éducation s'applique uniquement à l'intérieur des limites du territoire défini, elle sera dépourvue de tout sens pratique et n'offrira aux enfants visés par le «traité» aucun avantage pratique

I find this argument to be ill-founded.

[42] As indicated above, the proper interpretation of the education provision is that benefit would be provided only within the boundaries of the defined territory. This does not, in my opinion, render the provision meaningless. I would further add that such an interpretation does confer advantages upon treaty children. In fact, by virtue of subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, they are constitutionally guaranteed to have access to free education. The extent of that constitutional safeguard is, in my opinion, as follows:

1. They are to have access to free education;
2. The free education, however, is confined to the area defined in the treaty;
3. The free education provided in the schools established therein must be akin or equivalent to the education provided to non-Native children in the public school system.

[43] In view of my conclusion, I find it unnecessary to discuss the defendant's alternative position. The plaintiffs' actions are therefore dismissed with costs.

(b) Claims Concerning School Taxes

[44] In light of my finding that the education provision in Treaty No. 11 does not extend beyond the boundaries of the treaty area, I am of the opinion that the plaintiffs' claims concerning school taxes must also fail and they are accordingly dismissed with costs.

<sup>1</sup> 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].

<sup>2</sup> Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. I-5, as amended.

par rapport aux autres enfants. À mon sens, cet argument n'est pas fondé.

[42] Comme je l'ai mentionné plus haut, la disposition relative à l'éducation devait offrir des avantages uniquement à l'intérieur des limites du territoire défini. À mon avis, cette conclusion n'enlève pas tout son sens à cette disposition. J'ajouterais également que cette interprétation confère des avantages aux enfants visés par un traité. En fait, aux termes du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ces enfants bénéficient d'une garantie constitutionnelle quant au droit à l'éducation gratuite. Cette garantie constitutionnelle est la suivante:

1. Les enfants ont accès à l'éducation gratuite;
2. Cependant, cet accès se limite au territoire défini dans le traité;
3. L'éducation gratuite offerte dans les écoles établies dans le territoire en question doit être semblable ou équivalente à celle qui est offerte aux enfants non autochtones dans le réseau d'écoles publiques.

[43] Compte tenu de la conclusion à laquelle j'en suis arrivée, il n'est pas nécessaire d'examiner la position subsidiaire de la défenderesse. Par conséquent, les actions des demandeurs sont rejetées avec dépens.

b) Réclamations concernant les taxes scolaires

[44] Compte tenu de ma conclusion selon laquelle la disposition relative à l'éducation du traité n° 11 ne s'applique pas au-delà des limites du territoire visé par le traité, je suis d'avis que les réclamations des demandeurs au sujet des taxes scolaires doivent également échouer; par conséquent, les actions en question sont rejetées avec dépens.

<sup>1</sup> 30 et 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].

<sup>2</sup> Annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. I-5, et ses modifications.

<sup>4</sup> *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, and *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139.

<sup>5</sup> [1996] 1 S.C.R. 771.

<sup>6</sup> *Ibid.*, at pp. 793-794, 796-797, 798-799.

<sup>7</sup> The plaintiffs and defendant's joint Book of Historical Documents, Tab No. 5.

<sup>8</sup> The plaintiffs and defendant's joint Book of Historical Documents, Tab No. 7.

<sup>9</sup> The plaintiffs and defendant's joint Book of Historical Documents, Tab No. 6.

<sup>10</sup> The plaintiffs and defendant's joint Book of Historical Documents, Tab No. 15.

<sup>11</sup> [1990] 1 S.C.R. 1025.

<sup>4</sup> *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, et *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

<sup>5</sup> [1996] 1 R.C.S. 771.

<sup>6</sup> *Ibid.*, aux p. 793, 794, 797, 798, 799.

<sup>7</sup> Volume conjoint de documents historiques des demandeurs et de la défenderesse, onglet n° 5.

<sup>8</sup> Volume conjoint de documents historiques des demandeurs et de la défenderesse, onglet n° 7.

<sup>9</sup> Volume conjoint de documents historiques des demandeurs et de la défenderesse, onglet n° 6.

<sup>10</sup> Volume conjoint de documents historiques des demandeurs et de la défenderesse, onglet n° 15.

<sup>11</sup> [1990] 1 R.C.S. 1025.

A-129-95

A-129-95

Neil Soper (*Appellant*)Neil Soper (*appelant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)Sa Majesté la Reine (*intimée*)

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

RÉPERTORIÉ: SOPER c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Marceau, Linden and Robertson J.J.A.—Vancouver, May 20; Ottawa, June 27, 1997.

Cour d'appel, juges Marceau, Linden et Robertson, J.C.A.—Vancouver, 20 mai; Ottawa, 27 juin 1997.

*Income tax — Corporations — Appeal from T.C.C. decision taxpayer not satisfying “due diligence” defence in Income Tax Act, s. 227.1(3) — S. 227.1(3) enabling directors to escape liability for unremitted amounts required to be withheld from employees' salaries if establishing exercised degree of care, diligence and skill to prevent failure that reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances — When taxpayer, experienced businessman, becoming director, receiving balance sheet showing net loss of \$132,000 — Neither employees nor other Board members discussing with taxpayer company's failure to make tax remittances — Taxpayer never inquiring whether company complying with remittance obligations — Appeal dismissed — Analysis of common law duty of care, set out in City Equitable Fire Insurance Co., In re, [1925] Ch. 407 (C.A.), whether and to what extent modified by s. 227.1(3) — Meaning of each component i.e. skill, care diligence — Standard of care under s. 227.1(3) containing both objective, subjective elements — More difficult for inside directors to establish due diligence defence — Unless reasons for suspicion, outside directors may rely on day-to-day corporate managers to pay debt obligations — Positive duty to act arising when aware of facts leading to conclusion could reasonably be potential problem with remittances — Whether standard of care met question of fact to be resolved in light of personal knowledge, experience of director — Given ample business experience, taxpayer under positive duty to act when received balance sheet — Not misled, frustrated by other company officials — Doing nothing inadequate to discharge burden imposed by s. 227.1(3).*

*Impôt sur le revenu — Corporations — Appel de la décision par laquelle la C.C.I. a statué que le contribuable n'avait pas satisfait aux exigences de la «défense de diligence raisonnable» prévue à l'art. 227.1(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Cette disposition permet aux administrateurs d'échapper à la responsabilité en cas de manquement à l'obligation de verser des sommes retenues sur la rémunération des employés s'ils démontrent qu'ils ont agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables — Au moment de sa nomination au sein du conseil d'administration, le contribuable, un homme d'affaires chevronné, a reçu un exemplaire du bilan qui indiquait un déficit de 132 000 \$ — Aucun employé ni aucun autre membre du conseil d'administration n'a discuté avec le contribuable du défaut de la société de faire des versements d'impôt — Le contribuable n'a jamais demandé si la société s'acquittait des obligations de versement — Appel rejeté — Analyse de l'obligation de prudence en common law énoncée dans l'arrêt City Equitable Fire Insurance Co., In re, [1925] Ch. 407 (C.A.), et de la question de savoir si l'art. 227.1(3) a modifié cette obligation et dans quelle mesure il l'a fait — Sens de chaque élément constitutif, à savoir compétence, soin et diligence — La norme de prudence prévue à l'art. 227.1(3) contient des éléments objectifs et des éléments subjectifs — Il est plus difficile pour les administrateurs internes d'invoquer la défense de diligence raisonnable — À moins qu'il n'existe des motifs d'avoir des soupçons, les administrateurs externes peuvent se fier aux personnes qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société pour payer des dettes — L'obligation expresse d'agir prend naissance lorsqu'un administrateur prend conscience de faits qui l'amènent à conclure que les versements pourraient vraisemblablement poser un problème potentiel — La question de savoir si un administrateur a satisfait à la norme de prudence est une question de fait qu'il faut trancher à la lumière des connaissances personnelles et de l'expérience de ce dernier — Vu sa vaste expérience dans le domaine des affaires, le contribuable était dans l'obligation expresse d'agir lorsqu'il a reçu le bilan — Il n'a pas été induit en erreur ni gêné dans ses efforts par les dirigeants de la société — Ne rien faire est insuffisant pour s'acquitter du fardeau imposé par l'art. 227.1(3).*



*Construction of statutes — Income Tax Act, s. 227.1(3) enabling directors to escape liability for unremitted amounts required to be withheld from employees' salaries if establishing exercised degree of care, diligence, skill to prevent failure that reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances — Whether, to what extent modifying common law standard of care — As presumption of coherence, Canada Business Corporations Act, s. 122(1)(b), setting out standard of care to be exercised by directors for corporate law purposes, in virtually identical language, considered — Since Canada Business Corporations Act mirroring Ontario Business Corporations Act, inference Parliament intending to send same message to existing, potential directors — S. 227.1(3) containing both subjective, objective elements — Had Parliament wished to strengthen common law standard of care could have done so by omitting "in comparable circumstances".*

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada holding that the taxpayer had failed to satisfy the "due diligence" defence set out in *Income Tax Act*, subsection 227.1(3). In October 1987 the taxpayer, an experienced businessman, became a director of Ramona Beauchamp International (1976) Inc. (hereinafter RBI). The company, which operated a modelling school, wanted taxpayer on the board to enhance its getting listed on the Vancouver Stock Exchange. At the November 1987 meeting of the board, he was given a copy of RBI's balance sheet, which showed a net loss of \$132,000. At no time did any employee or board member of RBI discuss with the taxpayer RBI's failure to make certain tax remittances as required under the Act. Nor did the taxpayer inquire as to whether RBI was complying with its remittance obligations under the Act. In February 1988 he resigned from the board. *Income Tax Act*, subsection 153(1) imposes a duty on corporations to withhold taxes and other source deductions from an employee's salary and to remit such amounts to the Receiver General of Canada. Subsection 227.1(1) makes a corporation liable for unremitted amounts while at the same time imposing joint and several liability on its directors. But subsection 227.1(3) enables corporate directors to escape liability for non-remittance if they can establish that they "exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances". Pursuant to subsection 227.1(1), the taxpayer was assessed as a director for unremitted employee withholdings of RBI, plus interest and penalties for the period from October 1987 to January 1988. The Tax Court held that the statutory defence of due diligence was

*Interprétation des lois — L'art. 227.1(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet aux administrateurs d'échapper à la responsabilité en cas de manquement à l'obligation de verser des sommes retenues sur la rémunération des employés s'ils peuvent démontrer qu'ils ont agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables — La question est de savoir si cette disposition a modifié la norme de prudence prévue par la common law et dans quelle mesure elle l'a fait — Vu la présomption de cohérence entre les lois, l'art. 122(1)b) de la Loi canadienne sur les sociétés par actions, qui énonce en des termes pratiquement identiques à ceux de l'art. 227.1(3) la norme de prudence à laquelle doivent satisfaire les administrateurs dans le contexte du droit des sociétés, est pris en considération — Comme la Loi canadienne sur les sociétés par actions reflète la Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario, il est permis de conclure que le législateur fédéral entendait envoyer le même message aux administrateurs en place et potentiels — L'art. 227.1(3) contient des éléments objectifs et des éléments subjectifs — Si le législateur avait voulu renforcer la norme de prudence imposée par la common law, il aurait facilement pu le faire en omettant l'expression «dans des circonstances comparables».*

Il s'agissait de l'appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a statué que le contribuable n'avait pas satisfait aux exigences de la «défense de diligence raisonnable» prévue au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En octobre 1987, le contribuable, un homme d'affaires chevronné, a été nommé au sein du conseil d'administration de Ramona Beauchamp International (1976) Inc. (ci-après RBI). La société, qui exploitait une école de mannequins, voulait que le contribuable devienne membre du conseil d'administration pour améliorer ses chances d'être inscrite à la Bourse de Vancouver. Lors de la réunion de novembre 1987 du conseil d'administration, le contribuable a reçu un exemplaire du bilan de RBI qui indiquait un déficit de 132 000 \$. À aucun moment un employé ou un membre du conseil d'administration de RBI n'a discuté avec le contribuable du défaut de RBI de faire certains versements d'impôt exigés par la Loi. À aucun moment le contribuable n'a demandé si RBI s'acquittait des obligations de versement que lui imposait la Loi. En février 1988, il a démissionné du conseil d'administration. Le paragraphe 153(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* impose à une société l'obligation de faire des retenues d'impôt et d'autres retenues à la source à l'égard de la rémunération d'un employé et de verser ces sommes au receveur général du Canada. Le paragraphe 227.1(1) de la Loi tient une société responsable du défaut de verser ces sommes et retient en outre la responsabilité solidaire de ses administrateurs. Le paragraphe 227.1(3) permet toutefois aux administrateurs d'échapper à la responsabilité en cas de manquement s'ils peuvent démontrer qu'ils ont «agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manque-

not available to the taxpayer because he had known of RBI's financial difficulties when he accepted the directorship, and took no steps to ensure remittance.

The issue was whether subsection 227.1(3) involves a subjective element, in the sense that the personal knowledge and background of a director is a relevant consideration, or whether it is an entirely objective standard, to which all directors will be similarly held.

*Held*, the appeal should be dismissed.

*Per* Robertson J.A. (Linden J.A. concurring): As the subjective standard had its roots in the common law, the analysis focused on the seminal decision on the common law duty of care, *City Equitable Fire Insurance Co., In re*, [1925] Ch. 407 (C.A.). *City Equitable* established the following principles: (1) Directors are not trustees. But as agents, directors stand in a fiduciary relationship to their principal, the company. To the extent that a fiduciary is under a duty to act in good faith so too is a trustee and, in this limited sense the comparison of a director with a trustee has validity. The analogy breaks down, however, when consideration is given to the duties of care and skill. Subsection 227(5), which deems amounts deducted or withheld to be held in trust, regardless of whether the funds deducted or withheld under the Act were actually so segregated, did not raise the standard of care to the trustee threshold. (2) A director need not exhibit in the performance of his or her duties a greater degree of skill and care than may reasonably be expected from a person of his or her knowledge and experience. Thus, the standard of care is partly objective (the standard of a reasonable person), and partly subjective in that the reasonable person is judged on the basis that he or she has the knowledge and experience of the particular individual. (3) A director is neither obliged to give continuous attention to the affairs of the company, nor even to attend all meetings of the board. The common law would not, however, permit directors to adhere to a standard of total passivity and irresponsibility. The statutory standard of care will be interpreted and applied in a manner which encourages responsibility. The director who acts irresponsibly, e.g. by failing to attend all board meetings, does so at his own peril. (4) In the absence of grounds for suspicion, a director may rely on company officials to perform honestly duties that have been properly delegated to

ment qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables». Par application du paragraphe 227.1(1), une cotisation a été établie à l'égard du contribuable à titre d'administrateur pour la période allant d'octobre 1987 à janvier 1988. Cette cotisation représentait les retenues à l'égard de la rémunération des employés que RBI n'a pas versées, ainsi que les intérêts et les pénalités s'y rapportant. La Cour de l'impôt a statué que les circonstances ne donnaient pas ouverture à la défense de diligence raisonnable d'origine législative parce que le contribuable était au courant des difficultés financières de RBI lorsqu'il a accepté le poste d'administrateur et parce qu'il n'a pris aucune mesure pour garantir le versement des sommes dues.

La question litigieuse était de savoir si le paragraphe 227.1(3) comporte un élément subjectif, auquel cas les connaissances personnelles et l'expérience d'un administrateur sont un facteur pertinent, ou si la norme est entièrement objective, auquel cas elle s'appliquera de la même façon à tous les administrateurs.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

Le juge Robertson, J.C.A. (avec l'appui du juge Linden, J.C.A.): Comme la norme subjective a son origine dans la common law, l'analyse a été axée sur la décision de principe concernant l'obligation de prudence en common law, à savoir l'arrêt *City Equitable Fire Insurance Co., In re*, [1925] Ch. 407 (C.A.). Cet arrêt a établi les principes suivants: (1) les administrateurs ne sont pas des fiduciaires. Toutefois, à titre de mandataires, ils ont une relation fiduciaire avec leur mandant, à savoir la société. Dans la mesure où un représentant fiduciaire (*fiduciary*) est tenu d'agir de bonne foi, un fiduciaire (*trustee*) l'est aussi et, dans ce sens limité, la comparaison entre un administrateur et un fiduciaire est valable. L'analogie ne vaut plus, toutefois, quand les obligations de soin et de compétence entrent en ligne de compte. Le paragraphe 227(5), qui dispose que les montants déduits ou retenus par application de la Loi sont réputés être détenus en fiducie, qu'ils aient ou non, en fait, été tenus séparés de cette façon, n'élevait pas la norme de prudence au point de faire de l'administrateur un fiduciaire. (2) L'administrateur n'a pas besoin de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, un degré de compétence et de soin supérieur à ce qu'on peut attendre d'une personne ayant ses connaissances et son expérience. Ainsi, la norme de prudence est partiellement objective (la norme de la personne raisonnable) et partiellement subjective étant donné que la personne raisonnable est définie en fonction des connaissances et de l'expérience de l'intéressé. (3) L'administrateur n'est pas obligé de consacrer son attention en permanence aux affaires de la société, et il n'est même pas tenu d'assister à toutes les réunions du conseil. La common law ne permettrait toutefois pas aux administrateurs de se conformer à une norme de passivité et d'irresponsabilité totales. La norme de prudence d'origine législative sera interprétée et appliquée d'une manière propre à encourager

them. The exigencies of business and the company's articles of association, together, determine whether it is appropriate to delegate a duty. The larger the business, the greater will be the need to delegate.

The next question was whether the subjective element of the common law standard had been eliminated or reduced by statute? The wording of subsection 227.1(3) is virtually identical to the language used in *Canada Business Corporations Act*, paragraph 122(1)(b) which sets out for purposes of corporate law, the standard of care to be exercised by directors. Notably, the statutory phrase "care, diligence and skill" reflects the language of the *City Equitable* case. The *Income Tax Act* and the *Canada Business Corporations Act* adopt the same language because both relate to the standard of care to be exercised, although they differ as to whom the care is owed. Since there is a presumption of coherence between statutes, in order to determine whether the common law standard of care was modified by statute, both the due diligence provision in *Income Tax Act*, subsection 227.1(3) and the standard of care provisions in the *Canada Business Corporations Act* had to be considered.

The statutory analysis involved a consideration of each of the statutory standard's constituent elements in turn: skill, care and diligence. At common law, a director was required to exercise only that degree of skill which could reasonably be expected from a person of his or her knowledge and experience. The statutory skill criterion ("skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances") is essentially the same as the common law requirement. Use of "in comparable circumstances" indicates that a reasonably prudent person in comparable circumstances may be an unskilled person. The subjective element of the common law standard of skill has not been altered by federal statute.

The statutory enactment does not appear to have altered the common law position that a director is expected to fulfill his or her duties with care by acting reasonably according to the knowledge and experience that he or she actually possesses. The legislation speaks of a reasonably prudent person and the care that that person would exercise in comparable circumstances. In the event that the reasonably prudent person is unskilled, the statute requires only the exercise of a degree of care which is commensurate with

la responsabilité. L'administrateur qui agit de façon irresponsable, par exemple en n'assistant pas à toutes les réunions du conseil, le fait à ses risques et périls. (4) En l'absence de motifs d'avoir des soupçons, l'administrateur peut se fier aux dirigeants de la société pour s'acquitter avec intégrité des fonctions qui leur ont été régulièrement déléguées. Ce sont les exigences de l'entreprise et les statuts constitutifs de la société qui, pris conjointement, déterminent s'il est approprié de déléguer une fonction. Plus l'entreprise est grande, plus la délégation sera nécessaire.

La question suivante était de savoir si l'élément subjectif de la norme de common law avait été supprimé ou affaibli par la loi. Le libellé du paragraphe 227.1(3) est pratiquement identique à celui de l'alinéa 122(1)(b) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, qui énonce, dans le contexte du droit des sociétés, la norme de prudence à laquelle doivent satisfaire les administrateurs. Il convient de noter que l'expression législative «soin, diligence et compétence» correspond aux termes employés dans l'arrêt *City Equitable*. La *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ont un libellé identique car elles se rapportent toute deux à la norme de prudence à respecter, bien que les personnes envers lesquelles il y a obligation de prudence ne soient pas les mêmes dans les deux cas. Comme il existe une présomption de cohérence entre les lois, pour déterminer si la norme de prudence reconnue par la common law a été modifiée par la loi, il fallait tenir compte à la fois de la disposition relative à la diligence raisonnable prévue au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et des dispositions relatives à la norme de prudence qui figurent dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

L'analyse législative comportait l'examen de chacun des éléments constitutifs de la norme d'origine législative, à savoir la compétence, le soin et la diligence. La common law n'obligeait un administrateur qu'à agir avec le degré de compétence qu'une personne possédant ses connaissances et son expérience aurait raisonnablement exercé. Le critère législatif de la compétence («la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente») est essentiellement le même que l'exigence prévue par la common law. L'emploi de l'expression «en pareilles circonstances» indique qu'une personne prudente en pareilles circonstances peut être une personne inexpérimentée. L'élément subjectif de la norme de compétence prévue par la common law n'a pas été modifié par la loi fédérale.

L'adoption par le législateur d'une exigence quant au soin à manifester ne semble pas avoir modifié la jurisprudence des cours de common law selon laquelle un administrateur est censé exercer ses fonctions avec soin en agissant raisonnablement en fonction des connaissances et de l'expérience qu'il possède effectivement. La loi parle d'une personne prudente et du soin dont cette personne ferait preuve en pareilles circonstances. Dans le cas où la personne prudente est inexpérimentée, la loi requiert uniquement que

that person's level of skill. In this manner skill and care are interconnected. It is insufficient for a director to simply assert that he did his best if, having regard to that individual's level of skill and business experience, he failed to act reasonably prudently.

Diligence is simply the degree of attention or care expected of a person in a given situation. If attention to one's obligations is the essence of diligence, then that aspect of the standard neither adds to nor detracts from the statutory statement in subsection 227.1(3).

Since the language of the *Canada Business Corporations Act* mirrors that of the *Ontario Business Corporations Act*, Parliament intended to send the same message to existing and potential directors. Had Parliament wished to strengthen the standard of care imposed at common law, it could have easily done so by adopting the appropriate language i.e. similar to that used in the *British Columbia Company Act*, which does not contain the phrase "in comparable circumstances".

Subsection 227.1(3) embraces a subjective element which takes into account the personal knowledge and background of the director, as well as his or her corporate circumstances in the form of, *inter alia*, the company's organization, resources, customs and conduct. Thus, more is expected of individuals with superior qualifications, e.g. experienced businesspersons. The standard of care set out in subsection 227.1(3) is therefore neither purely objective nor subjective. The Act contains both objective elements, embodied in the reasonable person language, and subjective elements, inherent in individual considerations like "skill" and the idea of "comparable circumstances". Accordingly, the standard can be properly described as "objective subjective".

Inside directors, those involved in the day-to-day management of the company and who influence the conduct of its business affairs, will have the most difficulty in establishing the due diligence defence. It will be a challenge for such individuals to argue convincingly that despite their daily role in corporate management, they lacked business acumen to the extent that that factor should overtake the assumption that they knew or ought to have known of the remittance requirements. A director may attempt to satisfy the due diligence requirement by setting up controls to account for remittances, asking for regular reports from the company's financial officers on the ongoing use of such controls, and obtaining confirmation at regular intervals that withholding and remittance has taken place as required by the Act. Or a director might, in certain circumstances, establish and monitor a trust account from which both employee wages and remittances owing to Her Majesty would be paid. While

cette personne agisse avec le degré de soin qui est proportionné à son niveau de compétence. C'est de cette façon que la compétence et le soin sont liés entre eux. Il ne suffit pas qu'un administrateur affirme simplement qu'il a fait de son mieux si, eu égard à son niveau de compétence et à sa pratique des affaires, il n'a pas agi avec prudence.

La diligence est simplement le degré d'attention ou de soin qu'on attend d'une personne dans une situation donnée. Si l'attention qu'une personne consacre à ses obligations est l'essence de la diligence, alors cet aspect de la norme ne complète ni ne diminue l'énoncé législatif fait au paragraphe 227.1(3).

Comme les termes de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* reflètent ceux de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, le législateur fédéral entendait envoyer le même message aux administrateurs en place et potentiels. Si le législateur avait voulu renforcer la norme de prudence imposée par la common law, il aurait facilement pu le faire en employant les termes appropriés, c.-à-d. des termes similaires à ceux qui sont employés dans la *Company Act* de la Colombie-Britannique, où n'apparaît pas l'expression «dans des circonstances comparables».

Le paragraphe 227.1(3) comporte un élément subjectif qui tient compte des connaissances personnelles et de l'expérience de l'administrateur, ainsi que du contexte de la société visée, notamment son organisation, ses ressources, ses usages et sa conduite. Ainsi, on attend plus des personnes qui possèdent des compétences supérieures à la moyenne, p. ex. les gens d'affaires chevronnés. La norme de prudence énoncée au paragraphe 227.1(3) n'est donc pas purement objective. Elle n'est pas purement subjective non plus. La Loi contient des éléments objectifs, qui sont représentés par la notion de la personne raisonnable, et des éléments subjectifs, qui sont inhérents à des considérations individuelles comme la «compétence» et l'idée de «circonstances comparables». Par conséquent, la norme peut à bon droit être qualifiée de norme «objective subjective».

Les administrateurs internes, c'est-à-dire ceux qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société et qui influencent la conduite de ses affaires, sont ceux qui auront le plus de mal à invoquer la défense de diligence raisonnable. Pour ces personnes, ce sera une opération ardue de soutenir avec conviction que, malgré leur participation quotidienne à la gestion de l'entreprise, elles n'avaient aucun sens des affaires, au point que ce facteur devrait l'emporter sur la présomption qu'elles étaient au courant des exigences de versement et d'un problème à cet égard, ou auraient dû l'être. Un administrateur peut tenter de satisfaire à l'exigence de diligence raisonnable en établissant des contrôles pour vérifier les versements, en demandant aux agents financiers de la société de présenter régulièrement des rapports sur la mise en œuvre de ces contrôles et en obtenant régulièrement la confirmation que les retenues et les versements ont été faits comme l'exige la Loi. Ou un

such precautionary measures may be persuasive evidence of due diligence on the part of a director, they are not necessary conditions precedent to the establishment of that defence. A clear dividing line must be maintained between the standard of care required of a director and that of a trustee. Accordingly, an outside director cannot be required to go to the lengths outlined above. Unless there is reason for suspicion, it is permissible to rely on the day-to-day corporate managers to pay debt obligations such as those owing to Her Majesty. The positive duty to act arises where a director obtains information, or becomes aware of facts, which might lead one to conclude that there is, or could reasonably be, a potential problem with remittances. Whether the standard of care has been met is a question of fact to be resolved in light of the personal knowledge and experience of the director at issue.

The taxpayer was under a positive duty to act which arose when he received the balance sheet of RBI revealing that the company was experiencing "extremely serious" financial problems. Given his ample business experience, the taxpayer should have been alerted to the existence of a possible problem with remittances, especially since there was no indication that RBI's financial troubles were merely temporary in nature. There was no indication that the taxpayer was misled or frustrated by other company officials during a quest for knowledge about the state of remittances. Doing nothing was inadequate for the purpose of discharging the burden imposed on the taxpayer by subsection 227.1(3), given the precarious financial position of the company.

*Per Marceau J.A.:* Parliament has imposed on a director of a corporation a completely new, separate and positive duty. Such duty is owed to the Crown, and consists of an obligation to do what one reasonably can to prevent such failure from occurring. Such a duty is not fulfilled by a director who has never put his mind to the requirement and has remained completely uninterested and passive with respect to it.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3.  
*Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16.  
*Business Corporations Act*, 1982, S.O. 1982, c. 4, s. 134(1)(b).  
*Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 122(1)(b).

administrateur pourrait, dans certaines circonstances, ouvrir et surveiller un compte en fiducie qui servirait à payer la rémunération des employés et les sommes dues à Sa Majesté. Bien que de telles précautions puissent être considérées comme une preuve convaincante de la diligence raisonnable manifestée par un administrateur, il ne s'agit pas de conditions préalables nécessaires pour donner ouverture à ce moyen de défense. Il faut maintenir une ligne de démarcation claire entre la norme de prudence exigée d'un administrateur et celle à laquelle doit satisfaire un fiduciaire. On ne peut donc pas obliger un administrateur externe à aller jusqu'à prendre les mesures susmentionnées. À moins qu'il n'existe des motifs d'avoir des soupçons, il est permis de compter sur les personnes qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société pour payer des dettes comme les créances de Sa Majesté. L'obligation expresse d'agir prend naissance lorsqu'un administrateur obtient des renseignements ou prend conscience de faits qui pourraient l'amener à conclure que les versements posent ou pourraient vraisemblablement poser un problème potentiel. La question de savoir si l'administrateur a satisfait à la norme de prudence est une question de fait qu'il faut trancher à la lumière des connaissances personnelles et de l'expérience de ce dernier.

Le contribuable était dans l'obligation expresse d'agir et cette obligation est apparue lorsqu'il a reçu le bilan de RBI qui révélait que la société éprouvait des difficultés financières «extrêmement graves». Vu la vaste expérience du contribuable dans le domaine des affaires, le bilan qu'il a reçu aurait dû éveiller son attention sur l'existence d'un éventuel problème avec les versements, surtout que rien ne portait à croire que les difficultés financières de RBI étaient de nature purement temporaire. Rien ne permettait de conclure que les dirigeants de la société ont induit le contribuable en erreur ou ont gêné ses efforts au cours d'une recherche de renseignements sur l'état des versements. Le fait de n'avoir rien fait était insuffisant pour s'acquitter du fardeau que lui imposait le paragraphe 227.1(3), vu la situation financière précaire de la société.

*Le juge Marceau, J.C.A.:* Le législateur a imposé à l'administrateur d'une société une obligation entièrement nouvelle, distincte et expresse. Il s'agit d'une obligation envers la Couronne, qui consiste à faire ce qu'il est raisonnablement possible de faire pour prévenir pareil manquement. L'administrateur qui ne s'est jamais soucié de cette exigence et est demeuré complètement indifférent et passif à cet égard ne s'est pas acquitté d'une telle obligation.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Business Corporations Act*, 1982, S.O. 1982, ch. 4, art. 134(1)(b).  
*Company Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 142(1)(b).  
*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 (mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1), art. 122(1)(b) (mod. *idem*, art. 13).

*Company Act*, R.S.B.C. 1979, c. 59, s. 142(1)(b).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 153(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 104; 1985, c. 45, s. 87; 1987, c. 46, s. 51), 159(2) (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 90), 227(5) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 118; 1988, c. 55, s. 171), 227.1 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124; 1984, c. 1, s. 100; 1988, c. 55, s. 172), 242.

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 153(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 104; 1985, ch. 45, art. 87; 1987, ch. 46, art. 51), 159(2) (mod. par L.C. (1985), ch. 45, art. 90), 227(5) (mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 118; 1988, ch. 55, art. 171), 227.1 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 124; 1984, ch. 1, art. 100; 1988, ch. 55, art. 172), 242.

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3.

*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, ch. B.16.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*City Equitable Fire Insurance Co., In re*, [1925] Ch. 407 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Sanford v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2016 (T.C.C.).

##### CONSIDERED:

*Barnett (JV) v MNR*, [1985] 2 CTC 2336; (1985), 85 DTC 619 (T.C.C.); *Fraser (Trustee of) v. M.N.R.* (1987), 37 B.L.R. 309; 64 C.B.R. (N.S.) 58; [1987] 1 C.T.C. 2311; 87 DTC 250 (T.C.C.); *Stevenson Estate v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 1599 (QL); *Byrt (H.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2174; (1991), 91 DTC 923 (T.C.C.); *Golfman (W.R.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2344; (1990), 90 DTC 1863 (T.C.C.); *Davies (J.W.) v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2744; (1994), 94 DTC 1716 (T.C.C.).

##### REFERRED TO:

*White (J.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2566; (1990), 91 DTC 54 (T.C.C.); *Cybulski v. M.N.R.* (1988), 39 B.L.R. 255; [1988] 2 C.T.C. 2180; 88 DTC 1531 (T.C.C.); *Lalonde (R) v MNR*, [1982] CTC 2749; (1982), 82 DTC 1772 (T.R.B.); *Dixon v. Deacon Morgan McEwen Easson* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 180 (S.C.); *Denham & Co., In re* (1883), 25 Ch.D. 752 (C.A.); *Cardiff Savings Bank, In re. Bute's (Marquis of) Case*, [1892] 2 Ch. 100; *McCandless (M.W.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2111; (1995), 95 DTC 484 (T.C.C.); *Kerr v. Law Profession Indemnity Co.* (1994), 22 C.C.L.I. (2d) 28 (Ont. Gen. Div.); *Quantz (C.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2276; (1988), 88 DTC 2276 (T.C.C.); *Beutler (O.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2414; (1988), 88 DTC 1286 (T.C.C.); *Bianco v. Minister of National Revenue* (1991), 2 B.L.R. (2d) 255; [1991] 2 C.T.C. 2449; 91 DTC 1370 (T.C.C.); *Edmondson (S.G.) v. M.N.R.*, [1988] 2 C.T.C. 2185; (1988), 88 DTC 1542 (T.C.C.);

#### JURISPRUDENCE

##### ARRÊT APPLIQUÉ:

*City Equitable Fire Insurance Co., In re*, [1925] Ch. 407 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Sanford c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2016 (C.C.I.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Barnett (JV) c MRN*, [1985] 2 CTC 2336; (1985), 85 DTC 619 (C.C.I.); *Fraser (Syndic de faillite de) c. M.R.N.* (1987), 37 B.L.R. 309; 64 C.B.R. (N.S.) 58; [1987] 1 C.T.C. 2311; 87 DTC 250 (C.C.I.); *Succession Stevenson c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 1599 (QL); *Byrt (H.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2174; (1991), 91 DTC 923 (C.C.I.); *Golfman (W.R.) c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2344; (1990), 90 DTC 1863 (C.C.I.); *Davies (J.W.) c. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2744; (1994), 94 DTC 1716 (C.C.I.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*White (J.) c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2566; (1990), 91 DTC 54 (C.C.I.); *Cybulski c. M.R.N.* (1988), 39 B.L.R. 255; [1988] 2 C.T.C. 2180; 88 DTC 1531 (C.C.I.); *Lalonde (R) c MRN*, [1982] CTC 2749; (1982), 82 DTC 1772 (C.R.I.); *Dixon v. Deacon Morgan McEwen Easson* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 180 (C.S.); *Denham & Co., In re* (1883), 25 Ch.D. 752 (C.A.); *Cardiff Savings Bank, In re. Bute's (Marquis of) Case*, [1892] 2 Ch. 100; *McCandless (M.W.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2111; (1995), 95 DTC 484 (C.C.I.); *Kerr v. Law Profession Indemnity Co.* (1994), 22 C.C.L.I. (2d) 28 (Div. gén. Ont.); *Quantz (C.) c. M.R.N.*, [1988] 1 C.T.C. 2276; (1988), 88 DTC 2276 (C.C.I.); *Beutler (O.) c. M.R.N.*, [1988] 1 C.T.C. 2414; (1988), 88 DTC 1286 (C.C.I.); *Bianco c. Ministre du Revenu national* (1991), 2 B.L.R. (2d) 255; [1991] 2 C.T.C. 2449; 91 DTC 1370 (C.C.I.); *Edmondson (S.G.) c. M.R.N.*, [1988] 2 C.T.C. 2185; (1988), 88 DTC 1542 (C.C.I.); *Shindle*

*Shindle (B.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 227; (1995), 95 DTC 5502 (F.C.T.D.); *Snow v. Minister of National Revenue* (1991), 38 C.C.E.L. 70; [1991] 2 C.T.C. 2198; 91 DTC 832 (T.C.C.); *Fitzgerald (G.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2595; (1991), 92 DTC 1019 (T.C.C.).

*(B.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 227; (1995), 95 DTC 5502 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.); *Snow c. Ministre du Revenu national* (1991), 38 C.C.E.L. 70; [1991] 2 C.T.C. 2198; 91 DTC 832 (C.C.I.); *Fitzgerald (G.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2595; (1991), 92 DTC 1019 (C.C.I.).

## AUTHORS CITED

Campbell, R. Lynn. "Director's Liability for Unremitted Employee Deductions" (1993), 14 *Adv. Q.* 453.  
 Campbell, R. Lynn. "The Fiduciary Duties of Corporate Directors: Exploring New Avenues" (1988), 36 *Can. Tax J.* 912.  
 Canada. Department of National Revenue. Taxation. Information Circular No. 89-2. "Directors' Liability—Section 227.1 of the Income Tax Act" (May 1, 1989).  
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville (Qué.): Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991.  
 Gower, L.C.B. *The Principles of Modern Company Law*, 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1969.  
 Iacobucci, Frank et al. *Canadian Business Corporations: An Analysis of Recent Legislative Developments*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1977.  
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Toronto: Carswell, 1995.  
 Kroft, Edwin G. "The Liability of Directors for Unpaid Canadian Taxes" in *Report of Proceedings of the Thirty-seventh Tax Conference, 1985*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1986, p. 30:1.  
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1993.  
 Moskowitz, Evelyn P. "Directors' Liability Under Income Tax Legislation and Other Related Statutes" (1990), 38 *Can. Tax J.* 537.  
 Ontario. Legislative Assembly. *Interim Report of the Select Committee on Company Law*. Toronto: Queen's Printer, 1967. (Chairman: Allan F. Lawrence).  
 Welling, Bruce L. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.  
 Ziegel, Jacob S. *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, Vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1994.

## DOCTRINE

Campbell, R. Lynn. «Director's Liability for Unremitted Employee Deductions» (1993), 14 *Adv. Q.* 453.  
 Campbell, R. Lynn. «The Fiduciary Duties of Corporate Directors: Exploring New Avenues» (1988), 36 *Rev. fiscale can.* 912.  
 Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Circulaire d'information n° 89-2. «Responsabilité des administrateurs — Article 227.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu» (1<sup>er</sup> mai 1989).  
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qué.): Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990.  
 Gower, L.C.B. *The Principles of Modern Company Law*, 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1969.  
 Iacobucci, Frank et al. *Canadian Business Corporations: An Analysis of Recent Legislative Developments*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1977.  
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Toronto: Carswell, 1995.  
 Kroft, Edwin G. «The Liability of Directors for Unpaid Canadian Taxes» dans *Report of Proceedings of the Thirty-seventh Tax Conference, 1985*. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1986, p. 30:1.  
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qué.): Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988.  
 Moskowitz, Evelyn P. «Directors' Liability Under Income Tax Legislation and Other Related Statutes» (1990), 38 *Rev. fiscale can.* 537.  
 Ontario. Assemblée législative. *Interim Report of the Select Committee on Company Law*. Toronto: Queen's Printer, 1967. (Président: Allan F. Lawrence).  
 Welling, Bruce L. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.  
 Ziegel, Jacob S. *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1994.

APPEAL from the Tax Court decision holding that the taxpayer, a corporate director, had failed to satisfy the "due diligence" defence to liability for the amount of unremitted taxes withheld from employees' salaries set out in *Income Tax Act*, subsection 227.1(3) (*Soper (N.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2078; (1995), 96 DTC 2046 (T.C.C.)). Appeal dismissed.

APPEL de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a statué que le contribuable, un administrateur d'une société, n'a pas satisfait aux exigences de la «défense de diligence raisonnable» prévue au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui permet d'échapper à la responsabilité en cas de manquement à l'obligation de verser des sommes

retenues sur la rémunération des employés (*Soper (N.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2078; (1995), 96 DTC 2046 (C.C.I.)). Appel rejeté.

## COUNSEL:

*Henry C. Wood* for appellant.  
*Patricia A. Babcock* for respondent.

## SOLICITORS:

*Epstein Wood & Company*, Vancouver, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] MARCEAU J.A.: I have had the advantage of reading, in draft, the reasons for judgment prepared by my brother Robertson. I am in complete agreement with his conclusion and disposition of the appeal. On the whole, I do not dissociate myself from the reasons he gives. His analysis of the duty of care, diligence and skill imposed by subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124)] was, in view of the apparent lack of consistency in the jurisprudence, quite appropriate and welcome. I wish to say, however, that I based my conclusion on much simpler reasoning.

[2] Subsection 227.1(1) [as enacted *idem*; S.C. 1984, c. 1, s. 100] makes a director liable for the failure of his or her corporation to remit the monies withheld as taxes and other source deductions from its employees' salaries, and subsection 227.1(3) relieves a director of his or her liability if he or she can show that he or she exercised a certain degree of care, diligence and skill to prevent such failure. By these provisions, Parliament, I think, has imposed on a director of a corporation a completely new, separate and positive duty. Such duty is owed not to the corporation but to the Crown, and consists of an obligation to do what one reasonably can to prevent such failure from occurring. I simply cannot imagine that such a duty may ever be

## AVOCATS:

*Henry C. Wood* pour l'appellant.  
*Patricia A. Babcock* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Epstein Wood & Company*, Vancouver, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire une ébauche des motifs de jugement de mon collègue le juge Robertson. Je souscris entièrement à la conclusion à laquelle il arrive et à la décision de l'appel. Dans l'ensemble, je ne me désolidarise pas des motifs qu'il expose. Son analyse de l'obligation de soin, de diligence et de compétence imposée par le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 124)] est, compte tenu de l'absence évidente d'uniformité dans la jurisprudence, tout à fait pertinente et opportune. Je tiens toutefois à dire que j'ai fondé ma conclusion sur un raisonnement beaucoup plus simple.

[2] Le paragraphe 227.1(1) [édicte, *idem*; S.C. 1984, ch. 1, art. 100] tient l'administrateur d'une société responsable de l'omission de sa société de verser les retenues d'impôt et d'autres retenues à la source à l'égard de la rémunération des employés, et le paragraphe 227.1(3) permet à l'administrateur d'échapper à la responsabilité s'il peut démontrer qu'il a exercé un certain degré de soin, de diligence et de compétence pour prévenir ce manquement. Par ces dispositions, le législateur impose, selon moi, à l'administrateur d'une société une obligation entièrement nouvelle, distincte et expresse. Il s'agit d'une obligation envers la Couronne et non envers la société, qui consiste à faire ce qu'il est raisonnablement possible de faire



seen as having been fulfilled by a director who, as here, has never put his or her mind to the requirement and has remained completely uninterested and passive with respect to it.

[3] I, too, would dispose of the appeal as suggested by Mr. Justice Robertson.

\* \* \*

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

[4] ROBERTSON J.A.: Subsection 153(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 104; 1985, c. 45, s. 87; 1987, c. 46, s. 51] of the *Income Tax Act* (the Act) imposes a duty on corporations to withhold taxes and other source deductions from an employee's salary and to remit such amounts to the Receiver General of Canada. Subsection 227.1(1) of the Act makes a corporation liable for unremitted amounts while at the same time imposing joint and several liability on its directors. However, that obligation is tempered by subsection 227.1(3) which enables corporate directors to escape liability for non-remittance if they can establish that they "exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances."

[5] This is an appeal from a decision of the Tax Court of Canada [[1995] 2 C.T.C. 2078] holding that the appellant taxpayer failed to satisfy the so-called "due diligence defence" set out in subsection 227.1(3). Specifically, this Court is asked to consider and reconcile the allegedly inconsistent jurisprudence of the Tax Court. While it is at least arguable that such a conflict in the authorities might be more imagined than real, it is indisputable that the underlying question of the standard of care, diligence and skill to be exercised by a corporate director in the performance of his or her duties has been largely ignored. These reasons will address that fundamental issue.

pour prévenir pareil manquement. Je ne peux tout simplement pas imaginer qu'on puisse jamais considérer qu'un administrateur comme l'appelant en l'espèce s'est acquitté d'une telle obligation s'il ne s'est jamais soucié de cette exigence et est demeuré complètement indifférent et passif à cet égard.

[3] Je suis également d'avis de rejeter l'appel comme l'a proposé le juge Robertson.

\* \* \*

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

[4] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Le paragraphe 153(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 104; 1985, ch. 45, art. 87; 1987, ch. 46, art. 51] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) impose à une société l'obligation de faire des retenues d'impôt et d'autres retenues à la source à l'égard de la rémunération d'un employé et de verser ces sommes au receveur général du Canada. Le paragraphe 227.1(1) de la Loi tient une société responsable du défaut de verser ces sommes et retient en outre la responsabilité solidaire de ses administrateurs. Le paragraphe 227.1(3) atténue toutefois cette obligation en permettant aux administrateurs d'échapper à la responsabilité en cas de manquement s'ils peuvent démontrer qu'ils ont «agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables».

[5] Il s'agit d'un appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt [[1995] 2 C.T.C. 2078] a statué que le contribuable appelant n'a pas satisfait aux exigences de la «défense de diligence raisonnable» prévue au paragraphe 227.1(3). Plus particulièrement, cette Cour est priée d'examiner et de rapprocher les décisions censément incompatibles de la Cour de l'impôt. Bien qu'on puisse au moins soutenir que pareille incompatibilité entre ces décisions est peut-être plus imaginée que réelle, il est indéniable que la question sous-jacente de la norme de soin, de diligence et de compétence qui est exigée d'un administrateur dans l'exercice de ses fonctions a été dans une large mesure oubliée. Les présents motifs traiteront cette question fondamentale.

## I. FACTS

[6] In October of 1987 the appellant taxpayer, an experienced businessman, became a director of Ramona Beauchamp International (1976) Inc. (hereinafter RBI) at the instigation of Ramona Beauchamp for two purposes: first, to promote RBI's interests in the marketplace and, second, to lend his name and reputation in conjunction with a proposed listing of RBI on the Vancouver Stock Exchange. At the relevant time the taxpayer was the chief operating officer of Canada-Wide Magazines. RBI operated a talent agency and a modelling school.

[7] At the time the taxpayer joined the Board of Directors of RBI, he knew that it was experiencing financial difficulties. At the November 1987 meeting of the Board he was given a copy of the balance sheet of RBI which, as of 30 September 1987, showed a net loss of \$132,000. At no time did any employee or Board member of RBI discuss with the taxpayer the failure of RBI to make certain tax remittances as required under the Act. Ramona Beauchamp, a co-director, had instructed the other directors of RBI not to discuss with the taxpayer anything other than that which was dealt with at directors' meetings attended by the taxpayer. RBI's failure to remit source deductions to the Department of National Revenue was never raised at any Board meeting. At no time did the taxpayer inquire as to whether RBI was complying with its remittance obligations under the Act. The taxpayer remained a director of RBI from October 1987 until his resignation became effective on 10 February 1988. (Although the Minister asserts at paragraph 4 of his memorandum of fact and law that the taxpayer became a director in June of 1987, the Tax Court Judge's finding on this matter has not been questioned on appeal.)

[8] Pursuant to subsection 227.1(1) of the Act, the taxpayer was assessed as a director for unremitted employee withholdings of RBI, plus interest and

## I. LES FAITS

[6] En octobre 1987, le contribuable appelant, qui est un homme d'affaires chevronné, a été nommé au sein du conseil d'administration de Ramona Beauchamp International (1976) Inc. (ci-après RBI) à l'instigation de Ramona Beauchamp pour deux raisons: premièrement, pour favoriser les intérêts de RBI sur le marché et, deuxièmement, pour miser sur son nom et sa réputation en vue de l'inscription projetée de RBI à la Bourse de Vancouver. À l'époque pertinente, le contribuable était le chef de l'exploitation de Canada-Wide Magazines. RBI exploitait une agence artistique et une école de mannequins.

[7] Au moment où le contribuable est devenu membre du conseil d'administration de RBI, il savait que la société avait des difficultés financières. Lors de la réunion de novembre 1987 du conseil d'administration, il a reçu un exemplaire du bilan de RBI qui, le 30 septembre 1987, indiquait un déficit de 132 000 \$. À aucun moment un employé ou un membre du conseil d'administration de RBI n'a discuté avec le contribuable du défaut de RBI de faire certains versements d'impôt exigés par la Loi. L'un des administrateurs, Ramona Beauchamp, avait donné aux autres administrateurs de RBI la consigne de ne pas discuter avec le contribuable d'autre chose que des questions qui avaient été soulevées aux réunions du conseil d'administration auxquelles le contribuable avait assisté. La question du défaut de RBI de verser des retenues à la source au ministère du Revenu national n'a jamais été abordée aux réunions du conseil. À aucun moment le contribuable n'a demandé si RBI s'acquittait des obligations de versement que lui imposait la Loi. Le contribuable a exercé les fonctions d'administrateur de RBI pendant la période allant d'octobre 1987 au 10 février 1988, date à laquelle sa démission est devenue exécutoire. (Bien que le ministre affirme au paragraphe 4 de son exposé des faits et du droit que le contribuable est devenu un administrateur en juin 1987, la conclusion du juge de la Cour de l'impôt sur ce point n'a pas été contestée en appel.)

[8] Par application du paragraphe 227.1(1) de la Loi, une cotisation d'un montant de 13 009,04 \$ a été établie à l'égard du contribuable à titre d'administra-

penalties in the amount of \$13,009.04 for the period October 1987 to January 1988. The taxpayer appealed that assessment to the Tax Court of Canada under the general procedure. After rejecting the taxpayer's argument based on his limited role in RBI, an issue abandoned on this appeal, the Tax Court Judge went on to hold that in the circumstances the statutory defence of due diligence was not available to the taxpayer. In the opinion of the Judge below, the fact that the taxpayer knew of RBI's financial difficulties at the time he accepted the directorship coupled with the fact that he took no steps to ensure remittance was a sufficient basis upon which to conclude that the taxpayer had failed "to exercise the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances."

## II. ISSUES

[9] It is often said that the requisite degree of care, skill and diligence to be exercised by a given director in the performance of his or her duties is to be determined as a "question of fact". Such an approach, while perhaps superficially attractive, oversimplifies the problem by failing to recognize that it is first necessary to establish the applicable standard of care. In turn, the pivotal issue is whether the statutory standard involves a subjective element, in the sense that the personal knowledge and background of a director is a relevant consideration, or whether the standard is an entirely objective one, to which all directors would be similarly held. When the issue is placed in this perspective, it is not difficult to understand what has been occurring in the Tax Court of Canada. As a general observation, a majority of judges of that Court have adopted the subjective standard, albeit by implication only. In but a few cases has that standard been rejected: e.g. *White (J.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2566 (T.C.C.). Moreover, there are a number of cases where the imposition of directors' liability is justified regardless of which standard is

teur pour la période allant d'octobre 1987 à janvier 1988. Cette cotisation représente les retenues à l'égard de la rémunération des employés que RBI n'a pas versées, ainsi que les intérêts et les pénalités s'y rapportant. Le contribuable a interjeté appel de cette cotisation devant la Cour canadienne de l'impôt en vertu de la procédure générale. Après avoir rejeté l'argument du contribuable fondé sur le rôle limité qu'il a joué au sein de RBI, argument qui n'a pas été repris dans le cadre du présent appel, le juge de la Cour de l'impôt a statué que les circonstances ne donnaient pas ouverture à la défense de diligence raisonnable d'origine législative. De l'avis du juge d'instance inférieure, le fait que le contribuable était au courant des difficultés financières de RBI lorsqu'il a accepté le poste d'administrateur, conjugué au fait qu'il n'a pris aucune mesure pour garantir le versement des sommes dues, était suffisant pour conclure que le contribuable n'a pas «agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables».

## II. LES QUESTIONS EN LITIGE

[9] Il est souvent dit que le degré de soin, de compétence et de diligence exigé d'un administrateur dans l'exercice de ses fonctions doit être tranché comme une «question de fait». Cette solution est peut-être intéressante à première vue, mais elle simplifie trop le problème parce qu'elle ne tient pas compte du fait qu'il est d'abord nécessaire de définir la norme de prudence applicable. Ensuite, la question fondamentale consiste à savoir si la norme d'origine législative comporte un élément subjectif, auquel cas les connaissances personnelles et l'expérience d'un administrateur sont un facteur pertinent, ou si la norme est entièrement objective, auquel cas elle s'appliquerait de la même façon à tous les administrateurs. Quand on considère la question dans cette optique, on n'a guère de mal à comprendre ce qui s'est passé à la Cour canadienne de l'impôt. À titre d'observation générale, la plupart des juges de cette Cour ont adopté la norme subjective, encore qu'implicitement seulement. Cette norme a été écartée dans quelques affaires seulement: p. ex. *White (J.) c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2566 (C.C.I.). Par ailleurs, il existe un certain nombre

chosen. Thus, perhaps the only conflict that truly exists is in the articulation of the proper standard: see *Cybulski v. M.N.R.* (1988), 39 B.L.R. 255 (T.C.C.), and compare with *Barnett (JV) v MNR*, [1985] 2 CTC 2336 (T.C.C.). In the end, a measure of consistency has been achieved, if only by virtue of the fact that the judicial qualities of common sense and fairness have filled the gap left by the absence of a precise explanation of the due diligence defence as articulated in subsection 227.1(3).

[10] As the subjective standard has its roots in the common law, my analysis will focus on the seminal decision in this area before turning to the basic question of whether and to what extent that standard has been modified by subsection 227.1(3) of the Act. As that provision is a mirror image of the standard imposed on directors under the *Canada Business Corporations Act* (the CBCA), R.S.C., 1985, c. C-44, and in light of the statutory presumption of coherence between statutes, it remains to determine Parliament's intent. In the reasons that follow, I conclude that the federal legislation includes an objective component but largely adopts the common law position to the extent that the former recognizes the subjective element. It is instructive, however, to begin with an overview of the circumstances giving rise to the adoption of the director liability provisions and the due diligence defence set out in section 227.1 of the *Income Tax Act*.

### III. LEGISLATIVE HISTORY AND FRAMEWORK

[11] Prior to the coming into force of section 227.1 of the Act, the Department of National Revenue faced two related but distinct problems. The first was the non-payment of corporate taxes *per se* and the second was the non-remittance of taxes that were to be withheld at source on behalf of a third party (e.g. employees). The 1981 recession exacerbated both of these problems. As companies experienced difficult financial times, corporations and directors actively and knowingly sought to avoid the payment of taxes in a

d'affaires dans lesquelles la responsabilité des administrateurs a été retenue sans égard à la norme choisie. Par conséquent, peut-être que la seule incompatibilité véritable réside dans la formulation de la norme appropriée: voir *Cybulski c. M.R.N.* (1988), 39 B.L.R. 255 (C.C.I.), et comparer avec *Barnett (JV) c MRN*, [1985] 2 CTC 2336 (C.C.I.). En fin de compte, une certaine uniformité a été atteinte, ne fût-ce qu'à cause du fait que les qualités judiciaires que sont le bon sens et l'équité ont comblé le vide créé par l'absence d'explication précise de la défense de diligence raisonnable prévue au paragraphe 227.1(3).

[10] Comme la norme subjective a son origine dans la common law, j'axerai d'abord mon analyse sur la décision de principe dans ce domaine, puis j'examinerai la question fondamentale de savoir si le paragraphe 227.1(3) de la Loi a modifié cette norme et dans quelle mesure il l'a fait. Comme cette disposition est le pendant de la norme imposée aux administrateurs par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (la LCSA), L.R.C. (1985), ch. C-44 [mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1], et vu la présomption législative de cohérence entre les lois, reste à déterminer l'intention du législateur. Dans les motifs qui suivent, je conclus que les dispositions législatives fédérales comportent un élément objectif mais adoptent en grande partie la position de la common law dans la mesure où elles reconnaissent l'élément subjectif. Il est toutefois instructif de commencer par un survol des circonstances qui ont donné lieu à l'adoption des dispositions sur la responsabilité des administrateurs et de la défense de diligence raisonnable prévues à l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

### III. L'HISTORIQUE ET LE CADRE LÉGISLATIFS

[11] Avant l'entrée en vigueur de l'article 227.1 de la Loi, le ministère du Revenu national était aux prises avec deux problèmes connexes mais distincts. Le premier était le non-paiement de l'impôt sur les sociétés en tant que tel et le second était le défaut de versement des impôts qui devaient être retenus à la source au nom d'un tiers (p. ex. des employés). La récession de 1981 a empiré la situation dans les deux cas. Comme les entreprises étaient dans une situation financière difficile, les sociétés et les administrateurs

variety of ways. For example, some companies allowed themselves to be stripped of their assets by a related entity, and left with an uncollectable "I.O.U.", with the result that the Crown's claim for unpaid corporate taxes could not be satisfied. Yet other corporations that were short of capital "sold" their unused investment tax credits or scientific research deductions with little concern for whether the company would subsequently be able to fulfill its obligations under the Act. Non-remittance of taxes withheld on behalf of a third party was likewise not uncommon during the recession. Faced with a choice between remitting such amounts to the Crown or drawing on such amounts to pay key creditors whose goods or services were necessary to the continued operation of the business, corporate directors often followed the latter course. Such patent abuse and mismanagement on the part of directors constituted the "mischief" at which section 227.1 was directed: see E. G. Kroft, "The Liability of Directors for Unpaid Canadian Taxes," in *Report of Proceedings of the Thirty-seventh Tax Conference, 1985* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1986) 30:1, at pages 30:1-30:3, 30:14-30:15; see also E. P. Moskowitz, "Directors' Liability Under Income Tax Legislation and Other Related Statutes" (1990), 38 *Can. Tax J.* 537, at pages 539-541.

[12] Before the introduction of section 227.1, the means available to the Department for the collection, from directors personally, of amounts owing to the Crown were limited and inadequate. Subsection 159(2) [as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 90] of the Act alone imposed personal liability on a director for corporate tax arrears only if a director acting in the capacity of a liquidator or a trustee distributed corporate property before obtaining the requisite tax clearance certificate. In addition to such civil liability, a director was (and still is) subject to criminal liability for corporate tax arrears pursuant to section 242 of the Act if that director "directed, authorized, assented to, acquiesced in, or participated in" the company's commission of an offence under the Act. However, in light of the

ont activement et sciemment cherché par divers moyens à se soustraire au paiement de l'impôt. Ainsi, certaines sociétés se sont laissées dépouiller de leurs éléments d'actif par une entité liée, et il leur est resté une créance irrécouvrable, d'où l'impossibilité pour la Couronne d'éteindre sa créance au titre de l'impôt sur les sociétés impayé. D'autres sociétés à court de capitaux ont «vendu» leurs crédits d'impôt à l'investissement inutilisés ou leurs déductions pour la recherche scientifique en ne se souciant guère de savoir si elles seraient par la suite en mesure de s'acquitter des obligations que leur imposait la Loi. Pendant la récession, il n'était pas rare non plus que des sociétés omettent de verser des retenues d'impôt faites au nom d'un tiers. Face à l'alternative de verser ces montants à la Couronne ou de les prendre pour rembourser d'importants créanciers dont les biens ou les services étaient nécessaires pour continuer d'exploiter l'entreprise, les administrateurs ont souvent choisi la deuxième voie. Cet abus et cette mauvaise gestion manifestes de la part des administrateurs constituaient la «situation irrégulière» que l'article 227.1 visait à corriger: voir E. G. Kroft, «The Liability of Directors for Unpaid Canadian Taxes» dans *Report of Proceedings of the Thirty-seventh Tax Conference, 1985* (Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1986) 30:1, aux pages 30:1 à 30:3, 30:14 et 30:15; voir aussi E. P. Moskowitz, «Directors' Liability Under Income Tax Legislation and Other Related Statutes» (1990), 38 *Rev. fiscale can.* 537, aux pages 539 à 541.

[12] Avant l'adoption de l'article 227.1, les moyens que pouvait prendre le Ministère pour recouvrer, auprès des administrateurs personnellement, les sommes dues à la Couronne étaient limités et inadéquats. Seul le paragraphe 159(2) [mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 90] de la Loi tenait un administrateur personnellement responsable des arriérés d'impôt de la société et ce uniquement si cet administrateur, agissant comme liquidateur ou syndic, répartissait les biens de la société avant d'obtenir le certificat attestant que les montants dus avaient été payés. Outre cette responsabilité civile, un administrateur pouvait (et peut encore) être tenu criminellement responsable des arriérés d'impôt de la société par application de l'article 242 de la Loi s'il «a[vait] prescrit ou autorisé l'infraction

difficulty of meeting the *mens rea* requirement of section 242, few directorial convictions under that provision have been secured.

[13] It was against this background that efforts were made to facilitate the Department's collection process by broadening directors' exposure to personal liability. The draft legislation, made public in June of 1982, which was a precursor to section 227.1 imposed absolute liability on directors for amounts that the corporation failed to deduct or remit on behalf of a third party as required by the Act. Notably, as originally enacted, section 227.1 did not impose liability for a failure to pay Part VII or Part VIII corporate tax. That development came later by way of amendment to subsection 227.1(1) in 1984: see S.C. 1984, c. 1, section 100, applicable to 1983 and subsequent taxation years.

[14] As noted above, section 227.1 was originally drafted as an absolute liability provision. It was only following a policy review undertaken in September of 1982 by the Department of Finance, in conjunction with the drafting process, that the "due diligence defence" set out in the current subsection 227.1(3) was introduced and the harsh character of the proposed legislation tempered.

[15] In 1989, when the Minister assessed the taxpayer in this case, section 227.1 [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124; 1984, c. 1, s. 100; 1988, c. 55, s. 172)] read in full as follows:

**227.1** (1) Where a corporation has failed to deduct or withhold an amount as required by subsection 135(3) or section 153 or 215, has failed to remit such an amount or has failed to pay an amount of tax for a taxation year as required under Part VII or VIII, the directors of the corporation at the time the corporation was required to deduct, withhold, remit or pay the amount are jointly and severally liable, together with the corporation, to pay that amount and any interest or penalties relating thereto.

[à la Loi commise par la personne morale] ou . . . y a[vait] consenti, acquiescé ou participé». Toutefois, vu la difficulté de prouver la *mens rea* prévue à l'article 242, peu d'administrateurs ont été reconnus coupables en vertu de cette disposition.

[13] C'est dans ce contexte que se sont inscrits les efforts déployés pour améliorer le processus de recouvrement du Ministère en exposant davantage les administrateurs au risque de se voir imposer une responsabilité personnelle. Le projet de disposition qui a été rendu public en juin 1982, et qui était un précurseur de l'article 227.1, imposait une responsabilité absolue aux administrateurs à l'égard des montants que la société omettait de déduire ou de verser au nom d'un tiers comme l'exigeait la Loi. Il convient de noter que l'article 227.1, tel qu'il a été initialement édicté, n'imposait aucune responsabilité à l'égard du défaut de payer l'impôt sur les sociétés prévu à la partie VII ou à la partie VIII. Cela est venu plus tard quand le législateur a modifié le paragraphe 227.1(1) en 1984: voir S.C. 1984, ch. 1, article 100, applicable aux années d'imposition 1983 et suivantes.

[14] Comme il est mentionné plus haut, l'article 227.1 a initialement été rédigé comme une disposition imposant une responsabilité absolue. C'est uniquement au terme d'un examen de la politique entrepris par le ministère des Finances en septembre 1982, parallèlement au processus de rédaction, que la «défense de diligence raisonnable» prévue au paragraphe 227.1(3) a été adoptée et que le caractère rigoureux du projet de disposition a été assoupli.

[15] Lorsque le ministre a établi la cotisation à l'égard du contribuable en l'espèce en 1989, l'article 227.1 [édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 124; 1984, ch. 1, art. 100; 1988, ch. 55, art. 172)] était ainsi conçu:

**227.1** (1) Lorsqu'une corporation a omis de déduire ou de retenir une somme, tel que prévu au paragraphe 135(3) ou à l'article 153 ou 215, ou a omis de remettre cette somme ou a omis de payer un montant d'impôt en vertu de la Partie VII ou de la Partie VIII pour une année d'imposition, les administrateurs de la corporation, à la date à laquelle la corporation était tenue de déduire, de retenir, de verser ou de payer la somme, sont solidairement responsables, avec la corporation, du paiement de cette somme, incluant tous les intérêts et toutes les pénalités s'y rapportant.

- (2) A director is not liable under subsection (1), unless
- (a) a certificate for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been registered in the Federal Court of Canada under section 223 and execution for such amount has been returned unsatisfied in whole or in part;
- (b) the corporation has commenced liquidation or dissolution proceedings or has been dissolved and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been proved within six months after the earlier of the date of the commencement of the proceedings and the date of dissolution; or
- (c) the corporation has made an assignment or a receiving order has been made against it under the *Bankruptcy Act* and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been proved within six months after the date of the assignment or receiving order.
- (3) A director is not liable for a failure under subsection (1) where he exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances.
- (4) No action or proceedings to recover any amount payable by a director of a corporation under subsection (1) shall be commenced more than two years after he last ceased to be a director of that corporation.
- (5) Where execution referred to in paragraph (2)(a) has issued, the amount recoverable from a director is the amount remaining unsatisfied after execution.
- (6) Where a director pays an amount in respect of a corporation's liability referred to in subsection (1) that is proved in liquidation, dissolution or bankruptcy proceedings, he is entitled to any preference that Her Majesty in right of Canada would have been entitled to had such amount not been so paid and, where a certificate that relates to such amount has been registered, he is entitled to an assignment of the certificate to the extent of his payment, which assignment the Minister is hereby empowered to make.
- (7) A director who has satisfied a claim under this section is entitled to contribution from the other directors who were liable for the claim.
- (2) Un administrateur n'encourt pas la responsabilité en vertu du paragraphe (1), à moins que
- a) un certificat précisant la somme pour laquelle la corporation est responsable selon ce paragraphe n'ait été enregistré à la Cour fédérale du Canada en application de l'article 223 et qu'il n'y ait eu défaut d'exécution totale ou partielle à l'égard de cette somme;
- b) la corporation n'ait entrepris des procédures de liquidation ou de dissolution ou qu'elle n'ait fait l'objet d'une dissolution et qu'une réclamation de la somme à l'égard de laquelle la corporation encourt la responsabilité en vertu de ce paragraphe n'ait été établie dans les six mois après la date à laquelle les procédures ont été entreprises et la date de la dissolution, celle survenant la première étant à retenir; ou
- c) la corporation n'ait fait une cession ou qu'une ordonnance de séquestre n'ait été rendue contre elle en vertu de la *Loi sur la faillite* et qu'une réclamation de la somme à l'égard de laquelle la corporation encourt la responsabilité en vertu de ce paragraphe n'ait été établie dans les six mois suivant la date de la cession ou de l'ordonnance de séquestre.
- (3) Un administrateur n'est pas responsable de l'omission visée au paragraphe (1) lorsqu'il a agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables.
- (4) L'action ou les procédures visant le recouvrement d'une somme payable par un administrateur d'une corporation en vertu du paragraphe (1) sont prescrites après deux ans de la date à laquelle l'administrateur cesse pour la dernière fois d'être un administrateur de cette corporation.
- (5) Dans le cas du défaut d'exécution visé à l'alinéa (2)a), la somme qui peut être recouvrée d'un administrateur est celle qui demeure impayée après l'exécution.
- (6) Lorsqu'un administrateur verse une somme à l'égard de laquelle la corporation encourt une responsabilité en vertu du paragraphe (1), qui est établie lors de procédures de liquidation, de dissolution ou de faillite, il a droit à tout privilège auquel Sa Majesté du chef du Canada aurait eu droit si cette somme n'avait pas été payée et, lorsqu'un certificat a été enregistré relativement à cette somme, il peut exiger que le certificat lui soit cédé jusqu'à concurrence du versement et le Ministre est autorisé à faire cette cession.
- (7) L'administrateur qui a satisfait à la réclamation en vertu du présent article peut répéter les parts des administrateurs tenus responsables de la réclamation.

[16] Subsection 227.1(1) thus provides that directors may be held personally liable for the corporation's failure to withhold and remit certain amounts to the Receiver General of Canada. However, the Minister cannot successfully rely upon subsection (1) for recovery of amounts owing unless a series of preconditions are satisfied. Subsection 227.1(2), for example, shields a director from personal liability unless one of the following circumstances arises:

- A certificate for the amount of the corporate tax liability has been registered in the Federal Court and execution thereof has been partially or wholly unsatisfied;
- The corporation has commenced proceedings for liquidation or dissolution and a claim for the amount of the corporate tax liability is proved within six months after commencement of such proceedings; or
- The corporation has made an assignment (or had a receiving order made against it) under the *Bankruptcy Act* [R.S.C., 1985, c. B-3] and a claim for the amount of the corporate tax liability is proved within six months after the date of the assignment or receiving order.

See V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. (Toronto: Carswell, 1995), at pages 1111-1112; see also Information Circular No. 89-2, "Directors' Liability—Section 227.1 of the Income Tax Act" (1 May 1989).

[17] Moreover, pursuant to subsection 227.1(4), the Minister is not entitled to invoke subsection 227.1(1) unless he commences proceedings thereunder within two years of the date that the defendant director ceased to hold that corporate position. Finally and most importantly, for our purposes, subsection 227.1(3) states that a director is not liable under subsection (1) if he or she "exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure [to deduct, withhold or remit] that a reasonably prudent

[16] Le paragraphe 227.1(1) dispose donc qu'un administrateur peut être tenu personnellement responsable du défaut de la société de retenir et de verser certaines sommes au receveur général du Canada. Toutefois, le ministre ne peut invoquer le paragraphe (1) pour recouvrer des montants dus que si certaines conditions préalables sont réunies. Ainsi, le paragraphe 227.1(2) dispose qu'un administrateur n'encourt pas de responsabilité personnelle, sauf dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes:

- Un certificat précisant la somme pour laquelle la société est responsable a été enregistré à la Cour fédérale du Canada et il y a eu défaut d'exécution totale ou partielle à l'égard de cette somme;
- La société a entrepris des procédures de liquidation ou de dissolution, et une réclamation de la somme à l'égard de laquelle la société encourt la responsabilité a été établie dans les six mois après la date à laquelle les procédures ont été entreprises;
- La société a fait une cession (ou une ordonnance de séquestre a été rendue contre elle) en vertu de la *Loi sur la faillite* [L.R.C. (1985), ch. B-3], et une réclamation de la somme à l'égard de laquelle la société encourt la responsabilité a été établie dans les six mois suivant la date de la cession ou de l'ordonnance de séquestre.

Voir V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5<sup>e</sup> éd. (Toronto: Carswell, 1995), aux pages 1111 et 1112; voir aussi Circulaire d'information n° 89-2, «Responsabilité des administrateurs—Article 227.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu» (1<sup>er</sup> mai 1989).

[17] De plus, le paragraphe 227.1(4) empêche le ministre d'invoquer le paragraphe 227.1(1) s'il n'entreprend pas les procédures en question dans les deux ans qui suivent la date à laquelle l'administrateur défendeur a cessé d'exercer ses fonctions d'administrateur. Enfin, et fait très important en l'espèce, le paragraphe 227.1(3) dispose qu'un administrateur n'est pas responsable de l'omission visée au paragraphe (1) s'il a «agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une



person would have exercised in comparable circumstances.”

[18] During the course of oral argument, a question arose as to whether a finding of director liability might somehow impact negatively upon an employee’s liability to pay tax, the inference being that if a director is exonerated then perhaps an employee might somehow be required to provide the funds notionally deducted and still owing to Her Majesty. As I understand the current statutory regime, employees are not held personally liable in the event that a company fails to remit deductions purportedly withheld at source: see *Lalonde (R) v MNR*, [1982] CTC 2749 (T.R.B.). Employees are entitled to apply amounts purportedly deducted at source “as a credit against their taxes payable,” whether deducted or not (Moskowitz, *supra*, at page 550). Of course, Parliament could have opted to treat employees in a less generous fashion. Prior to the enactment of section 227.1, however, the departments of Finance and National Revenue had specifically considered and rejected such a course as an alternative to that provision: see Kroft, *supra*, at page 30:13. In short, the issue of director liability under section 227.1 is irrelevant to the question of employee liability for unremitted source deductions.

#### IV. THE STANDARD OF CARE

[19] The starting point for an analysis of the common law duty of care is the seminal judgment of Romer J. in *City Equitable Fire Insurance Co., In re*, [1925] Ch. 407 (C.A.). In that case, an investigation undertaken upon winding up of the company revealed a shortage of funds determined to be largely attributable to fraud on the part of the managing director. Although the other corporate directors were not party to that fraudulent action the Official Receiver, as liquidator, sought to hold them liable for the loss on the basis that they were in a position to prevent the fraud and should have done so. Romer J. found that the other directors had breached their duty of care but

personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables».

[18] Au cours des plaidoiries, le débat a porté sur la question de savoir si un verdict de responsabilité à l’encontre d’un administrateur pourrait d’une façon ou d’une autre influencer négativement sur l’assujettissement à l’impôt d’un employé, le raisonnement étant que si l’administrateur échappe à la responsabilité alors peut-être que l’employé pourrait d’une façon ou d’une autre être tenu de verser les sommes théoriquement retenues et encore dues à Sa Majesté. Si je comprends bien le régime législatif actuel, les employés ne sont pas tenus personnellement responsables lorsque la société omet de verser des sommes censément retenues à la source: voir *Lalonde (R) c MRN*, [1982] CTC 2749 (C.R.I.). Les employés ont le droit d’imputer des sommes censément retenues à la source [TRADUCTION] «comme un crédit sur les impôts qu’ils doivent payer», peu importe que ces sommes aient ou non été retenues (Moskowitz, précité, à la page 550). Le législateur aurait évidemment pu choisir de traiter les employés avec moins de magnanimité. Avant la promulgation de l’article 227.1, toutefois, les ministères des Finances et du Revenu national ont spécifiquement envisagé et rejeté cette possibilité en tant que solution de rechange à cette disposition: voir Kroft, précité, à la page 30:13. Bref, la question de la responsabilité des administrateurs en vertu de l’article 227.1 n’a rien à voir avec la question de la responsabilité des employés à l’égard des retenues à la source non versées.

#### IV. LA NORME DE PRUDENCE

[19] La décision de principe rendue par le juge Romer dans l’arrêt *City Equitable Fire Insurance Co., In re*, [1925] Ch. 407 (C.A.), constitue le point de départ d’une analyse de l’obligation de prudence en common law. Dans cette affaire, une enquête ouverte à la suite de la liquidation de la société a révélé un découvert de trésorerie en grande partie attribuable à une fraude commise par l’administrateur délégué. Les autres administrateurs n’étaient pas complices, mais le séquestre officiel, à titre de liquidateur, a cherché à les tenir responsables de la perte au motif qu’ils étaient en mesure d’empêcher la fraude et auraient dû le faire. Le juge Romer a conclu que les autres administrateurs

further held that an indemnification clause in the company's articles of association prevented the Official Receiver from recovering the missing funds from them. In coming to that conclusion, Romer J. framed in the following terms the minimum standard of care, diligence and skill required of directors by the common law (at pages 426-429):

It has sometimes been said that directors are trustees. If this means no more than that directors in the performance of their duties stand in a fiduciary relationship to the company, the statement is true enough. But if the statement is meant to be an indication by way of analogy of what those duties are, it appears to me to be wholly misleading. I can see but little resemblance between the duties of a director and the duties of a trustee of a will or of a marriage settlement. It is indeed impossible to describe the duty of directors in general terms, whether by way of analogy or otherwise . . . . The larger the business carried on by the company the more numerous, and the more important, the matters that must of necessity be left to the managers, the accountants and the rest of the staff. The manner in which the work of the company is to be distributed between the board of directors and the staff is in truth a business matter to be decided on business lines . . . .

In order, therefore, to ascertain the duties that a person appointed to the board of an established company undertakes to perform, it is necessary to consider not only the nature of the company's business, but also the manner in which the work of the company is in fact distributed between the directors and the other officials of the company, provided always that this distribution is a reasonable one in the circumstances, and is not inconsistent with any express provisions of the articles of association. In discharging the duties of his position thus ascertained a director must, of course, act honestly; but he must also exercise some degree of both skill and diligence.

. . . .

. . . (1.) A director need not exhibit in the performance of his duties a greater degree of skill than may reasonably be expected from a person of his knowledge and experience . . . . In the words of Lindley M.R.: "If directors act within their powers, if they act with such care as is reasonably to be expected from them, having regard to their knowledge and experience, and if they act honestly for the benefit of the company they represent, they discharge both their equitable as well as their legal duty to the company": see *Lagunas Nitrate Co. v. Lagunas Syndicate*. It is perhaps only another way of stating the same proposition to say that

avaient manqué à l'obligation de prudence qui leur incombait, mais a également statué qu'une clause d'indemnisation contenue dans les statuts constitutifs de la société empêchait le séquestre officiel de recouvrer les sommes manquantes auprès de ceux-ci. Pour parvenir à cette conclusion, le juge Romer a énoncé ainsi qu'il suit la norme minimale de soin, de diligence et de compétence que la common law impose aux administrateurs (aux pages 426 à 429):

[TRADUCTION] Il a parfois été dit que les administrateurs sont des fiduciaires. Cette affirmation est assez vraie si elle signifie simplement que les administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions ont une relation fiduciaire avec la société. Mais si elle se veut une indication par voie d'analogie de ce que sont ces fonctions, il me semble qu'elle est tout à fait trompeuse. Je ne vois guère de ressemblance entre les fonctions d'un administrateur et celles du fiduciaire d'un testament ou d'une convention matrimoniale. Il est en effet impossible de décrire le devoir des administrateurs en termes généraux, par voie d'analogie ou autrement . . . Plus l'entreprise exploitée par la société est grande, plus les affaires qui doivent inévitablement être confiées aux gestionnaires, aux comptables et au reste du personnel sont nombreuses et importantes. La façon dont le travail de la société doit être réparti entre les membres du conseil d'administration et les employés est à vrai dire une question relevant des affaires qui doit être tranchée en fonction des genres d'activités . . . .

Par conséquent, afin de définir les fonctions qu'une personne nommée au sein du conseil d'administration d'une société établie s'engage à accomplir, il est nécessaire d'examiner non seulement la nature de l'entreprise exploitée par la société, mais aussi la façon dont le travail de la société est réparti, dans les faits, entre les administrateurs et les autres dirigeants de la société, à condition toujours que cette répartition soit raisonnable dans les circonstances et ne soit pas incompatible avec les dispositions expresses des statuts constitutifs. Pour s'acquitter des fonctions de son poste ainsi définies, un administrateur doit évidemment agir avec intégrité, mais il doit aussi faire preuve d'un certain degré de compétence et de diligence.

. . . .

. . . (1.) L'administrateur n'est pas tenu de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, un degré d'habileté supérieur à celui qu'on pourrait raisonnablement attendre d'une personne ayant ses connaissances et son expérience . . . Comme le dit M. Lindley, M.R.: «Si les administrateurs agissent dans le cadre de leurs pouvoirs, s'ils manifestent le soin qu'on peut raisonnablement attendre d'eux, compte tenu de leurs connaissances et de leur expérience, et s'ils agissent avec intégrité dans l'intérêt de la société qu'ils représentent, ils s'acquittent tant de leur obligation en *equity* que de leur obligation légale envers la personne morale: voir *Lagunas*

directors are not liable for mere errors of judgment. (2.) A director is not bound to give continuous attention to the affairs of his company. His duties are of an intermittent nature to be performed at periodical board meetings, and at meetings of any committee of the board upon which he happens to be placed. He is not, however, bound to attend all such meetings, though he ought to attend whenever, in the circumstances, he is reasonably able to do so. (3.) In respect of all duties that, having regard to the exigencies of business, and the articles of association, may properly be left to some other official, a director is, in the absence of grounds for suspicion, justified in trusting that official to perform such duties honestly. [For a good review of the common law, see *Dixon v. Deacon Morgan McEwen Easson* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 180 (S.C.), per Bouck J.]

The above quotes reveal a plethora of legal propositions. For purposes of this analysis, I confine myself to the following.

[20] First, it is clear that directors are not to be equated with trustees. As Gower points out, directors are agents of the company rather than its trustees: see L. C. B. Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 3rd ed. (London: Stevens & Sons, 1969), at page 516. But as agents, directors stand in a fiduciary relationship to their principal, the company. Admittedly, to the extent that a fiduciary is under a duty to act, for example, in good faith so too is a trustee and, thus, in this limited sense the comparison of a director and a trustee has validity. The analogy breaks down, however, when consideration is given to the duties of care and skill.

[21] Notwithstanding the fact that the director/trustee analogy is generally inappropriate in the corporate context, during the course of oral argument, attention focused on the fact that subsection 227(5) [as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 171] of the Act deems amounts deducted or withheld to be held in trust, irrespective of whether the funds deducted or withheld under the Act were actually so segregated. The inference to be drawn was that that provision somehow cloaks a director with the cape of a trustee. In my view, the

*Nitrate Co. v. Lagunas Syndicate*. Il s'agit peut-être simplement d'une autre façon de dénoncer la même chose que de dire que l'administrateur n'est pas responsable de simples erreurs de jugement. (2.) L'administrateur n'est pas tenu de consacrer son attention en permanence aux affaires de la société. Ses fonctions ont un caractère intermittent et doivent être accomplies lors des réunions périodiques du conseil, ainsi qu'aux réunions de tout comité dont il fait partie. Bien qu'il ne soit pas tenu d'assister à toutes ces réunions, il devrait y participer lorsqu'il est raisonnablement en mesure de le faire. (3.) En ce qui concerne toutes les tâches que, eu égard aux exigences de l'entreprise et des statuts constitutifs, l'on peut confier à un autre dirigeant, l'administrateur est fondé à présumer, sauf s'il a des motifs de le soupçonner, que ce dirigeant s'acquitte de ses fonctions avec intégrité. [Pour une bonne synthèse de la common law, voir *Dixon v. Deacon Morgan McEwen Easson* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 180 (C.S.), le juge Bouck.]

Les passages précités renferment de nombreuses affirmations juridiques. Dans le cadre de la présente analyse, je me contenterai d'examiner les suivantes.

[20] Premièrement, il est clair qu'il ne faut pas assimiler les administrateurs à des fiduciaires. Comme Gower le signale, les administrateurs sont des mandataires de la société plutôt que ses fiduciaires: voir L. C. B. Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 3<sup>e</sup> éd. (Londres: Stevens & Sons, 1969), à la page 516. Toutefois, à titre de mandataires, les administrateurs ont une relation fiduciaire avec leur mandant, à savoir la société. Il faut reconnaître que, dans la mesure où un représentant fiduciaire (*fiduciary*) est tenu d'agir de bonne foi, par exemple, un fiduciaire (*trustee*) l'est aussi, et, par conséquent, dans ce sens limité, la comparaison entre un administrateur et un fiduciaire est valable. L'analogie ne vaut plus, toutefois, quand les obligations de soin et de compétence entrent en ligne de compte.

[21] En dépit du fait que l'analogie entre l'administrateur et le fiduciaire est généralement inappropriée dans le contexte d'une société, on a fait valoir au cours des plaidoiries que, aux termes du paragraphe 227(5) [mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 171] de la Loi, les montants déduits ou retenus par application de la Loi sont réputés être détenus en fiducie, qu'ils aient ou non, en fait, été tenus séparés de cette façon. On a invité la Cour à en déduire que cette disposition confère en quelque sorte un statut de fiduciaire à

inference is without legal foundation once regard is had to the true purpose underlying subsection 227(5). The purpose of that subsection is to enable the Minister to allege priority over competing creditors in the event that a corporation is no longer able to meet its continuing fiscal obligations. At this point, a brief explanation is required.

[22] At the time of enactment of section 227.1, subsection 227(5) as it then read dictated that all amounts deducted or withheld under the Act be kept in a separate trust account. In 1986, that requirement was repealed and replaced by a provision which deemed amounts deducted or withheld after 23 May 1985 to be “held in trust . . . separate . . . and apart from the [corporation’s] own moneys” irrespective of whether the funds deducted or withheld under the Act were actually so segregated: see S.C. 1986, c. 6, subsection 118(1). The reenactment of subsection 227(5) was apparently motivated by a desire to ameliorate the Department’s position vis-à-vis other secured creditors by dispensing with the perceived need for “tracing” funds caused by the original provision in order to establish priority: see Kroft, *supra*, at page 30:5, note 22. While the new deeming provision seeks to ensure that the Crown no longer suffers from the perceived disadvantage of having to trace monies back to an actual trust account, the trust character of source deductions was preserved. It is my understanding that without some sort of trust, the Crown is of the opinion that it would have even greater difficulty establishing the priority of its claim over others. In the circumstances, I do not think it can be reasonably argued that subsection 227(5) reflects Parliament’s intent with respect to the statutory standard of care set out in subsection 227.1(3).

[23] The reality is that employers do not actually set aside funds relating to source deductions every time an employee is issued a pay cheque. The withholding of source deductions is a notional concept which does not materialize until the obligation to remit actually arises. In respect of amounts which are notionally withheld from an employee’s salary pursuant to

l’administrateur. À mon avis, cette conclusion n’a aucun fondement juridique quand on tient compte de l’objet véritable du paragraphe 227(5). Cette disposition vise à permettre au ministre de revendiquer un droit de priorité sur les autres créanciers lorsqu’une société n’est plus en mesure de s’acquitter de ses obligations fiscales permanentes. Une courte explication est nécessaire à ce stade-ci.

[22] Au moment de la promulgation de l’article 227.1, le paragraphe 227(5) tel qu’il était alors libellé disposait que toutes les sommes déduites ou retenues en vertu de la Loi devaient être conservées dans un compte en fiducie distinct. En 1986, cette exigence a été supprimée et remplacée par une disposition portant que les montants déduits ou retenus en application de la Loi après le 23 mai 1985 étaient réputés être «détenu[s] en fiducie [et] . . . tenu[s] séparé[s] des propres fonds de la [société]», qu’ils aient ou non, de fait, été tenus séparés ainsi: voir S.C. 1986, ch. 6, paragraphe 118(1). La réadoption du paragraphe 227(5) s’expliquerait par le désir d’améliorer la position du Ministère vis-à-vis d’autres créanciers garantis en le dispensant de la nécessité perçue de «retracer» des montants qu’imposait la disposition initiale pour établir sa priorité: voir Kroft, précité, à la page 30:5, note 22. Bien que la nouvelle présomption du paragraphe 227(5) cherche à garantir que la Couronne n’a plus à subir l’inconvénient perçu d’avoir à retracer des montants jusqu’à un compte en fiducie véritable, le caractère fiduciaire des retenues à la source a été conservé. Si je comprends bien, sans une sorte de fiducie, la Couronne estime qu’elle aurait encore plus de mal à établir la préséance de sa réclamation sur celle d’autres créanciers. Dans ces circonstances, il ne me paraît pas possible de valablement soutenir que le paragraphe 227(5) reflète l’intention du législateur en ce qui a trait à la norme de prudence d’origine législative énoncée au paragraphe 227.1(3).

[23] Dans les faits, les employeurs ne mettent pas vraiment de côté les sommes correspondant aux retenues à la source chaque fois qu’ils émettent un chèque de paie à un employé. La retenue à la source est un concept théorique qui se matérialise uniquement lorsque vient le temps de verser les sommes retenues. S’agissant des montants qui sont théoriquement

subsection 153(1), the regulations under the Act prescribe that remittance must take place within fifteen days of the end of the month in which the withholding occurred. That is a minimum requirement and more frequent remittance is prescribed where average monthly withholdings exceed \$15,000.

[24] At least one commentator has suggested that the amendment to abolish the need to establish a separate trust account has the practical effect of lowering the level of diligence that the Act requires of directors in relation to employee withholdings: see R. L. Campbell, "The Fiduciary Duties of Corporate Directors: Exploring New Avenues" (1988), 36 *Can. Tax J.* 912. For purposes of this appeal, it is sufficient that I conclude that subsection 227(5) does not raise the standard of care to the trustee threshold. I return now to some of the other legal propositions established in *City Equitable*.

[25] The second proposition that I wish to discuss is the following: a director need not exhibit in the performance of his or her duties a greater degree of skill and care than may reasonably be expected from a person of his or her knowledge and experience. Thus, the standard of care is partly objective (the standard of the reasonable person), and partly subjective in that the reasonable person is judged on the basis that he or she has the knowledge and experience of the particular individual. It is a hybrid "objective subjective standard". The English courts, true to their aristocratic traditions, appear to have been unwilling to hold directors to a higher standard of account, namely the objective one, for a pragmatic reason: "the facts are that until recently the possession of a title was often regarded as a greater qualification for office than any amount of business acumen and drive, and that the ordinary part-time director was only expected to display such skill (if any) as he happened to possess, and such attention to duty as he thought fit to offer" (Gower, *supra*, at pages 549-550).

retenus du salaire d'un employé par application du paragraphe 153(1), le règlement d'application de la Loi dispose que le versement doit être fait dans les quinze jours qui suivent la fin du mois au cours duquel la retenue a été faite. Il s'agit d'une exigence minimale et des versements plus fréquents sont prescrits lorsque les retenues mensuelles moyennes dépassent 15 000 \$.

[24] Au moins un commentateur a dit que la modification ayant supprimé la nécessité d'établir un compte en fiducie distinct a eu pour effet, en pratique, d'abaisser le niveau de diligence que la Loi exige des administrateurs à l'égard des retenues salariales: voir R. L. Campbell, «The Fiduciary Duties of Corporate Directors: Exploring New Avenues» (1988), 36 *Rev. fiscale can.* 912. Dans le cadre du présent appel, il est suffisant de conclure que le paragraphe 227(5) n'élève pas la norme de prudence au point de faire de l'administrateur un fiduciaire. Je reviens maintenant à quelques-unes des autres affirmations juridiques faites dans l'arrêt *City Equitable*.

[25] La deuxième affirmation que je souhaite examiner est la suivante: l'administrateur n'a pas besoin de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, un degré de compétence et de soin supérieur à ce qu'on peut attendre d'une personne ayant ses connaissances et son expérience. Ainsi, la norme de prudence est partiellement objective (la norme de la personne raisonnable) et partiellement subjective étant donné que la personne raisonnable est définie en fonction des connaissances et de l'expérience de l'intéressé. Il s'agit d'une «norme objective subjective» mixte. Les cours anglaises, fidèles à leurs traditions aristocratiques, semblent avoir été peu disposées à imposer aux administrateurs une norme de responsabilité plus exigeante, c'est-à-dire la norme objective, pour une raison pratique: [TRADUCTION] «le fait est que, jusqu'à une époque récente, la possession d'un titre était souvent considérée comme une meilleure qualification pour occuper une charge que n'importe quel degré de perspicacité et de dynamisme en affaires, et que l'administrateur à temps partiel ordinaire était simplement censé manifester l'habileté (s'il en est) qu'il possédait et consacrer à ses fonctions l'attention qu'il jugeait appropriée» (Gower, précité, aux pages 549 et 550).

[26] Third, a director is not obliged to give continuous attention to the affairs of the company, nor is he or she even bound to attend all meetings of the board. However when, in the circumstances, it is reasonably possible to attend such meetings, a director ought to do so. Subsequent English cases, though, went to more of an extreme, permitting a director to avoid liability despite having missed all board meetings for a period of several years: see e.g. *Denham & Co., In re* (1883), 25 Ch.D. 752 (C.A.); see also *Cardiff Savings Bank, In re. Bute's (Marquis of) Case*, [1892] 2 Ch. 100. Notwithstanding such authorities, it would be silly to pretend that the common law would stand still and permit directors to adhere to a standard of total passivity and irresponsibility. At the risk of getting ahead of myself, it should be noted here that the law today can scarcely be said to embrace the principle that the less a director does or knows or cares, the less likely it is that he or she will be held liable. Further to this point, the statutory standard of care will surely be interpreted and applied in a manner which encourages responsibility. Accordingly, the director who acts irresponsibly, for example, by failing to attend all board meetings now does so at his own peril: see *McCandless (M.W.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2111 (T.C.C.). That being said, the matter of director passivity will have to be reevaluated in light of the statutory standard discussed below.

[27] Fourth, in the absence of grounds for suspicion, it is not improper for a director to rely on company officials to perform honestly duties that have been properly delegated to them. Further to this point, it is the exigencies of business and the company's articles of association that, together, will determine whether it is appropriate to delegate a duty. The larger the business, for instance, the greater will be the need to delegate.

[28] Those who argue in favour of a subjective standard of care, as established at common law, cite the difficulties associated with formulating and applying an objective standard by which to judge the conduct of all directors. B. L. Welling explains the

[26] Troisièmement, l'administrateur n'est pas obligé de consacrer son attention en permanence aux affaires de la société, et il n'est même pas tenu d'assister à toutes les réunions du conseil. Il devrait cependant assister à ces réunions lorsqu'il est raisonnablement en mesure de le faire. D'autres décisions anglaises sont cependant allées jusqu'à dégager un administrateur de toute responsabilité même s'il n'avait assisté à aucune réunion du conseil pendant plusieurs années: voir p. ex. *Denham & Co., In re* (1883), 25 Ch.D. 752 (C.A.); voir aussi *Cardiff Savings Bank, In re. Bute's (Marquis of) Case*, [1892] 2 Ch. 100. Malgré ces décisions, il serait absurde de prétendre que la common law resterait figée et permettrait aux administrateurs de se conformer à une norme de passivité et d'irresponsabilité totales. Au risque d'anticiper sur ce qui vient, je tiens à faire remarquer à ce moment-ci qu'on ne peut guère dire que le droit de nos jours pose en principe que moins un administrateur en fait, moins il en sait ou moins il se montre prudent, moins il risque d'être tenu responsable. Par ailleurs, la norme de prudence d'origine législative sera sûrement interprétée et appliquée d'une manière propre à encourager la responsabilité. Par conséquent, l'administrateur qui agit de façon irresponsable, par exemple, en n'assistant pas à toutes les réunions du conseil le fait maintenant à ses risques et périls: voir *McCandless (M.W.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2111 (C.C.I.). Cela dit, la question de la passivité de l'administrateur devra être réévaluée à la lumière de la norme d'origine législative examinée ci-après.

[27] Quatrièmement, l'administrateur peut à juste titre compter sur les dirigeants de la société pour s'acquitter avec intégrité des fonctions qui leur ont été régulièrement déléguées, sauf s'il a des motifs d'avoir des soupçons. Par ailleurs, ce sont les exigences de l'entreprise et les statuts constitutifs de la société qui, pris conjointement, détermineront s'il est approprié de déléguer une fonction. Ainsi, plus l'entreprise est grande, plus la délégation sera nécessaire.

[28] Ceux qui plaident en faveur d'une norme de prudence subjective, telle que la reconnaît la common law, mentionnent les difficultés rattachées à la formulation et à l'application d'une norme objective permettant de juger la conduite de tous les administrateurs.

problem in the following terms in *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1991), at pages 329-330:

... few minimum qualifications are required to be a corporate director whereas most identifiable professional groups share among them some minimum entry standards; in addition, directors are required to exercise business judgment and to take business risks varying from extreme conservatism to out-and-out speculation. The combination of these two factors made it difficult for judges and legislators to articulate a minimum standard of competence applicable to all managers in all situations.

Notwithstanding these arguments based on both the absence of stringent pre-requisites for becoming a director and the nature of that office which involves the exercise of business judgment, the question of whether the standard of care should be “upgraded” and if so, to what extent, has long been a subject of debate: see e.g. F. Iacobucci *et al.*, *Canadian Business Corporations: An Analysis of Recent Legislative Developments* (Agincourt, Ontario: Canada Law Book Ltd., 1977), at pages 291-293.

[29] The question I must address is whether the standard of care formulated in *City Equitable* has been upgraded pursuant to subsection 227.1(3) of the Act. For purposes of deciding this appeal, that question may be recast more precisely as follows: has the subjective element of the common law standard been eliminated or reduced by statute? In other words, has the largely subjective standard been “objectified”? Recall that subsection 227.1(3) reads thus:

**227.1 . . .**

(3) A director is not liable for a failure under subsection (1) where he exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances.

Interestingly, the wording of that provision is virtually identical to the language used in paragraph 122(1)(b) of the *Canada Business Corporations Act* which sets

B. L. Welling explique le problème en ces termes dans l’ouvrage *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1991), aux pages 329 et 330:

[TRADUCTION] . . . les qualités minimales requises pour être nommé au sein du conseil d’administration d’une société sont peu nombreuses alors que la plupart des groupes professionnels identifiables ont en commun certaines normes d’entrée minimales; de plus, les administrateurs sont tenus de faire preuve de discernement en affaires et de prendre des risques commerciaux qui vont du conservatisme extrême à la spéculation débridée. Pris conjointement, ces deux facteurs font en sorte qu’il est difficile pour les juges et les législateurs d’énoncer une norme minimale de compétence applicable à tous les gestionnaires dans toutes les situations.

Malgré ces arguments fondés tant sur l’absence de conditions préalables strictes pour devenir un administrateur que sur la nature de cette charge qui suppose un esprit de discernement en affaires, la question de savoir si la norme de prudence devrait être «resserrée» et, dans l’affirmative, dans quelle mesure, fait depuis longtemps l’objet d’un débat: voir, p. ex., F. Iacobucci et autres, *Canadian Business Corporations: An Analysis of Recent Legislative Developments* (Agincourt (Ontario): Canada Law Book Ltd., 1977), aux pages 291 à 293.

[29] La question que je dois examiner consiste à savoir si la norme de prudence énoncée dans l’arrêt *City Equitable* a été resserrée du fait de l’application du paragraphe 227.1(3) de la Loi. Dans le cadre du présent appel, cette question peut être reformulée de façon plus précise ainsi qu’il suit: l’élément subjectif de la norme de common law a-t-il été supprimé ou affaibli par la loi? En d’autres termes, la norme en grande partie subjective a-t-elle été «objectivée»? Il convient de rappeler le libellé du paragraphe 227.1(3):

**227.1 . . .**

(3) Un administrateur n’est pas responsable de l’omission visée au paragraphe (1) lorsqu’il a agi avec le degré de soin, de diligence et d’habileté pour prévenir le manquement qu’une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables.

Fait intéressant, le libellé de cette disposition est pratiquement identique à celui de l’alinéa 122(1)b) [mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 13] de la *Loi cana-*

out, for purposes of corporate law, the following general standard of care to be exercised by directors:

**122.** (1) Every director and officer of a corporation in exercising his powers and discharging his duties shall

...

(b) exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.

Notably, the statutory phrase “care, diligence and skill” reflects the language of the *City Equitable* case. It is also noteworthy that a number of provinces have corporate legislation containing a provision which mirrors in all material respects paragraph 122(1)(b) of the CBCA: see e.g. the Ontario *Business Corporations Act, 1982* (the OBCA), S.O. 1982, c. 4, s. 134(1)(b); but compare the British Columbia *Company Act* (the BCCA), R.S.B.C. 1979, c. 59, s. 142(1)(b), which does not contain the phrase “in comparable circumstances”.

[30] In my view, it is not simply a fortuitous occurrence that subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* adopts the same language as found in paragraph 122(1)(b) of the *Canada Business Corporations Act*, for both statutory provisions relate to the standard of care to be exercised. Admittedly, the CBCA provision deals with the standard of care owed to the corporation while the taxation provision concerns the standard of care owed to the Crown and Canadian taxpayers. However, that distinction does not serve to nullify the relevance of the standard set out in the CBCA, if only because of the presumption of coherence between statutes. That elementary principle of statutory interpretation is explained by P.-A. Côté in *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. (Cowansville, Quebec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991), at pages 288 and 290:

Different enactments of the same legislature are supposedly as consistent as the provisions of a single enactment. All legislation of one Parliament is deemed to make up a coherent system. Thus, interpretations favouring harmony between statutes should prevail over discordant ones,

*diennne sur les sociétés par actions* qui énonce, dans le contexte du droit des sociétés, la norme générale de prudence à laquelle doivent satisfaire les administrateurs:

**122.** (1) Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir:

...

b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

Il convient de noter que l'expression législative «soin, diligence et compétence» correspond aux termes employés dans l'arrêt *City Equitable*. Il convient également de noter que plusieurs provinces ont adopté une loi sur les sociétés contenant une disposition qui reflète sous tous les rapports importants l'alinéa 122(1)(b) de la LCSA: voir, p. ex., la *Business Corporations Act, 1982* de l'Ontario, S.O. 1982, ch. 4, art. 134(1)(b); mais comparer avec la *Company Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 142(1)(b), dans laquelle n'apparaît pas l'expression «en pareilles circonstances».

[30] À mon avis, ce n'est pas un pur hasard que le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* contienne des termes identiques à ceux qui figurent à l'alinéa 122(1)(b) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* car ces deux dispositions législatives se rapportent à la norme de prudence à respecter. Il faut reconnaître que la disposition de la LCSA concerne le degré de prudence dont il faut faire preuve envers la société tandis que la disposition fiscale concerne le degré de prudence dont il faut faire preuve envers l'État et les contribuables canadiens. Toutefois, cette distinction n'annule pas la pertinence de la norme énoncée dans la LCSA, ne fût-ce qu'à cause de la présomption de cohérence des lois entre elles. Ce principe élémentaire d'interprétation des lois est expliqué par P.-A. Côté dans son ouvrage *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. (Cowansville (Québec): Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990), aux pages 323 et 325:

On suppose qu'il règne, entre les divers textes législatifs adoptés par une même autorité, la même harmonie que celle que l'on trouve entre les divers éléments d'une loi: l'ensemble des lois est censé former un tout cohérent. L'interprète doit donc favoriser l'harmonisation des lois entre elles plutôt



because the former are presumed to better represent the thought of the legislator.

This presumption of coherence in enactments of the same legislature is even stronger when they relate to the same subject matter, *in pari materia*. Apparent conflicts between statutes should be resolved in such a way as to re-establish the desired harmony.

...

To sum up, the presumption of coherence in related legislation applies particularly to statutes of the same legislature. But it is also relevant to statutes of different jurisdictions, as one legislature may be deemed to imitate the form or be consistent with the substance of a statute enacted by another.

Thus, in order to determine whether the common law standard of care was modified by statute, it is both appropriate and instructive to consider not only the due diligence provision set out at subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* but also the analogous, and virtually identical, standard of care provisions found in the *Canada Business Corporations Act*.

[31] The question of the extent to which the common law standard might have been “upgraded” by these statutes has been questioned by academics and practitioners alike. Some commentators are of the view that, far from effecting a significant modification of the common law standard of care, the relevant legislative provisions established only a slightly more onerous regime than previously existed and one that retains much of its original, subjective character: see e.g. Welling, *supra*, at page 332. I am in general agreement with that assessment, keeping in mind my earlier comments with respect to director passivity (see discussion *supra*, at page 146). I begin my analysis by considering each of the statutory standard’s constituent elements in turn, namely: skill, care and diligence.

[32] Federal company law dictates that a director must “exercise the . . . skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.”

que leur contradiction, car le sens de la loi qui produit l’harmonie avec les autres lois est réputé représenter plus fidèlement la pensée de son auteur que celui qui produit des antinomies.

Plus concrètement, la présomption de cohérence des lois entre elles se manifeste avec d’autant plus d’intensité que les lois en question portent sur la même matière, sont *in pari materia*, comme on a l’habitude de dire. D’autre part, il peut apparaître certains conflits entre différentes lois, conflits que l’interprète devra résoudre de manière à rétablir l’harmonie.

...

En résumé donc, la présomption de cohérence entre lois connexes vaut surtout pour les lois émanant d’un même législateur. Elle s’appliquerait néanmoins entre lois issues de deux législateurs différents dans la mesure où il serait possible d’inférer des circonstances une volonté d’un des auteurs d’imiter la forme ou de tenir compte de la substance de l’autre législation.

Par conséquent, pour déterminer si la norme de prudence reconnue par la common law a été modifiée par la loi, il est approprié et instructif de tenir compte non seulement de la disposition relative à la diligence raisonnable prévue au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, mais aussi des dispositions analogues, et pratiquement identiques, relatives à la norme de prudence qui figurent dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

[31] Des universitaires et des avocats ont traité la question de la mesure dans laquelle la norme de common law pourrait avoir été «resserrée» par ces lois. Certains commentateurs sont d’avis que, loin d’avoir modifié sensiblement la norme de prudence en common law, les dispositions législatives pertinentes ont simplement créé un régime un peu plus exigeant que celui qui existait auparavant et un régime qui conserve une bonne partie de sa nature subjective initiale: voir, p. ex., Welling, précité, à la page 332. Je souscris généralement à ce point de vue, compte tenu des remarques que j’ai faites plus haut (à la page 146) sur la passivité des administrateurs. Je commence mon analyse par un examen de chacun des éléments constitutifs de la norme d’origine législative, à savoir la compétence, le soin et la diligence.

[32] La loi fédérale sur les sociétés dispose qu’un administrateur doit «agir . . . avec . . . la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une

By comparison, at common law a director was required to exercise only that degree of skill which could reasonably be expected from a person of his or her knowledge and experience. It has been suggested that the statutory skill criterion is essentially the same as the common law requirement: see Welling, *supra*, at page 333; see also Kroft, *supra*, at pages 30:42-30:43. In reaching that conclusion, those commentators point to the use of the phrase “in comparable circumstances” and, in conjunction therewith, note that a reasonably prudent person might not be at all skilled in the field of corporate management. Put differently, a reasonably prudent person in comparable circumstances may be, for example, an unskilled person. In my view, it is correct to distinguish in this way between a reasonably prudent person and a reasonably skilled person so as to conclude that the subjective element of the common law standard of skill has not been altered by federal statute.

[33] With respect to the duty of care, the *Canada Business Corporations Act* calls upon a director to “exercise the care . . . that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.” Once again, however, the statutory enactment of a care requirement does not appear to have altered the common law position that a director be expected to fulfill his or her duties with care by acting reasonably according to the knowledge and experience that he or she actually possessed: see Welling, *supra*, at page 333. Put differently, the relevant legislation does not refer to “a reasonably skilled person” who, presumably, would be deemed to possess a certain level of skill in relation to corporate management. Rather, the statute speaks of a reasonably prudent person and the care that that person would exercise in comparable circumstances. Hence, in the event that the reasonably prudent person is unskilled (which possibility is discussed above), the statute requires only the exercise of a degree of care which is commensurate with that person’s level of skill. It is in this manner that skill and care are clearly interconnected. That being said, it is worth emphasizing that it is insufficient for a director to assert simply that he or she did his or her

personne prudente». Par comparaison, la common law obligeait un administrateur qu’à agir avec le degré de compétence qu’une personne possédant ses connaissances et son expérience aurait raisonnablement exercé. Il a été dit que le critère législatif de la compétence est essentiellement le même que l’exigence prévue par la common law: voir Welling, précité, à la page 333; voir aussi Kroft, précité, aux pages 30:42 et 30:43. Pour parvenir à cette conclusion, ces commentateurs attirent l’attention sur l’emploi de l’expression «en pareilles circonstances» et font par ailleurs remarquer qu’une personne prudente pourrait ne pas être compétente du tout dans le domaine de la gestion des affaires. Pour exprimer les choses autrement, une personne prudente en pareilles circonstances peut, par exemple, être une personne inexpérimentée. À mon avis, il est correct de faire une distinction semblable entre une personne prudente et une personne raisonnablement compétente, de manière à conclure que l’élément subjectif de la norme de compétence prévue par la common law n’a pas été modifié par la loi fédérale.

[33] En ce qui concerne l’obligation de soin, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* dispose qu’un administrateur doit «agir . . . avec le soin . . . dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente». Une fois de plus, toutefois, l’adoption par le législateur d’une exigence quant au soin à manifester ne semble pas avoir modifié la jurisprudence des cours de common law selon laquelle un administrateur est censé exercer ses fonctions avec soin en agissant raisonnablement en fonction des connaissances et de l’expérience qu’il possède effectivement: voir Welling, précité, à la page 333. En d’autres termes, la disposition législative pertinente ne fait pas référence à une «personne raisonnablement compétente» qui, probablement, serait censée posséder un certain niveau de compétence dans le domaine de la gestion des affaires. La loi parle plutôt d’une personne prudente et du soin dont cette personne ferait preuve en pareilles circonstances. Par conséquent, dans le cas où la personne prudente est inexpérimentée (possibilité qui a été évoquée plus haut), la loi requiert uniquement que cette personne agisse avec le degré de soin qui est proportionné à son niveau de compétence. C’est de cette façon que la compétence et le soin sont visible-

best if, having regard to that individual's level of skill and business experience, he or she failed to act reasonably prudently. I turn now to the third and final element of the standard—diligence.

[34] Upon reflection, it seems arguable to me that the term “diligence” is synonymous with the term “care”. That is, diligence is simply the degree of attention or care expected of a person in a given situation. At least, that is the way the term is employed in *City Equitable*. If attention to one's obligations is the essence of diligence, then that aspect of the standard neither adds to nor detracts from the statutory statement in subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act*. Others, however, have taken a different approach by contending not only that diligence is an independent element of the statutory standard but also that that requirement, unlike the statutory requirements for skill and care, is more onerous than at common law: see Welling, *supra*, at pages 333-334; see also the Ontario case of *Kerr v. Law Profession Indemnity Co.* (1994), 22 C.C.L.I. (2d) 28 (Ont. Gen. Div.), which deals with the Ontario *Business Corporations Act* [R.S.O. 1990, c. B.16].

[35] Professor Welling posits that the reasonably prudent person serving as a director would surely exercise diligence in attending to his or her duties; a skilled individual should use his or her skills to perform said duties while an unskilled individual should obtain “competent outside advice” in respect of same (*supra*, at page 334). I am reluctant to embrace that analysis unreservedly. Even if a director is unskilled, I fail to see why he or she should not be entitled to rely, as contemplated in *City Equitable*, on advice provided by officials inside the corporation—unless the circumstances are such that the reasonably prudent but unskilled person acting as a director would seek outside advice. If Professor Welling intended his comments on outside advice to apply only to the latter set of circumstances, then there

ment liés entre eux. Cela dit, il importe de souligner qu'il ne suffit pas qu'un administrateur affirme simplement qu'il a fait de son mieux si, eu égard à son niveau de compétence et à sa pratique des affaires, il n'a pas agi avec prudence. J'en viens maintenant au troisième et dernier élément de la norme, à savoir la diligence.

[34] Réflexion faite, il me semble qu'on peut soutenir que le terme «diligence» est synonyme du terme «soin». Autrement dit, la diligence est simplement le degré d'attention ou de soin qu'on attend d'une personne dans une situation donnée. Du moins, c'est ainsi que ce terme est employé dans l'arrêt *City Equitable*. Si l'attention qu'une personne consacre à ses obligations est l'essence de la diligence, alors cet aspect de la norme ne complète ni ne diminue l'énoncé législatif fait au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. D'autres ont toutefois adopté un point de vue différent en soutenant non seulement que la diligence est un élément autonome de la norme d'origine législative, mais aussi que cette exigence, contrairement aux exigences législatives que sont la compétence et le soin, est plus rigoureuse qu'en common law: voir Welling, précité, aux pages 333 et 334; voir aussi la décision ontarienne *Kerr v. Law Profession Indemnity Co.* (1994), 22 C.C.L.I. (2d) 28 (Div. gén. de l'Ont.), qui concerne la *Loi sur les sociétés par actions* [L.R.O. 1990, ch. B.16] de l'Ontario.

[35] Le professeur Welling avance que la personne prudente qui est membre d'un conseil d'administration ferait sûrement preuve de diligence dans l'exercice de ses fonctions; une personne compétente devrait utiliser ses compétences pour exercer les fonctions en question, tandis qu'une personne inexpérimentée devrait obtenir des [TRADUCTION] «conseils d'une personne indépendante compétente» dans les mêmes circonstances (Welling, précité, à la page 334). Je suis peu disposé à souscrire sans réserve à cette analyse. Même si un administrateur est inexpérimenté, je ne vois pas pourquoi il n'aurait pas le droit de s'appuyer, comme on le prévoit dans l'arrêt *City Equitable*, sur les conseils fournis par des dirigeants de la société, à moins que les circonstances ne soient telles que la personne prudente mais inexpérimentée qui agit

is no disagreement between us. In any event, for purposes of deciding this appeal, I need not attempt to delimit the precise boundaries of the diligence requirement.

[36] In my opinion, it is not surprising that federal legislation has retained the subjective element of the common law standard of care for directors. Even the law of tort adjusts its objective standard of the reasonable person downward so as to account, for example, for the age, experience and intelligence of children. The standard may also be adjusted upward, as it is for professionals: see generally A. M. Linden, *Canadian Tort Law*, 5th ed. (Toronto: Butterworths, 1993), at chapter 5, section B, beginning at page 117. The reasonable person standard is thus hardly inflexible. It adjusts to the circumstances and to the individual qualities of the actor. This is all the more true in the context of federal company or taxation law where that standard, at least as it applies to directors' duties, is explicitly modified by the phrase "in comparable circumstances."

[37] The legislative history of the Ontario *Business Corporations Act*, whose standard of care provisions are virtually identical to those found in the CBCA, supports my conclusion that the common law standard of care, while altered slightly, has not been significantly upgraded by statute. Notably, the *Interim Report of the Select Committee on Company Law* (1967) (the Lawrence Report) recommended a legal standard of conduct for Ontario directors that was framed in the following terms (at paragraph 7.2.3):

"Every director of a company shall exercise the powers and discharge the duties of his office honestly, in good faith and in the best interests of the company, and in connection therewith shall exercise that degree of care, diligence and skill which a reasonably prudent director would exercise in comparable circumstances." [Underlining added.]

comme administrateur consulterait une personne indépendante. Si le professeur Welling voulait que ses remarques sur la prestation de conseils par une personne indépendante s'appliquent uniquement à la deuxième catégorie de circonstances, alors nous sommes d'accord. De toute façon, dans le cadre du présent appel, je n'ai pas besoin de définir les limites précises de l'exigence en matière de diligence.

[36] Selon moi, il n'est pas étonnant que la législation fédérale ait conservé l'élément subjectif de la norme de prudence que la common law impose aux administrateurs. Même le droit de la responsabilité délictuelle assouplit sa norme objective de la personne raisonnable afin de tenir compte, par exemple, de l'âge, de l'expérience et de l'intelligence des enfants. La norme peut également être rendue plus rigoureuse, comme c'est le cas pour les professionnels: voir, en général, A. M. Linden, *La responsabilité civile délictuelle*, 4<sup>e</sup> éd. (Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988), chapitre 5, section B, aux pages 141 et suivantes. La norme de la personne raisonnable n'est donc guère rigide. Elle s'adapte aux circonstances et aux qualités individuelles de l'intéressé. C'est d'autant plus vrai dans le contexte du droit des sociétés ou du droit fiscal fédéral où la norme, du moins telle qu'elle s'applique aux fonctions des administrateurs, est expressément modifiée par l'expression «en pareilles circonstances» ou «dans des circonstances comparables».

[37] L'historique législatif de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, dont les dispositions relatives à la norme de prudence sont pratiquement identiques à celles de la LCSA, appuie ma conclusion que la norme de prudence en common law, bien que légèrement différente, n'a pas été sensiblement resserrée par la loi. Il convient de noter que le *Interim Report of the Select Committee on Company Law* (1967) (le rapport Lawrence) a recommandé une norme juridique de conduite applicable aux administrateurs ontariens qui a été formulée en ces termes (au paragraphe 7.2.3):

[TRADUCTION] «L'administrateur d'une société exerce ses pouvoirs et ses fonctions avec intégrité et bonne foi et au mieux des intérêts de la société, et, à cet égard, agit avec le degré de soin, de diligence et de compétence dont un administrateur prudent ferait preuve dans des circonstances semblables.» [Non souligné dans l'original.]

The intent of the Committee, in suggesting the words that it did, was clearly to upgrade to a professional level the legal standards for directors imposed at common law: see the Lawrence Report, *supra*, at paragraphs 7.2.2 and 7.2.3. However, the original draft provision met with opposition and the Ontario legislature ultimately adopted a different standard, that of the reasonably prudent person. The standard set out in the enacted provision also contained the phrase “in comparable circumstances”.

[38] It was in the wake of a concerted lobbying effort by the corporate bar that the word “person” was ultimately inserted in place of the term “director” in the Ontario *Business Corporations Act*. The essence of the corporate bar’s position is captured neatly by J. S. Ziegel *et al.*, Vol. 1, *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 1994), at pages 474-475:

The concern expressed was that a professional standard could result in liability for a wide group of individuals who serve as directors, ranging from the wife of the majority shareholder in a small company to a prominent chief executive officer of a public company who, because of his prominence, serves on the board to five other public companies.

By abandoning a professional standard for directors, the legislature presumably was signalling to that “wide group of individuals who serve as directors” that they could rest easy since the statutory standard in Ontario was not intended to seriously alter the common law. The reality is that courts have to contend with a wide variety of corporate forms. Bluntly stated, the vast majority of Canadian corporations do not issue shares which trade on the various stock exchanges. The “ma and pa” operation is as much a part of the business fabric of the country as are the enterprises controlled from Bay Street.

[39] Since the language of the *Canada Business Corporations Act* mirrors that of the OBCA, it seems logical to infer that the federal Parliament intended to send out the very same message to existing and

Par l’emploi de ces mots, le Comité entendait visiblement élever à un niveau professionnel les normes juridiques que la common law impose aux administrateurs: voir le rapport Lawrence, précité, aux paragraphes 7.2.2 et 7.2.3. Toutefois, le projet de disposition initial a été accueilli avec hostilité et la législature ontarienne a finalement adopté une norme différente, celle de la personne prudente. La norme énoncée dans la disposition promulguée renferme également l’expression «dans des circonstances semblables».

[38] C’est à la suite d’une activité de couloir concertée menée par des conseillers juridiques d’entreprises que le mot «administrateur» a finalement été remplacé par le mot «personne» dans la *Loi sur les sociétés par actions* de l’Ontario. L’essentiel de leur point de vue est bien résumé par J. S. Ziegel, *et al.*, vol. 1, *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto: Carswell, 1994), aux pages 474 et 475:

[TRADUCTION] La crainte exprimée était que l’imposition d’une norme professionnelle pourrait engager la responsabilité d’un grand nombre de personnes qui exercent des fonctions d’administrateur, qu’il s’agisse de l’épouse de l’actionnaire majoritaire d’une petite société ou du président-directeur général bien en vue d’une société ouverte qui, à cause de son importance, est membre du conseil d’administration de cinq autres sociétés ouvertes.

En renonçant à imposer une norme professionnelle aux administrateurs, la législature a vraisemblablement envoyé au «grand nombre de personnes qui exercent des fonctions d’administrateur» le message qu’elles pouvaient dormir sur leurs deux oreilles puisque la norme législative en Ontario ne visait pas à modifier sérieusement la common law. Dans les faits, les tribunaux doivent faire face à diverses formes de sociétés. Pour parler franchement, la plupart des sociétés canadiennes n’émettent pas d’actions qui sont transigées sur les différents marchés boursiers. Les entreprises familiales font autant partie de la structure des affaires du Canada que les entreprises contrôlées par les gens d’affaires de la rue Bay.

[39] Puisque les termes de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* reflètent ceux de la *Loi sur les sociétés par actions* de l’Ontario, il semble logique de conclure que le législateur fédéral entendait envoyer le

potential directors. In any event, had Parliament wished to strengthen the standard of care imposed at common law, it could have easily done so by adopting appropriate language. In this regard, it is helpful to consider section 142 of the British Columbia *Company Act* which reads as follows:

**142.** (1) Every director of a company, in exercising his powers and performing his functions, shall

- (a) act honestly and in good faith and in the best interests of the company; and
- (b) exercise the care, diligence and skill of a reasonably prudent person.

(2) The provisions of this section are in addition to, and not in derogation of, any enactment or rule of law or equity relating to the duties or liabilities of directors of a company.

Subsection (2) of that provision indicates that the standard of care for directors set out in paragraph 142(1)(b) is clearly intended to serve as more than a codification of the requirements imposed at common law. Interestingly, neither the Ontario *Business Corporations Act* nor the *Canada Business Corporations Act* contains an explicit statement of this nature to the effect that those statutes represent, without a doubt, an upgrading of common law requirements. Equally relevant is the fact that paragraph 142(1)(b) of the British Columbia *Company Act* refers only to “a reasonably prudent person,” which expression is unqualified by the phrase “in comparable circumstances”. It seems at least arguable that the British Columbia legislation, which was enacted after the Ontario company legislation, represents an attempt to avoid the legal interpretation associated with the use of that qualifying expression in the OBCA. To the extent that the standard in the British Columbia *Company Act* is more burdensome than the standard in the *Canada Business Corporations Act*, the taxpayer is entitled to rely on the latter standard as reproduced in the *Income Tax Act*.

même message aux administrateurs en place et potentiels. De toute façon, si le législateur avait voulu renforcer la norme de prudence imposée par la common law, il aurait facilement pu le faire en employant les termes appropriés. À cet égard, il est utile d'examiner l'article 142 de la *Company Act* de la Colombie-Britannique, dont voici le libellé:

[TRADUCTION]

**142.** (1) Les administrateurs doivent exercer leurs pouvoirs et leurs fonctions:

- a) avec intégrité et bonne foi et au mieux des intérêts de la société;
- b) avec le soin, la diligence et l'habileté d'une personne raisonnablement prudente.

(2) Les présentes dispositions viennent s'ajouter, sans y déroger, à tout texte législatif ou à toute règle de droit ou d'*equity* concernant les obligations ou responsabilités des administrateurs d'une société.

Le paragraphe (2) de cette disposition précise que la norme de prudence applicable aux administrateurs qui est énoncée à l'alinéa 142(1)b se veut manifestement quelque chose de plus qu'une codification des exigences imposées par la common law. Fait intéressant, ni la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario ni la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* n'affirment expressément que ces lois représentent, sans le moindre doute, un resserrement des exigences imposées par la common law. Le fait que l'alinéa 142(1)b de la *Company Act* de la Colombie-Britannique parle uniquement d'[TRADUCTION] «une personne raisonnablement prudente», expression qui n'est pas modifiée par l'expression «dans des circonstances semblables», est également important. Il semble qu'on puisse au moins soutenir que la loi de la Colombie-Britannique, qui a été édictée après la loi ontarienne sur les sociétés, constitue une tentative pour éviter l'interprétation juridique associée à l'emploi de l'expression «dans des circonstances semblables» dans la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario. Dans la mesure où la norme prévue par la *Company Act* de la Colombie-Britannique est plus sévère que celle qui figure dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, le contribuable a le droit de s'appuyer sur cette dernière norme telle qu'elle est reproduite dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[40] This is a convenient place to summarize my findings in respect of subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act*. The standard of care laid down in subsection 227.1(3) of the Act is inherently flexible. Rather than treating directors as a homogeneous group of professionals whose conduct is governed by a single, unchanging standard, that provision embraces a subjective element which takes into account the personal knowledge and background of the director, as well as his or her corporate circumstances in the form of, *inter alia*, the company's organization, resources, customs and conduct. Thus, for example, more is expected of individuals with superior qualifications (e.g. experienced business-persons).

[41] The standard of care set out in subsection 227.1(3) of the Act is, therefore, not purely objective. Nor is it purely subjective. It is not enough for a director to say he or she did his or her best, for that is an invocation of the purely subjective standard. Equally clear is that honesty is not enough. However, the standard is not a professional one. Nor is it the negligence law standard that governs these cases. Rather, the Act contains both objective elements—embodied in the reasonable person language—and subjective elements—inherent in individual considerations like “skill” and the idea of “comparable circumstances”. Accordingly, the standard can be properly described as “objective subjective”.

## V. ANALYSIS

[42] There are far too many cases dealing with section 227.1 of the Act. One way to appreciate the breadth of the extant law is to categorize the relevant cases. That task has, in fact, already been accomplished in large part by some of the commentators: see e.g. Moskowitz, *supra*, at pages 556-566; see also R. L. Campbell, “Director’s Liability for Unremitted Employee Deductions” (1993), 14 *Adv. Q.* 453.

[43] For example, in some instances the relevant issue will be whether an individual was in fact or in

[40] Le moment convient bien pour résumer mes conclusions au sujet du paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. La norme de prudence énoncée au paragraphe 227.1(3) de la Loi est fondamentalement souple. Au lieu de traiter les administrateurs comme un groupe homogène de professionnels dont la conduite est régie par une seule norme immuable, cette disposition comporte un élément subjectif qui tient compte des connaissances personnelles et de l’expérience de l’administrateur, ainsi que du contexte de la société visée, notamment son organisation, ses ressources, ses usages et sa conduite. Ainsi, on attend plus des personnes qui possèdent des compétences supérieures à la moyenne (p. ex. les gens d’affaires chevronnés).

[41] La norme de prudence énoncée au paragraphe 227.1(3) de la Loi n’est donc pas purement objective. Elle n’est pas purement subjective non plus. Il ne suffit pas qu’un administrateur affirme qu’il a fait de son mieux, car il invoque ainsi la norme purement subjective. Il est également évident que l’intégrité ne suffit pas. Toutefois, la norme n’est pas une norme professionnelle. Ces situations ne sont pas régies non plus par la norme du droit de la négligence. La Loi contient plutôt des éléments objectifs, qui sont représentés par la notion de la personne raisonnable, et des éléments subjectifs, qui sont inhérents à des considérations individuelles comme la «compétence» et l’idée de «circonstances comparables». Par conséquent, la norme peut à bon droit être qualifiée de norme «objective subjective».

## V. ANALYSE

[42] Il existe un nombre considérable de décisions qui portent sur l’article 227.1 de la Loi. Une façon de saisir l’ampleur du droit existant consiste à classer les décisions pertinentes par catégories. En fait, cette tâche a déjà été accomplie en grande partie par quelques-uns des commentateurs: voir, p. ex. Moskowitz, précité, aux pages 556 à 566; voir aussi R. L. Campbell, «Director’s Liability for Unremitted Employee Deductions» (1993), 14 *Adv. Q.* 453.

[43] À titre d’exemple, dans certains cas, la question pertinente sera de savoir si une personne était, dans les

law a director at the relevant time for purposes of imposing personal liability or whether that individual ceased to hold office by operation of a valid resignation. In other cases, such as those involving bankruptcy and receivership, the central issue will be *de jure* control. Yet another cluster of cases, including situations in which a dominant director is able to limit others' influence over corporate affairs, will deal with *de facto* control. I intend to focus on the category of cases respecting the distinction between inside and outside directors since that line of authority is the most pertinent to this appeal.

[44] At the outset, I wish to emphasize that in adopting this analytical approach I am not suggesting that liability is dependent simply upon whether a person is classified as an inside as opposed to an outside director. Rather, that characterization is simply the starting point of my analysis. At the same time, however, it is difficult to deny that inside directors, meaning those involved in the day-to-day management of the company and who influence the conduct of its business affairs, will have the most difficulty in establishing the due diligence defence. For such individuals, it will be a challenge to argue convincingly that, despite their daily role in corporate management, they lacked business acumen to the extent that that factor should overtake the assumption that they did know, or ought to have known, of both remittance requirements and any problem in this regard. In short, inside directors will face a significant hurdle when arguing that the subjective element of the standard of care should predominate over its objective aspect.

[45] In some instances, it is easy to see why inside directors have been held liable. Such is true in respect of *Barnett*, *supra*, the first case which dealt with the due diligence defence. In that case the taxpayer, as director and sole shareholder of the company, hired a comptroller. When the latter informed the taxpayer that the company was short of cash, the taxpayer

faits ou en droit, un administrateur à l'époque pertinente aux fins d'imposer une responsabilité personnelle ou si cette personne avait cessé d'exercer ses fonctions au moyen d'une démission valide. Dans d'autres cas, comme ceux qui concernent une faillite et une mise sous séquestre, la question centrale sera un contrôle de droit. Dans d'autres cas encore, notamment les situations dans lesquelles un administrateur dominant est en mesure de limiter l'influence exercée par les autres sur les affaires de la société, il s'agira d'un contrôle de fait. J'entends m'attarder à la catégorie de décisions relative à la distinction entre les administrateurs internes et les administrateurs externes puisqu'il s'agit de la jurisprudence qui est la plus pertinente dans le cadre du présent appel.

[44] Je tiens tout d'abord à souligner qu'en adoptant cette démarche analytique, je ne donne pas à entendre que la responsabilité est simplement fonction du fait qu'une personne est considérée comme un administrateur interne par opposition à un administrateur externe. Cette qualification constitue plutôt simplement le point de départ de mon analyse. Mais cependant, il est difficile de nier que les administrateurs internes, c'est-à-dire ceux qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société et qui peuvent influencer la conduite de ses affaires, sont ceux qui auront le plus de mal à invoquer la défense de diligence raisonnable. Pour ces personnes, ce sera une opération ardue de soutenir avec conviction que, malgré leur participation quotidienne à la gestion de l'entreprise, elles n'avaient aucun sens des affaires, au point que ce facteur devrait l'emporter sur la présomption qu'elles étaient au courant des exigences de versement et d'un problème à cet égard, ou auraient dû l'être. Bref, les administrateurs internes auront un obstacle important à vaincre quand ils soutiendront que l'élément subjectif de la norme de prudence devrait primer l'aspect objectif de la norme.

[45] Dans certaines affaires, il est facile de voir pourquoi les administrateurs internes ont été tenus responsables. C'est vrai pour l'affaire *Barnett*, précitée, qui est la première affaire dans laquelle la défense de diligence raisonnable a été examinée. Dans cette affaire, le contribuable, à titre d'administrateur et d'unique actionnaire de la société, avait retenu les



instructed that the business' key suppliers should be paid first. In these circumstances, the Tax Court dismissed the taxpayer's appeal from the Minister's assessment which held the taxpayer personally liable for the source deductions withheld but not remitted. Equally understandable is the imposition of liability in the following cases involving inside directors: *Quantz (C.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2276 (T.C.C.); and *Beutler (O.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2414 (T.C.C.).

[46] Similarly, the taxpayer in *Fraser (Trustee of) v. M.N.R.* (1987), 37 B.L.R. 309 (T.C.C.), provides a good example of an inattentive inside director upon whom liability was justifiably visited. The taxpayer in that case was a director, minority shareholder and vice-president of manufacturing operations of a corporation. As of a certain time, he was apprised of the fact that the company was in arrears with Revenue Canada. Nevertheless, the taxpayer did nothing more in respect of that problem than rely on assurances, from the inside directors responsible for the financial side of the business, to the effect that there was no need to worry. Having made no efforts to prevent further defaults, the taxpayer was held personally responsible for the amounts that should have been remitted to the Crown by the corporation.

[47] Of course, not all inside directors have been held liable. The Tax Court has refused to impose liability on an inside director in cases where he or she is an innocent party who has been misled or deceived by co-directors: see *Bianco v. Minister of National Revenue* (1991), 2 B.L.R. (2d) 255 (T.C.C.); *Edmondson (S.G.) v. M.N.R.*, [1988] 2 C.T.C. 2185 (T.C.C.); *Shindle (B.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 227 (F.C.T.D.); and *Snow v. Minister of National Revenue* (1991), 38 C.C.E.L. 70 (T.C.C.). There are also other examples of an inside director being exonerated: see *Fitzgerald (G.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2595 (T.C.C.).

services d'un contrôleur. Quand celui-ci a avisé le contribuable que la société était à court d'argent, le contribuable lui a répondu que les principaux fournisseurs devraient être payés en premier. Dans les circonstances, la Cour de l'impôt a rejeté l'appel interjeté par le contribuable contre la cotisation du ministre qui tenait le contribuable personnellement responsable des retenues à la source qui avaient été faites mais n'avaient pas été versées. Il est également compréhensible que des administrateurs internes aient été tenus responsables dans les affaires suivantes: *Quantz (C.) c. M.R.N.*, [1988] 1 C.T.C. 2276 (C.C.I.); et *Beutler (O.) c. M.R.N.*, [1988] 1 C.T.C. 2414 (C.C.I.).

[46] De même, le contribuable dans l'affaire *Fraser (Syndic de faillite de) c. M.R.N.* (1987), 37 B.L.R. 309 (C.C.I.), constitue un bon exemple d'un administrateur interne négligent qui a légitimement été tenu responsable. Ce contribuable était un administrateur, un actionnaire minoritaire et le vice-président des opérations de fabrication d'une société. À un moment donné, il a découvert que la société était en retard dans ses paiements à Revenu Canada. Malgré cela, le contribuable n'a rien fait d'autre pour régler ce problème que de se fier aux promesses des administrateurs internes responsables du volet financier de l'entreprise, selon lesquels il n'y avait pas lieu de s'inquiéter. Comme le contribuable n'avait pas essayé de prévenir d'autres manquements, il a été tenu personnellement responsable des sommes que la société aurait dû verser à l'État.

[47] Ce ne sont évidemment pas tous les administrateurs internes qui ont été tenus responsables. La Cour de l'impôt a refusé de retenir la responsabilité d'un administrateur interne dans des affaires où il était une partie innocente qui a été induite en erreur ou trompée par d'autres administrateurs: voir *Bianco c. Ministre du Revenu national* (1991), 2 B.L.R. (2d) 255 (C.C.I.); *Edmondson (S.G.) c. M.R.N.*, [1988] 2 C.T.C. 2185 (C.C.I.); *Shindle (B.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 227 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Snow c. Ministre du Revenu national* (1991), 38 C.C.E.L. 70 (C.C.I.). Il existe également d'autres exemples d'un administrateur interne qui échappe à la responsabilité: voir *Fitzgerald (G.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2595 (C.C.I.).

[48] From the perspective of the taxpayer in this case, however, the most disconcerting decision to emerge from the Tax Court must be *Sanford v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2016 (T.C.C.). That case concerned the liability of an individual who was, at the relevant time, a co-director with the present taxpayer at RBI. In *Sanford*, the inside director who was assessed as a taxpayer under section 227.1 of the Act was an employee who had invested a substantial sum of money in the company but was subsequently denied the opportunity to participate in the management of the corporation. The company's principals had encouraged the taxpayer to focus on her area of expertise namely, sales, and afforded her little influence in respect of administrative and financial matters in which she had no training. She did, however, have authority to co-sign company cheques along with another director. After learning that the company was in arrears to Revenue Canada, the taxpayer requested and co-signed a cheque to address that problem. Although that cheque was ultimately returned, marked "N.S.F.", the taxpayer did not know at the time it was issued that there were insufficient funds to cover the cheque. From the reasons for judgment, one must infer that liability was avoided because of the taxpayer's limited financial experience and restricted influence on corporate management. As well, when the taxpayer found out that funds were owing to Revenue Canada she took active steps to see that the taxes were paid. I wish to make it clear, however, that the purpose of subsection 227.1(3) is to prevent failure to make remittances and not to cure default after the fact (though, as a practical matter, the provision should have the latter effect as well). I must leave that issue for another day. For the moment, I will refrain from further comment on *Sanford*: see discussion *infra*.

[49] The final case I wish to discuss in this section dealing with inside directors is *Stevenson Estate v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 1599 (T.C.C.) (QL). That case provides a quintessential illustration of the difference between the nature of liability for inside as

[48] Du point de vue du contribuable en l'espèce, toutefois, la décision la plus déconcertante rendue par la Cour de l'impôt est sûrement *Sanford c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2016 (C.C.I.). Cette affaire se rapporte à la responsabilité d'une personne qui, à l'époque pertinente, siégeait au conseil d'administration de RBI avec le contribuable en l'espèce. Dans l'affaire *Sanford*, l'administratrice interne qui a été imposée comme contribuable en vertu de l'article 227.1 de la Loi était une employée qui avait investi une somme importante dans la société mais s'était par la suite vu refuser la possibilité de participer à la gestion de la société. Les mandats de la société avaient encouragé la contribuable à se concentrer sur son domaine de compétence, à savoir les ventes, et ne lui avaient pas permis d'exercer beaucoup d'influence dans les domaines administratif et financier, dans lesquels elle n'avait aucune formation. Elle était toutefois habilitée à signer les chèques de la société avec un autre administrateur. Lorsqu'elle a appris que la société était en retard dans ses paiements à Revenu Canada, elle a demandé qu'un chèque, qu'elle a cosigné, soit émis pour régler le problème. Ce chèque a finalement été retourné avec la mention «sans provision», mais la contribuable ne savait pas, lorsque le chèque a été émis, que le compte était insuffisamment approvisionné. D'après les motifs du jugement, il faut conclure que la contribuable a échappé à la responsabilité à cause de son expérience financière limitée et de l'influence restreinte qu'elle exerçait sur la gestion des affaires de la société. De plus, lorsque la contribuable a découvert que des sommes étaient dues à Revenu Canada, elle a pris des mesures concrètes pour faire en sorte que les impôts soient payés. Je tiens également à préciser, toutefois, que l'objet du paragraphe 227.1(3) est de prévenir un manquement et non de réparer un manquement après coup (encore que, en pratique, cette disposition devrait aussi produire cet effet). Je dois mettre cette question de côté. Pour le moment, je m'abstiendrai de faire d'autres commentaires sur l'affaire *Sanford*: voir l'analyse ci-après.

[49] La dernière affaire dont je veux discuter dans cette section relative aux administrateurs internes est *Succession Stevenson c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 1599 (C.C.I.) (QL). Cette affaire constitue une illustration parfaite de la différence, quant à la nature de la

opposed to outside directors and the effect of the subjective element of the standard of care. The company at issue was a family run enterprise whose principal activity was the sale of earthworms. At the relevant time, the directors of that business included “an elderly man of minimal education who had virtually no idea what was going on” and who was a director in name only, as well as “an intelligent woman with considerable business experience” who held the position of Chief Financial Officer of the company (at paragraphs 13 and 11, *per* Bowman T.C.J.). The Tax Court Judge held the inside director liable for failure to meet the standard of care set out in subsection 227.1(3) of the Act and, in doing so, noted that that director “was involved in the company’s affairs to a degree that she could not have been oblivious to its financial difficulties”; in contrast, the outside director was exonerated on the basis that he “took no part in the financial affairs of the company and could not have influenced the course of events” (*ibid.* at paragraphs 11 and 13). I turn now specifically to a consideration of outside directors and, in particular, how the standard of care set out in the Act is to be met by them.

[50] In order to satisfy the due diligence requirement laid down in subsection 227.1(3) a director may, as the Department of National Revenue has noted, take “positive action” by setting up controls to account for remittances, by asking for regular reports from the company’s financial officers on the ongoing use of such controls, and by obtaining confirmation at regular intervals that withholding and remittance has taken place as required by the Act: see Information Circular, No. 89-2, *supra*, at paragraph 7.

[51] Likewise, some commentators have advised directors that, if they wish to be able to rely successfully on the due diligence defence, it would be wise for them to consider undertaking a number of “positive steps” including, in certain circumstances, the establishment and monitoring of a trust account from which both employee wages and remittances owing to Her Majesty would be paid: see e.g. Moskowitz, *supra*, at pages 566-568.

responsabilité, entre les administrateurs internes et les administrateurs externes, et de l’effet de l’élément subjectif de la norme de prudence. La société en cause était une entreprise familiale dont la principale activité consistait à vendre des vers de terre. À l’époque pertinente, il y avait parmi les administrateurs de cette entreprise «un vieil homme peu instruit qui ne savait pratiquement pas ce qui se passait» et qui n’était un administrateur que de nom, et «une femme intelligente qui avait une grande expérience des affaires» et qui occupait le poste de directrice financière de la société (aux paragraphes 13 et 11, le juge Bowman de la C.C.I.). Le juge de la Cour de l’impôt a tenu l’administratrice interne responsable du défaut de satisfaire à la norme de prudence énoncée au paragraphe 227.1(3) de la Loi et, ce faisant, a noté que l’administratrice «prenait part aux affaires de la compagnie à un point tel qu’elle ne pouvait être inconsciente des difficultés financières de celle-ci»; en revanche, l’administrateur externe a été exonéré au motif qu’il «ne s’occupait nullement des questions financières de la compagnie et n’aurait pu influencer sur le cours des événements» (*ibid.*, aux paragraphes 11 et 13). J’en viens maintenant à la question précise des administrateurs externes et, en particulier, à la façon dont ils doivent satisfaire à la norme de prudence prévue par la Loi.

[50] Pour satisfaire à l’exigence de diligence raisonnable prévue au paragraphe 227.1(3), un administrateur peut, comme le ministère du Revenu national l’a souligné, prendre des «mesures» en établissant des contrôles pour vérifier les versements, en demandant aux agents financiers de la société de présenter régulièrement des rapports sur la mise en œuvre de ces contrôles et en obtenant régulièrement la confirmation que les retenues et les versements ont été faits comme l’exige la Loi: voir le paragraphe 7 de la Circulaire d’information, n° 89-2, précitée.

[51] De même, certains commentateurs ont avisé les administrateurs que, s’ils veulent être en mesure d’invoquer la défense de diligence raisonnable, il serait sage d’envisager de prendre certaines «mesures», y compris, dans certaines circonstances, l’ouverture et la surveillance d’un compte en fiducie qui servirait à payer la rémunération des employés et les sommes dues à Sa Majesté: voir, p. ex., Moskowitz, précité, aux pages 566 à 568.

[52] While such precautionary measures may be regarded as persuasive evidence of due diligence on the part of a director, in my view, those steps are not necessary conditions precedent to the establishment of that defence. This is particularly true with respect to the establishment of a separate trust account for source deductions to be remitted to the Receiver General. It is difficult to hold otherwise given the fact that Parliament abolished that express requirement for the purpose of achieving other legislative goals. Above all, a clear dividing line must be maintained between the standard of care required of a director and that of a trustee. Accordingly, an outside director cannot be required to go to the lengths outlined above. As an illustration, I would not expect an outside director, upon appointment to the board of one of Canada's leading companies, to go directly to the comptroller's office to inquire about withholdings and remittances. Obviously, if I would not expect such steps to be taken by the most sophisticated of business-persons, then I would certainly not expect such measures to be adopted by those with limited business acumen. This is not to suggest that a director can adopt an entirely passive approach but only that, unless there is reason for suspicion, it is permissible to rely on the day-to-day corporate managers to be responsible for the payment of debt obligations such as those owing to Her Majesty. This falls within the fourth proposition in the *City Equitable* case: see discussion *supra*, at page 146-147. The question remains, however, as to when a positive duty to act arises.

[53] In my view, the positive duty to act arises where a director obtains information, or becomes aware of facts, which might lead one to conclude that there is, or could reasonably be, a potential problem with remittances. Put differently, it is indeed incumbent upon an outside director to take positive steps if he or she knew, or ought to have known, that the corporation could be experiencing a remittance prob-

[52] Bien que de telles précautions puissent être considérées comme une preuve convaincante de la diligence raisonnable manifestée par un administrateur, il ne s'agit pas, selon moi, de conditions préalables nécessaires pour donner ouverture à ce moyen de défense. C'est particulièrement vrai dans le cas de l'ouverture d'un compte en fiducie séparé pour les retenues à la source qui doivent être versées au receveur général. Il est difficile de statuer autrement puisque le législateur a supprimé cette exigence expresse dans le but d'atteindre d'autres objectifs législatifs. Par-dessus tout, il faut maintenir une ligne de démarcation claire entre la norme de prudence exigée d'un administrateur et celle à laquelle doit satisfaire un fiduciaire. On ne peut donc pas obliger un administrateur externe à aller jusqu'à prendre les mesures susmentionnées. À titre d'exemple, je ne m'attendrais pas à ce qu'un administrateur externe, au moment de sa nomination au sein du conseil d'administration de l'une des sociétés canadiennes qui dominant le marché, se rende directement au bureau du contrôleur pour se renseigner sur les retenues et les versements. De toute évidence, si je ne m'attendais pas à ce que les gens d'affaires les plus avertis prennent de telles mesures, alors je ne m'attendrais certainement pas à ce que les personnes qui ont une moins grande expérience des affaires en fassent autant. Je ne veux pas donner à entendre qu'un administrateur peut adopter une attitude entièrement passive, mais seulement que, à moins qu'il n'existe des motifs d'avoir des soupçons, il est permis de compter sur les personnes qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société pour payer des dettes comme les créances de Sa Majesté. Cela correspond à la quatrième affirmation faite dans l'arrêt *City Equitable*: voir l'analyse ci-dessus, aux pages 146 et 147. La question qui subsiste, toutefois, est de savoir à quel moment l'obligation expresse d'agir prend naissance.

[53] À mon avis, l'obligation expresse d'agir prend naissance lorsqu'un administrateur obtient des renseignements ou prend conscience de faits qui pourraient l'amener à conclure que les versements posent, ou pourraient vraisemblablement poser, un problème potentiel. En d'autres termes, il incombe vraiment à l'administrateur externe de prendre des mesures s'il sait, ou aurait dû savoir, que la société pourrait avoir

lem. The typical situation in which a director is, or ought to have been, apprised of the possibility of such a problem is where the company is having financial difficulties. For example, in *Byrt (H.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2174 (T.C.C.), an outside director signed financial statements revealing a corporate deficit and thus he knew, or ought to have known, that the company was in financial trouble. The same director also knew that the business integrity of one of his co-directors, who was the president of the corporation too, was questionable. In these circumstances, having made no efforts to ensure that remittances to the Crown were made, the outside director was held personally liable for amounts owing by the corporation to Revenue Canada. According to the Tax Court Judge the outside director had, in contravention of the statutory standard of care, failed to “heed what is transpiring within the corporation and his experience with the people who are responsible for the day-to-day affairs of the corporation” (*supra*, at page 2184, *per Rip T.C.J.*).

[54] Two other cases involving outside directors are worthy of comment as these authorities were relied upon by the appellant in this case: *Golfman (W.R.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2344 (T.C.C.) and *Davies (J.W.) v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2744 (T.C.C.). In *Golfman*, the taxpayer was a lawyer who had become a director of a corporation for whom he had served as a legal advisor for a number of years. Before becoming a director, the taxpayer had reviewed the most recent financial statements available, which suggested that the company was in good financial shape. Further, he had asked two of his co-directors about the corporation’s remittances to Revenue Canada and had been informed that everything was in order. Both of the individuals of whom he had inquired were longstanding acquaintances of the taxpayer as well as senior officers of the company with solid business reputations. Given these facts, it was held that the outside director could not reasonably have been expected to conclude that there might be a problem with remittances. It should also be noted that, upon being informed of the corporation’s debt obligation to Her Majesty, the taxpayer resigned immediately.

un problème avec les versements. La situation typique dans laquelle un administrateur est, ou aurait dû être, au courant de cette éventualité est celle de la société qui a des difficultés financières. À titre d’exemple, dans l’affaire *Byrt (H.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2174 (C.C.I.), un administrateur externe a signé des états financiers qui révélaient un résultat déficitaire et, par conséquent, savait, ou aurait dû savoir, que la société avait des difficultés financières. Le même administrateur savait également que l’intégrité en affaires d’un autre administrateur, qui était également le président de la société, était douteuse. Dans ces circonstances, comme l’administrateur externe n’a fait aucun effort pour s’assurer que les versements étaient faits, il a été tenu personnellement responsable des sommes que la société devait à Revenu Canada. Selon le juge de la Cour de l’impôt, l’administrateur externe n’a pas satisfait à la norme de prudence d’origine législative puisqu’il n’a pas «ten[u] compte de ce qui se pass[ait] dans l’entreprise et de ce qu’il sa[vait] des personnes chargées des activités quotidiennes de la société» (précité, à la page 2184, le juge Rip, C.C.I.).

[54] Deux autres affaires qui portent sur les administrateurs externes méritent d’être commentées parce qu’elles ont été invoquées par l’appellant en l’espèce: *Golfman (W.R.) c. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2344 (C.C.I.) et *Davies (J.W.) c. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2744 (C.C.I.). Dans l’affaire *Golfman*, le contribuable était un avocat qui a été nommé au conseil d’administration d’une société dont il avait été le conseiller juridique pendant plusieurs années. Avant d’accepter cette nomination, le contribuable avait examiné les plus récents états financiers de la société, qui permettaient de croire que celle-ci était en bonne santé financière. De plus, il s’était renseigné auprès de deux autres administrateurs sur les versements faits à Revenu Canada et avait été avisé que tout était en règle. Les deux personnes auprès desquelles il s’était renseigné étaient des connaissances de longue date du contribuable ainsi que des cadres supérieurs de la société qui jouissaient d’une excellente réputation sur le plan des affaires. Vu ces faits, la Cour de l’impôt a statué qu’on ne pouvait pas raisonnablement s’attendre à ce que l’administrateur externe conclue que les versements pourraient poser un problème. Il convient également de noter que, lorsque le contribuable a été

[55] So too in *Davies, supra*, were the directors relieved of personal liability. In that case, three individuals (a physician and two engineers) were asked to join the board of directors of an eyewear company in order to provide specific forms of expertise. None of these outside directors possessed experience in relation to the daily financial management of a corporation. They relied on the corporation's competent, in-house financial officers to handle withholdings and remittances. Further, for the better part of 1988, the financial reports prepared by those officers gave no indication to the outside directors that arrears owing to the Crown had arisen early in that year and gone unaddressed. Although the existence of a monthly cash shortfall was known early in 1988, the weekly event reports as well as other indicators of the company's financial health all painted a positive financial picture. The Tax Court held that the taxpayers were not personally liable for the amounts owing since there had been no reason for them to suspect that there might be a source deduction problem until late in 1988 when the financial reports suggested such for the first time. In other words, prior to November of 1988 when those financial statements were released, it could not be said that the outside directors could reasonably have been expected to have taken positive action.

[56] It is important to note that whether a company is in serious financial difficulty, such as to suggest a problem with remittances, cannot be determined simply by the fact that the monthly balance sheet bears a negative figure. For example, many firms operate on a line of credit to deal with fiscal fluctuations. In each case it will be for the Tax Court Judge to determine whether, based on the financial information or documentation available to the director, the latter ought to have known that there was a problem or potential problem with remittances. Whether the

mis au courant de l'existence de la créance de Sa Majesté, il a aussitôt démissionné.

[55] Dans l'affaire *Davies*, précitée, les administrateurs ont aussi échappé à la responsabilité. Il s'agissait de trois personnes (un médecin et deux ingénieurs) qui avaient été invitées à faire partie du conseil d'administration d'une société de lunetterie afin de fournir des formes précises de savoir-faire. Aucun de ces administrateurs externes n'était versé dans la gestion financière quotidienne d'une société. Ils comptaient sur les agents financiers internes compétents de la société pour s'occuper des retenues et des versements. De plus, les rapports financiers préparés par ces agents pendant la majeure partie de 1988 n'avaient pas permis aux administrateurs externes de se rendre compte que des montants étaient dus à la Couronne depuis le début de l'année et qu'aucune mesure n'avait été prise à cet égard. Même si l'existence d'un déficit de trésorerie chaque mois était connue depuis le début de 1988, les rapports d'événement hebdomadaires ainsi que d'autres indicateurs de la santé financière de la société révélaient tous une bonne santé financière. La Cour de l'impôt a statué que les contribuables n'étaient pas personnellement responsables des sommes dues parce que ce n'est pas avant la fin de 1988 qu'ils ont eu des raisons de soupçonner l'existence d'un problème avec les retenues à la source; c'est à ce moment que le problème a été soulevé pour la première fois dans les rapports financiers. En d'autres termes, avant le mois de novembre 1988, moment où ces états financiers ont été rendus publics, il n'était pas permis d'affirmer qu'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les administrateurs prennent des mesures.

[56] Il est important de noter que la question de savoir si une société a de graves difficultés financières, de nature à révéler un problème avec les versements, ne peut pas être tranchée simplement en fonction du fait que le résultat indiqué sur le bilan mensuel est négatif. À titre d'exemple, de nombreuses entreprises ont une ligne de crédit pour faire face aux fluctuations fiscales. C'est au juge de la Cour de l'impôt qu'il appartiendra dans chaque cas de déterminer si, d'après les renseignements ou les documents financiers que possédait l'administrateur, celui-ci

standard of care has been met, now that it has been defined, is thus predominantly a question of fact to be resolved in light of the personal knowledge and experience of the director at issue.

[57] Applying the foregoing analysis of the law to the facts of this case, I find that the taxpayer was under a positive duty to act which arose, at the latest, in November of 1987 when he received the balance sheet of RBI revealing that the company was experiencing what the Tax Court Judge found, as a matter of fact, to be “extremely serious” financial problems (Appeal Book, at page 43). In light of that finding by the Tax Court Judge, and given the taxpayer’s ample experience in the field of business, the balance sheet of November 1987 should have alerted the taxpayer to the existence of a possible problem with remittances. This is all the more true since there was no indication or evidence that RBI’s financial troubles were merely temporary in nature. In the circumstances, however, the taxpayer made no inquiries in respect of remittance of employee withholdings.

[58] Counsel for the taxpayer argues in his written submissions that material information was knowingly withheld from the taxpayer by both Ms. Beauchamp and the other directors of RBI, such that a “conspiracy of silence” against the taxpayer denied him any knowledge of the non-remittance of employee withholdings: see appellant’s memorandum of fact and law, at paragraph 24. Counsel argues further that the alleged conspiracy deprived the taxpayer of freedom of choice and the ability to exert any influence or control over the management of RBI (*ibid.*). I find it difficult to accept the taxpayer’s argument to the effect that a “conspiracy of silence” is to blame for his inaction. There was no finding by the Tax Court Judge, nor was there any evidence, to support the understanding that Ms. Beauchamp had given a specific instruction to the other directors that remittances were not to be discussed with the taxpayer. Admittedly, she had instructed the other directors not

aurait dû savoir qu’il y avait un problème réel ou éventuel avec les versements. La question de savoir si l’administrateur visé a satisfait à la norme de prudence, telle qu’elle est maintenant définie, est donc avant tout une question de fait qu’il faut trancher à la lumière des connaissances personnelles et de l’expérience de ce dernier.

[57] Si j’applique l’analyse du droit que je viens de faire aux faits de l’espèce, j’arrive à la conclusion que le contribuable était dans l’obligation expresse d’agir et que cette obligation est apparue, au plus tard, en novembre 1987 lorsqu’il a reçu le bilan de RBI qui révélait que la société éprouvait ce que le juge de la Cour de l’impôt a appelé, en fait, des difficultés financières «extrêmement graves» (dossier d’appel, à la page 43). Vu cette conclusion du juge de la Cour de l’impôt et vu la vaste expérience du contribuable dans le domaine des affaires, le bilan du mois de novembre 1987 aurait dû éveiller l’attention de ce dernier sur l’existence d’un éventuel problème avec les versements. C’est d’autant plus vrai que rien ne portait à croire que les difficultés financières de RBI étaient de nature purement temporaire. Dans les circonstances, toutefois, le contribuable ne s’est pas renseigné sur le versement des sommes retenues sur la rémunération des employés.

[58] L’avocat du contribuable affirme dans ses observations écrites que M<sup>me</sup> Beauchamp et les autres administrateurs de RBI ont sciemment caché des renseignements importants au contribuable, de sorte que cette «conspiration du secret» a empêché le contribuable de savoir que les retenues à la source n’étaient pas versées: voir le paragraphe 24 de l’exposé des faits et du droit de l’appelant. L’avocat soutient en outre que cette conspiration présumée a privé le contribuable d’une liberté de choix et de la capacité d’exercer une influence ou un contrôle sur la gestion de RBI (*ibid.*). Il me paraît difficile de souscrire à l’argument du contribuable que son inaction est attribuable à une «conspiration du silence». Le juge de la Cour de l’impôt n’a tiré aucune conclusion, et aucune preuve n’a été produite, au soutien de l’affirmation que M<sup>me</sup> Beauchamp a donné aux autres administrateurs la consigne précise de ne pas discuter des versements avec le contribuable. Il est vrai qu’elle

to discuss with the taxpayer anything other than that which was dealt with at directors' meetings attended by the taxpayer, which matters did not include the issue of remittances. However, there is no indication that the taxpayer was misled or frustrated by other company officials during a quest for knowledge about the state of remittances. In any event, it is unnecessary to decide precisely what steps the taxpayer in this case should have taken after having learned of RBI's grave financial situation and, correlatively, the potential for a remittance problem. Suffice it to say that what the taxpayer did, that is nothing, was inadequate for the purpose of discharging the burden imposed on him by subsection 227.1(3) of the Act, given the precarious financial position of the company.

[59] The difference in outcomes between this case and *Sanford* can be rationalized on the basis of the subjective element of the standard of care. The *Sanford* case involved an individual with no management experience who took active steps and performed her directorial duties reasonably, having regard to her level of skill and experience, and the corporate circumstances in which she found herself. Accordingly, she was able to avoid personal liability for the unremitted amounts. On the contrary, this case concerns an experienced businessman who took no positive steps to ensure remittance of employee withholdings despite the fact that he should have been alerted to a potential problem in that regard. He did absolutely nothing but close his eyes. As a consequence, it can hardly be said that the taxpayer in this case exercised, in his capacity as director of RBI, the degree of care, skill and diligence required by the Act.

[60] For all of these reasons, the appeal must be dismissed. This is one instance in which it is simply not appropriate to visit the taxpayer with costs of the appeal. The issues pursued before this Court transcend his personal interests. Accordingly, no costs should be awarded.

LINDEN J.A.: I agree.

avait donné aux autres administrateurs la consigne de ne discuter avec le contribuable que des questions qui avaient été soulevées aux réunions du conseil auxquelles celui-ci avait assisté, et le versement des retenues à la source n'était pas l'une de ces questions. Cependant, rien ne permet de conclure que les dirigeants de la société ont induit le contribuable en erreur ou ont gêné ses efforts au cours d'une recherche de renseignements sur l'état des versements. Quoi qu'il en soit, il est inutile de dire précisément quelles mesures le contribuable en l'espèce aurait dû prendre lorsqu'il a appris que RBI avait de graves difficultés financières et, corrélativement, que les versements pourraient bien poser un problème. Je me contenterai de dire que ce que le contribuable a fait, c'est-à-dire rien, était insuffisant pour s'acquitter du fardeau que lui imposait le paragraphe 227.1(3) de la Loi, vu la situation financière précaire de la société.

[59] L'explication logique de l'issue différente de l'espèce et de l'affaire *Sanford* réside dans l'élément subjectif de la norme de prudence. L'affaire *Sanford* concerne une personne qui n'avait aucune expérience comme gestionnaire et qui a pris des mesures concrètes et exercé ses fonctions d'administratrice raisonnablement, compte tenu de son niveau de compétence et de son expérience, et des circonstances dans lesquelles elle s'est trouvée. Par conséquent, elle n'a pas été tenue personnellement responsable à l'égard des sommes non versées. En revanche, la présente affaire se rapporte à un homme d'affaires chevronné qui n'a pris aucune mesure pour s'assurer que les retenues à la source étaient versées, en dépit du fait qu'il aurait dû être sensibilisé à l'existence d'un éventuel problème à cet égard. Il n'a absolument rien fait, sinon fermer les yeux sur la situation. Par voie de conséquence, on ne peut guère affirmer que le contribuable en l'espèce a exercé, en sa qualité d'administrateur de RBI, le degré de soin, de compétence et de diligence requis par la Loi.

[60] Pour tous ces motifs, l'appel doit être rejeté. Il s'agit d'une situation dans laquelle il n'est tout simplement pas opportun de condamner le contribuable aux dépens de l'appel. Les questions débattues devant cette Cour dépassent ses intérêts personnels. Par conséquent, je suis d'avis de ne pas adjuger de dépens.

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



A-652-96

A-652-96

**Zahid Mohammad** (*Applicant*)**Zahid Mohammad** (*requérant*)

v.

c.

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

Court of Appeal, MacGuigan, Robertson and McDonald J.J.A.—Toronto, June 11; Ottawa, July 28, 1997.

Cour d'appel, juges MacGuigan, Robertson et McDonald, J.C.A.—Toronto, 11 juin; Ottawa, 28 juillet 1997.

*Income tax — Income calculation — Deductions — Judicial review of T.C.C. decision reducing amount of deductible interest under Income Tax Act, s. 67 — Taxpayer co-purchasing residential property for rental purposes, intending to realize capital gain — Purchasers assuming existing mortgage, each contributing \$25,000 which taxpayer borrowing — Act, s. 67 requiring deductible outlay, expense to be reasonable — M.N.R. disallowing deduction of rental losses on grounds no reasonable expectation of profit — T.C.J. holding unreasonable to finance 100% of purchase price, therefore interest paid on \$25,000 not deductible — Judicial doctrine of reasonable expectation of profit, concept of reasonable expenses under s. 67 must be invoked, applied independently — S. 67 must not be used in arbitrary manner, to soften strictures of reasonable expectation of profit test — Must be applied as objectively as possible — Full financing neither bar to deducting rental loss nor ground for reducing amount of interest deductible — Reasonableness of otherwise deductible expense not assessed by reference to whether any one expense, or collective expenses, disproportionate to revenues — Ramsay v. M.N.R., Elliott v. M.N.R. line of cases no longer good law — Refusal to permit deduction of interest on personal loan arbitrary because no principled basis on which to determine amount by which interest expense must be reduced — T.C.C. misinterpreting, misapplying s. 67.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Contrôle judiciaire d'une décision de la C.C.I. de réduire le montant des intérêts déductibles en vertu de l'art. 67 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le contribuable a acheté avec un autre acquéreur une propriété résidentielle afin de la mettre en location, dans le but de réaliser un gain en capital — Les acquéreurs ont pris en charge l'hypothèque existante, et chacun a fait un apport de 25 000 \$ que le contribuable a empruntés — L'art. 67 de la Loi exige que la dépense déductible soit raisonnable — Le M.R.N. a refusé la déduction des pertes locatives au motif qu'il n'y avait pas d'expectative raisonnable de profit — Le juge de la C.C.I. a statué qu'il était déraisonnable de financer le coût d'acquisition à 100 p. 100, et par conséquent que les frais d'intérêts payés sur l'emprunt de 25 000 \$ n'étaient pas déductibles — La doctrine judiciaire de l'expectative raisonnable de profit, et le concept de dépense raisonnable en vertu de l'art. 67 doivent être invoqués et appliqués de façon indépendante — L'art. 67 ne doit pas être utilisé d'une manière arbitraire, pour atténuer le côté rigoureux du critère relatif à l'expectative raisonnable de profit — Celui-ci doit être appliqué de la façon la plus objective possible — Le financement total n'est ni un empêchement à la déduction de la perte locative ni un motif pour réduire le montant des intérêts déductibles — Le caractère raisonnable d'une dépense déductible par ailleurs n'est pas évalué en faisant référence au fait de savoir si une dépense en particulier, ou des dépenses prises collectivement, sont disproportionnées par rapport aux revenus — Le courant jurisprudentiel représenté par les décisions Ramsay c. M.R.N. et Elliott c. M.R.N. est dépassé — Le refus d'autoriser la déduction des intérêts sur le prêt personnel est arbitraire parce qu'il n'y a pas fondement de principe à partir duquel on peut fixer la limite des frais d'intérêts à déduire — La C.C.I. a mal interprété et mal appliqué l'art. 67.*

This was an application for judicial review of the Tax Court's decision reducing the amount of deductible interest under *Income Tax Act*, section 67. In 1987, the applicant taxpayer co-purchased a residential property, intending to rent it for a few years, and then dispose of it, thereby

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du juge de la Cour de l'impôt de réduire le montant des intérêts pouvant être déduits en vertu de l'article 67 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En 1987, le contribuable requérant a acheté avec un coacquéreur une propriété

realizing a capital gain. The purchasers assumed an existing mortgage and each contributed a further \$25,000 which the taxpayer raised by obtaining a personal bank loan. During the years in question, the property was rented at market rate. For 1989, 1990 and 1991 the taxpayer's share of the rental losses was \$7,000, \$9,000 and \$8,000 respectively. For 1992 and 1993, the losses diminished to \$4,000 and \$1,000. By 1994, the taxpayer reported a profit of \$760. Section 67 provides that an outlay or expense must be reasonable in the circumstances in order to be deductible. The Minister of National Revenue disallowed the deduction of rental losses from employment income on the ground that there was no reasonable expectation of profit. The Tax Court held that the rental venture had a reasonable expectation of profit but that it was unreasonable for the taxpayer to have financed the full purchase price of the property and then to have deducted all of the interest expense.

The issue was whether the Tax Court erred in refusing to permit the deduction of interest paid on the \$25,000 personal loan.

*Held*, the application should be allowed.

Taxpayers frequently acquire a residential property for rental purposes by financing the entire purchase price. The amount of yearly interest payable on the loan often greatly exceeds the rental income that might reasonably have been earned. There can be no reasonable expectation of profit so long as no significant payments are made against the principal amount of the indebtedness. A rental loss can be claimed even though no such payment(s) were made in the taxation years under review, if the taxpayer establishes to the Court's satisfaction that he had a realistic plan to reduce the principal amount of the borrowed monies. The taxpayer will discharge that burden by showing that significant payments were made against the principal indebtedness in the taxation years closely following the year of purchase. The application record referred to such payments having been made, but evidence thereof was not before the Tax Court Judge and was not raised during this hearing.

Section 67 does not deal with the issue of deductibility. In the case of interest payments, deductibility hinges on paragraph 20(1)(c) and satisfaction of the direct-use rule articulated in *Bronfman Trust*. Since the property was not used by the taxpayer as a personal residence, and as the Tax Court Judge was satisfied that the arrangement between the taxpayer and the other co-owner was carried out by two unrelated persons on commercially acceptable terms, the issue of deductibility *per se* did not arise.

résidentielle, dans l'intention de la louer pendant quelques années et ensuite de la revendre pour réaliser un gain en capital. Les acquéreurs ont pris en charge une hypothèque existante et chacun d'eux a fait un apport de 25 000 \$ que le contribuable a obtenu au moyen d'un prêt bancaire personnel. Pendant les années en question, la propriété a été louée au taux du marché. En 1989, 1990 et 1991, la part des pertes locatives du contribuable s'est établie à 7 000 \$, 9 000 \$ et 8 000 \$ respectivement. Pour les années d'imposition 1992 et 1993, les pertes ont diminué à 4 000 \$ et à 1 000 \$. En 1994, le contribuable a déclaré un modeste bénéfice de 760 \$. L'article 67 dispose que, pour être déductible, une dépense doit être raisonnable dans les circonstances. Le ministre du Revenu national a refusé la déduction des pertes locatives du revenu d'emploi au motif qu'il n'y avait pas d'expectative raisonnable de profit. La Cour de l'impôt a statué que l'activité locative avait une expectative raisonnable de profit, mais qu'il n'était pas raisonnable que le contribuable finance la totalité du coût d'acquisition du bien pour ensuite déduire la totalité des frais d'intérêts.

La question est de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur en refusant la déduction des intérêts payés sur le prêt personnel de 25 000 \$.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

Il arrive souvent que des contribuables achètent un immeuble résidentiel à des fins de location en finançant la totalité du coût d'acquisition, et que le montant des intérêts annuels payables sur le prêt dépasse de beaucoup les revenus de location auxquels on pouvait raisonnablement s'attendre. Il ne peut y avoir d'expectative raisonnable de profit tant et aussi longtemps que des paiements importants ne sont pas faits sur le principal de la dette. Une perte locative peut être réclamée même si aucun paiement de ce genre n'a été fait au cours des années d'imposition en question, si le contribuable établit à la satisfaction de la Cour qu'il avait un plan réaliste en vue de réduire le principal de l'emprunt. Le contribuable s'acquittera de ce fardeau en démontrant que des paiements importants ont été faits sur le principal dans les années d'imposition suivant de près l'année de l'acquisition. Le dossier de la demande fait référence au fait que ces remboursements ont été faits, mais cette preuve ne semble pas avoir été produite devant le juge de la Cour de l'impôt et n'a pas été soulevée au cours de l'audition de la demande.

L'article 67 ne traite pas de la question de la déductibilité en soi. Dans le cas des paiements d'intérêts, la déductibilité dépend de l'alinéa 20(1)c) et du fait qu'ils respectent la règle d'utilisation directe formulée dans *Bronfman Trust*. Puisque le bien en question n'a pas été utilisé par le contribuable comme résidence personnelle et étant donné que le juge de la Cour de l'impôt a été convaincu que l'arrangement entre le contribuable et l'autre copropriétaire a été conclu par deux personnes non liées à des conditions

The Minister relied upon a line of cases, beginning with *Ramsay v. M.N.R.*, which reduced a taxpayer's business expenditures on the ground that the total expenses were excessive or disproportionate to revenues, for the Tax Court's application of section 67. Section 67 and its predecessors speak to the reasonableness of a particular expense. It does not speak to the reasonableness of a particular expense, or expenses collectively, when measured against revenues. There may be instances where the expenses being claimed are so excessive or extravagant as to be unreasonable and, at the same time, so great as to give rise to a loss, and thus the question of whether the taxpayer's venture had a reasonable expectation of profit. But the two issues remain independent of one another. The concept of reasonableness should not be equated with arbitrariness, which best describes the notion that expenses or an expense cannot be disproportionate to revenue, as expressed in the one-third rule (expenses should not ordinarily exceed one third of revenue). If one were to apply such notions strictly, taxpayers might never be able to deduct a business or property loss from other sources of income. *Ramsay* implies that there must be an "expectation of reasonable profit" as opposed to a "reasonable expectation of profit". To limit the amount of expenses that can be deducted from income on the ground that they may be disproportionate to revenue is tantamount to saying that a profit of \$1 will never be sufficient. Yet, it is sound law that the terms "reasonable expectation of profit" and "expectation of reasonable profit" are not synonymous. The *Ramsay* line of cases has been displaced by the doctrine of reasonable expectation of profit. Section 67 cannot be invoked to limit an otherwise deductible expense on the ground that it is excessive or disproportionate in relation to revenues.

That a taxpayer has financed the entire purchase price of a property determines nothing. It is both plausible and possible that a taxpayer could acquire property with full financing in circumstances where the rental income is going to exceed all of the rental expenses, including those attributable to interest payments. In such circumstances, it is irrelevant whether acquisition of the property involved full financing and such a business transaction cannot be characterized as unreasonable. However, taxpayers who are unable or unprepared to invest some of their own capital must prove that the rental initiative satisfies the profitability test imposed by *Moldowan*.

acceptables sur le plan commercial, la question de la déductibilité en soi ne s'est pas posée.

Le ministre s'est appuyé sur une série de causes antérieures, ayant commencé avec *Ramsay c. M.R.N.*, dans lesquelles les dépenses commerciales d'un contribuable ont été réduites au motif que la totalité des dépenses étaient excessives ou disproportionnées par rapport aux revenus, pour les fins de l'application de l'article 67. L'article 67 et ses prédécesseurs traitent du caractère raisonnable d'une dépense en particulier. La disposition ne traite pas du caractère raisonnable d'une dépense en particulier, ni de dépenses prises collectivement, évaluées au regard des revenus. Il peut y avoir des cas où les dépenses réclamées sont si énormes ou extravagantes qu'elles sont déraisonnables et, en même temps, si importantes qu'elles donnent lieu à une perte et donc que se pose la question de savoir si l'entreprise du contribuable avait une expectative raisonnable de profit. Mais ces deux questions demeurent indépendantes l'une de l'autre. Le concept du caractère raisonnable ne doit pas devenir synonyme d'arbitraire, terme qui qualifie on ne peut mieux la notion voulant que les dépenses ou une dépense ne peuvent être disproportionnées par rapport aux revenus, comme l'exprime la règle du tiers (les dépenses ne devraient habituellement pas excéder le tiers des revenus). Si l'on devait appliquer de telles notions de façon stricte, il pourrait arriver que les contribuables ne soient jamais en mesure de déduire une perte commerciale ou matérielle d'autres sources de revenu. La décision *Ramsay* laisse supposer qu'il doit y avoir une «expectative de profit raisonnable», par opposition à une «expectative raisonnable de profit». Limiter le montant des dépenses qui peuvent être déduites des revenus au motif qu'elles sont peut-être disproportionnées par rapport à ceux-ci équivaut presque à dire qu'un bénéfice de 1 \$ ne sera jamais suffisant. Et pourtant, il est bien établi en droit que les expressions «expectative raisonnable de profit» et «expectative de profit raisonnable» ne sont pas synonymes. Le courant jurisprudentiel fondé sur le raisonnement de la décision *Ramsay* a été remplacé par la doctrine de l'expectative raisonnable de profit. L'article 67 de la Loi ne peut être invoqué pour limiter une dépense déductible par ailleurs au motif qu'elle est excessive ou disproportionnée par rapport aux revenus.

Le fait qu'un contribuable a financé la totalité du prix d'acquisition d'un bien ne détermine rien du tout en soi. Il est à la fois plausible et possible qu'un contribuable puisse acquérir un bien en le finançant totalement dans des cas où le revenu de location est susceptible d'excéder la totalité des dépenses locatives, y compris celles qui sont attribuables au paiement des intérêts. Dans de telles circonstances, il n'est pas pertinent de se demander si l'acquisition du bien a exigé un financement complet et une telle décision commerciale ne peut être qualifiée de déraisonnable. Cela dit, les contribuables qui sont incapables ou qui ne sont pas disposés à investir une certaine partie de leurs propres capitaux doivent établir que l'activité locative répond au critère de rentabilité imposés dans l'arrêt *Moldowan*.

The refusal to permit the taxpayer to deduct interest paid on the \$25,000 loan when calculating his rental profit or loss for a particular taxation year was arbitrary and not in accordance with the purpose of section 67. When evaluating reasonableness of an expense, one is measuring its reasonableness in terms of its magnitude or *quantum*. Although such a determination may involve an element of subjective appreciation on the part of the trier of fact, there should always be a search for an objective component. Where the objective component is difficult to isolate, practical experience informed by common sense will have to prevail. In instances where an expense is of a highly unusual nature or peculiar to a particular type of commercial enterprise, then expert testimony may be instructive. To disallow the deduction of a portion of the interest because of 100% financing is to establish a criterion of arbitrariness and to effectively supplant, erroneously and unjustifiably, the reasonable expectation of profit test with section 67. The decision below was arbitrary because there was no principled basis on which to determine the amount by which the interest expense must be reduced. No reason was given as to why interest on the assumed mortgage should be allowed and that on the personal loan denied. Having regard to the fact that section 67 imposes a criterion of reasonableness, the only rational way of limiting the amount of the interest expense under that provision, without running afoul of the arbitrariness criticism, would be to disallow financing costs at the point where any further interest deduction gives rise to a rental loss. A reasonable expense would be one which does not give rise to a loss. This line of reasoning was, however, unacceptable because it rendered moot the question of whether the taxpayer had a reasonable expectation of profit.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 3(d), 9(3), 20(1)(c), 67.  
*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 1100(11), (14) (as am. by SOR/90-22, s. 1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; [1977] CTC 310; 77 DTC 5213; 15 N.R. 476; *Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73; (1995), 96 DTC 6001; 191 N.R. 182 (C.A.).

##### OVERRULED:

*Cipollone (N.) v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2598; [1994] E.T.C. 405 (T.C.C.); *Ramsay v. M.N.R.* (1954), 54 DTC

Le refus d'autoriser le contribuable à déduire les intérêts payés sur le prêt de 25 000 \$, dans le calcul de la perte ou du profit locatif dans une année d'imposition donnée est arbitraire et n'est pas conforme à l'objectif de l'article 67 de la Loi. Quand on évalue le caractère raisonnable d'une dépense, on mesure ce caractère raisonnable en termes de grandeur ou de *quantum*. Bien qu'une telle décision puisse faire intervenir un élément d'appréciation subjective de la part du juge des faits, il faut toujours rechercher un élément objectif. Dans les cas où l'élément objectif est difficile à isoler, l'expérience pratique doublée d'un bon sens commun devra prévaloir. Dans les cas où une dépense est d'une nature très inhabituelle ou tout à fait exceptionnelle par rapport à un type d'entreprise commerciale, on pourra avoir recours à un témoignage d'expert. Refuser la déduction d'une fraction des frais d'intérêts parce que l'acquisition a été financée à 100 p. 100 équivaut à établir un critère d'arbitraire et en fait à supplanter, de façon erronée et injustifiable, le critère de l'expectative raisonnable de profit par l'article 67 de la Loi. La décision du tribunal inférieur est arbitraire parce qu'il n'y a pas de fondement de principe à partir duquel on peut fixer la limite des frais d'intérêts à déduire. Aucun motif n'a été donné quant à savoir pourquoi les intérêts sur une hypothèque prise en charge devraient être autorisés et ceux payés sur le prêt personnel devraient être refusés. Compte tenu du fait que l'article 67 de la Loi impose un critère de caractère raisonnable, la seule façon rationnelle de limiter le montant des frais d'intérêts en vertu de cette disposition, sans risquer d'être accusé d'arbitraire, serait de refuser les frais de financement à partir du moment où la déduction d'autres intérêts entraînera une perte locative. Une dépense raisonnable serait une dépense qui ne donne pas lieu à une perte. Bien entendu, ce raisonnement est inacceptable étant donné qu'il rend tout à fait théorique la question de savoir si le contribuable avait une expectative raisonnable de profit.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 3d), 9(3), 20(1)c), 67.  
*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, art. 1100(11),(14) (mod. par DORS/90-22, art. 1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; [1977] CTC 310; 77 DTC 5213; 15 N.R. 476; *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73; (1995), 96 DTC 6001; 191 N.R. 182 (C.A.).

##### DÉCISIONS INFIRMÉES:

*Cipollone (N.) c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2598; [1994] E.T.C. 405 (C.C.I.); *Ramsay c. M.R.N.* (1954), 54 DTC

261 (T.A.B.); *Elliott v. M.N.R.* (1971), 71 DTC 106 (T.A.B.).

## REFERRED TO:

*Canada (Attorney General) v. Mastri*, [1998] 1 F.C. 66 (C.A.); *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; *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *Ludmer (D.) v. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 2494; (1993), 93 DTC 1351 (T.C.C.); *Ludmer v. Canada*, [1995] 2 F.C. 3; [1996] 3 C.T.C. 74; (1994), 95 DTC 5311; 182 N.R. 125 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1995] 4 S.C.R. vii; *Baker (C.B.) v. M.N.R.*, [1987] 2 C.T.C. 2271; (1987), 87 DTC 566 (T.C.C.); *Aucoin v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 2191; (1990), 91 DTC 313 (T.C.C.); *Smith v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2022 (T.C.C.); *Graves (G.) v. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 357; (1990), 90 DTC 6300; 33 F.T.R. 270 (F.C.T.D.); *Qureshi (A.R.) v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2370; (1991), 92 DTC 1150 (T.C.C.); *74712 Alberta Ltd. v. M.N.R.*, [1997] 2 F.C. 471; (1997), 97 DTC 5126; 208 N.R. 348 (C.A.); *Maloney (V.) v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2402; (1989), 89 DTC 314 (T.C.C.); *Fish (S.) v. Canada*, [1995] E.T.C. 403 (T.C.C.); *Cheesmond (J.E.) v. Canada*, [1995] E.T.C. 402 (T.C.C.); *Nicols, C. et al. v. The Queen* (1997), 97 DTC 1004 (T.C.C.); *Pradeepan v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2015 (T.C.C.); *Monga v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2529 (T.C.C.); *Michael (T.P.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2131; (1991), 91 DTC 1076 (T.C.C.); *R v Matthews, D C*, [1974] CTC 230; (1974), 74 DTC 6193 (F.C.T.D.); *Narine (M.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2055 (T.C.C.); *Adams v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2916; (1996), 96 DTC 1145 (T.C.C.).

## AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. and J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

APPLICATION for judicial review of the Tax Court's decision reducing the amount of deductible interest under *Income Tax Act*, section 67 on the ground that 100% financing of the purchase price of a residential rental property was unreasonable (*Mohammad v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2522 (T.C.C.)). Application allowed.

## APPEARANCE:

Zahid Mohammad on his own behalf.

261 (C.R.I.); *Elliott c. M.R.N.* (1971), 71 DTC 106 (C.R.I.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Procureur général) c. Mastri*, [1998] 1 C.F. 66 (C.A.); *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; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *Ludmer (D.) c. M.R.N.*, [1993] 2 C.T.C. 2494; (1993), 93 DTC 1274 (C.C.I.); *Ludmer c. Canada*, [1995] 2 C.F. 3; [1996] 3 C.T.C. 74; (1994), 95 DTC 5035; 182 N.R. 125 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée à [1995] 4 R.C.S. vii; *Baker (C.B.) c. M.R.N.*, [1987] 2 C.T.C. 2271; (1987), 87 DTC 566 (C.C.I.); *Aucoin c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 2191; (1990), 91 DTC 313 (C.C.I.); *Smith c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2022 (C.C.I.); *Graves (G.) c. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 357; (1990), 90 DTC 6300; 33 F.T.R. 270 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Qureshi (A.R.) c. M.R.N.*, [1992] 1 C.T.C. 2370; (1991), 92 DTC 1150 (C.C.I.); *74712 Alberta Ltd. c. M.R.N.*, [1997] 2 C.F. 471; (1997), 97 DTC 5126; 208 N.R. 348 (C.A.); *Maloney (V.) c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 2402; (1989), 89 DTC 314 (C.C.I.); *Fish (S.) c. Canada*, [1995] E.T.C. 403 (C.C.I.); *Cheesmond (J.E.) c. Canada*, [1995] E.T.C. 402 (C.C.I.); *Nicols, C. et al. c. La Reine* (1997), 97 DTC 1004 (C.C.I.); *Pradeepan c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2015 (C.C.I.); *Monga c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2529 (C.C.I.); *Michael (T.P.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2131; (1991), 91 DTC 1076 (C.C.I.); *R c Matthews, D C*, [1974] CTC 230; (1974), 74 DTC 6193 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Narine (M.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2055 (C.C.I.); *Adams c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2916; (1996), 96 DTC 1145 (C.C.I.).

## DOCTRINE

Hogg, Peter W. et J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour de l'impôt de réduire le montant des intérêts pouvant être déduits en vertu de l'article 67 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au motif qu'il était déraisonnable pour le contribuable de financer à 100 p. 100 le prix d'acquisition d'une propriété résidentielle mise en location (*Mohammad c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2522 (C.C.I.)). Demande accueillie.

## ONT COMPARU:

Zahid Mohammad en son propre nom.

## COUNSEL:

*Marie-Thérèse Boris* for respondent.

## APPLICANT ON HIS OWN BEHALF:

Zahid Mohammad, Brampton, Ontario.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] ROBERTSON J.A.: The Minister of National Revenue refused to allow the applicant taxpayer to deduct certain rental losses from employment income on the ground that he had failed to satisfy the “reasonable expectation of profit” test laid down by the Supreme Court in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480. On appeal, the Tax Court of Canada rejected the Minister’s contention [*Mohammad v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2522]. At the same time, the Tax Court Judge invoked section 67 of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] (hereinafter the Act) to reduce the amount of interest that could be deducted for purposes of calculating the rental loss. He did so on the basis that it was unreasonable for the taxpayer to have financed the entire purchase price of the property and then to have deducted all of the interest expense. On the facts of this case, the interest component of the rental expenses was itself sufficient to create a loss even though revenues had not fallen below the taxpayer’s expectations.

[2] This judicial review application seeks to establish that the Tax Court Judge erred in reducing the amount of deductible interest under section 67. In my respectful opinion, the taxpayer is entitled to succeed. That being said, it is also evident that there is growing confusion over the proper application of section 67, which speaks to the reasonableness of an otherwise deductible expense, and the judicial doctrine of reasonable expectation of profit. That doctrine speaks to the issue of whether the taxpayer has a “source of

## AVOCAT:

*Marie-Thérèse Boris* pour l’intimée.

## LE REQUÉRANT POUR SON PROPRE COMPTE:

Zahid Mohammad, Brampton (Ontario).

## PROCUREUR:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l’intimée.

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

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Le ministre du Revenu national a refusé au contribuable requérant la possibilité de déduire certaines pertes locatives de son revenu d’emploi au motif qu’il n’avait pas respecté le critère de «l’expectative raisonnable de profit» énoncé par la Cour suprême dans *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480. En appel, la Cour canadienne de l’impôt a rejeté l’argument du ministre [*Mohammad c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2522]. Simultanément, le juge de la Cour de l’impôt a invoqué l’article 67 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1] (ci-après la Loi) afin de réduire le montant des intérêts pouvant être déduits aux fins du calcul de la perte locative. Selon lui, il n’était pas raisonnable que le contribuable ait financé la totalité du coût d’acquisition du bien pour ensuite déduire la totalité des frais d’intérêts. D’après les faits de l’espèce, la partie des dépenses locatives composée des intérêts était en elle-même suffisante pour créer une perte même si les revenus n’avaient pas fléchi en-deçà des attentes du contribuable.

[2] La présente demande de contrôle judiciaire vise à déterminer si le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur en réduisant le montant des intérêts déductibles en vertu de l’article 67. En toute déférence, je crois que le contribuable doit avoir gain de cause. Cela dit, il est également évident qu’il y a de plus en plus de confusion quant à l’application appropriée de l’article 67, qui traite du caractère raisonnable d’une dépense par ailleurs déductible, et la doctrine judiciaire de l’expectative raisonnable de profit. Cette

income” on which to calculate either a rental loss or profit. These reasons address the fundamental issues of how section 67 is to be applied and how it is to interact with the reasonable expectation doctrine.

[3] In 1987, the applicant taxpayer and Peter Robbins agreed to purchase a residential property in Oakville for rental purposes. Their intention was to rent the property for a few years and then dispose of it, thereby realizing a capital gain. The purchase price was \$181,000 with the acquisition being financed by the assumption of an existing first mortgage of \$131,000 and by each of the co-owners contributing \$25,000 cash. The taxpayer raised his share of the purchase price by obtaining a personal bank loan at the prevailing rate of interest. (In 1991, the personal loan was paid off by increasing the amount of the assumed mortgage.) After purchasing the property in November of 1987, the co-owners were unable to find a tenant immediately. It was therefore agreed that Mr. Robbins would occupy the residential property while paying rent of \$1,500 per month, subsequently increased to \$1,550 in 1989. In July of 1990, the property was rented to Mr. and Mrs. Slipp for \$1,250 per month. Their residential tenure came to an end in August of that year when Mr. Robbins married and he and his wife decided to occupy the property at a monthly rent of \$1,300. During the rental period in question, the co-owners had decided against selling the property because of the decline of real estate values in Oakville and the financial (capital) loss they would incur on disposition.

[4] For the 1989, 1990 and 1991 taxation years, the taxpayer’s share of the rental losses totalled \$7,000, \$9,000 and \$8,000 respectively. For the 1992 and 1993 tax years, the losses diminished to \$4,000 and \$1,000. By 1994, the taxpayer reported a modest profit of \$760. The Minister disallowed the deduction of rental losses from the taxpayer’s other sources of income, namely employment income, on two grounds. First, it was maintained that there was no reasonable

doctrine traite de la question de savoir si le contribuable a une «source de revenu» à partir de laquelle il peut calculer soit une perte soit un profit sur la location. Les présents motifs abordent les questions fondamentales de savoir comment l’article 67 doit être appliqué et quelle est son interaction avec la doctrine de l’expectative raisonnable de profit.

[3] En 1987, le contribuable requérant et Peter Robbins ont convenu d’acheter une propriété résidentielle à Oakville afin de la mettre en location. Leur intention était de louer la propriété pendant quelques années et ensuite de la revendre pour réaliser un gain en capital. Le prix d’achat était de 181 000 \$ et l’acquisition a été financée par la prise en charge de l’hypothèque de premier rang de 131 000 \$ et par l’apport d’une somme de 25 000 \$ en espèces par chacun des copropriétaires. Pour financer sa part du prix d’achat, le contribuable a obtenu un prêt bancaire personnel au taux d’intérêt en vigueur. (En 1991, le prêt personnel a été remboursé en augmentant le montant de l’hypothèque qui avait été prise en charge.) Après l’achat de la propriété en novembre 1987, les copropriétaires n’ont pas réussi à trouver immédiatement un locataire. Il a donc été convenu que M. Robbins occuperait la propriété résidentielle contre un loyer de 1 500 \$ par mois, porté à 1 550 \$ en 1989. En juillet 1990, la propriété a été louée à M. et M<sup>me</sup> Slipp pour un montant de 1 250 \$ par mois. Leur bail résidentiel a pris fin en août de cette année quand M. Robbins s’est marié et que son épouse et lui-même ont décidé d’occuper la propriété pour un loyer mensuel de 1 300 \$. Au cours de la période de location en question, les copropriétaires avaient décidé de ne pas vendre la propriété à cause de la baisse du marché immobilier à Oakville et des pertes financières (en capital) qu’ils subiraient à la vente de la maison.

[4] Pour les années d’imposition 1989, 1990 et 1991, la part des pertes locatives du contribuable s’est établie à 7 000 \$, 9 000 \$ et 8 000 \$, respectivement. Pour les années d’imposition 1992 et 1993, les pertes ont diminué à 4 000 \$ et 1 000 \$. En 1994, le contribuable a déclaré un modeste bénéfice de 760 \$. Le ministre n’a pas autorisé la déduction des pertes locatives sur les autres sources de revenu du contribuable, notamment sur le revenu tiré de son emploi,

expectation of profit and, therefore, no source of income from a property on which a rental loss could be calculated, let alone claimed. Second, it was submitted that in the circumstances the entire interest expense was unreasonable and, accordingly, not deductible pursuant to section 67 of the Act.

[5] Relying on *Moldowan, supra* and the decision of this Court in *Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73 (C.A.), the Tax Court Judge held that the rental venture had a reasonable expectation of profit and, therefore, subject to one qualification, the taxpayer was entitled to deduct the rental loss from his employment income for each of the taxation years in question: as to the true import of *Tonn*, see *Canada (Attorney General) v. Mastri*, [1998] 1 F.C. 66 (C.A.). The qualification related to the subsequent holding that it was unreasonable for the taxpayer to have acquired the property with full financing. The Tax Court Judge held as follows at page 2527 of his reasons for judgment:

In my opinion, the deductibility of the interest on the borrowed down payment amount was not a reasonable expense. That interest ought to be disallowed under section 67 of the *Income Tax Act*. It is not reasonable for any individual (or partnership in this case) to purchase real estate; borrow 100% of the cost; and then expect to rent it out and earn a profit after deducting the interest on 100% of the cost.

The Appellant states that his objective was to make a capital gain but, to be a capitalist, one must have some capital. The Appellant did not have any of his own capital in this transaction. It was all borrowed money. As a rental operation, the venture was under-capitalized. The 100% financing of the property was not reasonable.

[6] The taxpayer takes exception to the findings that it was unreasonable to finance 100% of the purchase price and, correlatively, that the interest paid on the \$25,000 personal loan was not deductible pursuant to section 67 of the Act. In my respectful opinion, those objections are well founded. For reasons that follow

pour deux motifs. Premièrement, le ministre a soutenu qu'il n'y avait pas d'expectative raisonnable de profit et, par conséquent, qu'il n'y avait pas de source de revenu tiré d'un bien sur laquelle une perte locative pouvait être calculée, et encore moins réclamée. Deuxièmement, le ministre a fait valoir que dans les circonstances la totalité des frais d'intérêts n'était pas raisonnable et ne pouvait donc être déduite en vertu de l'article 67 de la Loi.

[5] S'appuyant sur l'arrêt *Moldowan*, précité, et la décision de la présente Cour dans *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73 (C.A.), le juge de la Cour de l'impôt a statué que l'activité locative avait une expectative raisonnable de profit et, par conséquent, qu'à une réserve près, le contribuable avait le droit de déduire la perte locative de son revenu d'emploi pour chacune des années d'imposition visées: quant à la véritable signification qu'il convient de donner à *Tonn*, voir *Canada (Procureur général) c. Mastri*, [1998] 1 C.F. 66 (C.A.). La réserve a trait à l'autre décision selon laquelle il n'était pas raisonnable que le contribuable finance la totalité du coût d'acquisition de la propriété. Le juge de la Cour de l'impôt indique ceci à la page 2527 de ses motifs:

À mon avis, la déductibilité des intérêts sur le prêt contracté en vue d'effectuer le versement initial n'était pas une dépense raisonnable. La déduction de ces intérêts devrait être rejetée en vertu de l'article 67 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il n'est pas raisonnable pour un particulier (ou dans ce cas-ci une société de personnes) d'acheter un immeuble, d'emprunter la totalité du montant que celui-ci coûte, puis de s'attendre à le louer et à réaliser un bénéfice après avoir déduit des frais d'intérêts sur la totalité du coût.

L'appelant déclare que son objectif était de réaliser un gain en capital mais, pour être un capitaliste, il faut avoir des capitaux. L'appelant n'avait pas investi lui-même de capitaux dans cette opération. Tout l'argent a été emprunté. En tant qu'activité locative, l'entreprise était sous-capitalisée. Il n'était pas raisonnable de financer l'immeuble à 100 p. 100.

[6] Le contribuable conteste les conclusions selon lesquelles il n'était pas raisonnable de financer à 100 p. 100 le coût d'achat et, corrélativement, que les intérêts payés sur le prêt personnel de 25 000 \$ n'étaient pas déductibles aux termes de l'article 67 de la Loi. En toute déférence, je suis d'avis que ces



shortly, it is my opinion that it is simply arbitrary to disallow a portion of the interest actually paid by the taxpayer in circumstances where rental property has been acquired with 100% financing. That being said, I think it fairly obvious that section 67 of the Act is being invoked, and improperly so, to address an issue which should be resolved according to the principles of the reasonable expectation of profit doctrine. The true nature and source of the problem is not difficult to discern from the reported jurisprudence and is reinforced by the facts of this case. I take it for granted that any analysis of section 67 must be preceded by one which exposes the true nature of the underlying problem and a proper understanding of the tenets of the reasonable expectation doctrine.

[7] Frequently, taxpayers acquire a residential property for rental purposes by financing the entire purchase price. Typically, the taxpayer is engaged in unrelated full-time employment. Too frequently, the amount of yearly interest payable on the loan greatly exceeds the rental income that might reasonably have been earned. This is true irrespective of any unanticipated downturn in the rental market or the occurrence of other events impacting negatively on the profitability of the rental venture, e.g. maintenance and non-capital repairs. In many cases, the interest component is so large that a rental loss arises even before other permissible rental expenses are factored into the profit and loss statement. The facts are such that one does not have to possess the experience of a real estate market analyst to grasp the reality that a profit cannot be realized until such time as the interest expense is reduced by paying down the principal amount of the indebtedness. Bluntly stated, these are cases where the taxpayer is unable, *prima facie*, to satisfy the reasonable expectation doctrine. These are not cases where the Tax Court is being asked to second-guess the business acumen of a taxpayer whose commercial or investment venture turns out to be less profitable than anticipated. Rather these are cases where, from the outset, taxpayers are aware that they are going to realize a loss and that they will have to rely on other income sources to meet their debt obligations relating to the rental property.

objections sont bien fondées. Pour les motifs indiqués ci-après, je suis d'avis qu'il est tout simplement arbitraire de refuser une partie des frais d'intérêts réellement payés par le contribuable dans un cas où l'achat d'une propriété en location a été financé à 100 p. 100. Cela dit, je pense qu'il est tout à fait évident que l'article 67 de la Loi est invoqué, à tort, pour traiter d'une question qui devrait être réglée en appliquant la doctrine de l'expectative raisonnable de profit. Il n'est pas difficile de dégager de la jurisprudence la nature et la source véritables du problème qui sont renforcées par les faits de la cause. Je prends pour acquis que toute analyse de l'article 67 doit être précédée d'une analyse qui expose la véritable nature du problème fondamental et une compréhension appropriée des principes de la doctrine de l'expectative raisonnable de profit.

[7] Il arrive souvent que des contribuables achètent un immeuble résidentiel à des fins de location en finançant la totalité du coût d'acquisition. La situation type est celle d'un contribuable qui occupe à plein temps un emploi tout à fait indépendant. Trop fréquemment, le montant des intérêts annuels payables sur le prêt dépasse de beaucoup les revenus de location auxquels on pouvait raisonnablement s'attendre. Cela est vrai, même en faisant abstraction des baisses imprévues du marché locatif ou de la survenance d'autres événements qui ont des répercussions négatives sur la rentabilité de l'activité locative, par exemple, les frais d'entretien et de réparation et des dépenses autres qu'en capital. Dans bon nombre de cas, la composante intérêts est si importante qu'une perte locative est enregistrée avant même que d'autres dépenses locatives autorisées soient prises en compte dans l'état des résultats. Les faits sont tels qu'il n'est pas nécessaire d'avoir l'expérience d'un analyste du marché immobilier pour comprendre qu'un bénéfice ne peut être réalisé tant que les frais d'intérêts ne sont pas réduits en remboursant le principal du prêt. Autrement dit, il y a des cas où le contribuable n'est pas en mesure de respecter à première vue la doctrine de l'expectative raisonnable de profit. Il ne s'agit pas de cas où l'on demande à la Cour de l'impôt de faire des conjectures sur le sens des affaires d'un contribuable dont l'entreprise commerciale ou l'investissement se révèle moins rentable que prévu. Ce sont plutôt des

[8] The facts of this case illustrate the debilitating effect of high-ratio financing on the profitability of a rental venture. For the 1989 taxation year, the taxpayer's share of gross rental income was \$9,075. While his share of the expenses amounted to \$16,320, the interest component equalled \$13,212. In 1990, matters worsened with rental income declining to \$8,552 and expenses climbing to \$18,182, of which \$15,826 was attributed to interest payments. During the taxation years in question, the property was rented and at the market rate. This is not a case where revenues fell below expectations. This is a case where the taxpayer could not reasonably expect to generate a profit until such time as the principal amount of the outstanding purchase-money indebtedness was reduced accordingly.

[9] Lack of immediate profit does not appear to dissuade taxpayers from engaging in the rental market for at least two reasons. First, the anticipated gain on the ultimate disposition of the property may be perceived to overtake any losses stemming from the payment of interest and, more so, if the profit is taxed as a capital gain. (See discussion *infra* as to the deductibility of interest under paragraph 20(1)(c) of the Act where property is purchased for the purpose of realizing a capital gain.) Second, the impact of the interest expense can be diminished if the rental loss can be deducted from other sources of income, typically employment income, pursuant to paragraph 3(d) of the Act. These tax realities help explain why individual taxpayers avoid the corporate structure as a means of holding ownership in rental properties. It is trite tax law that losses cannot be transferred from one taxpayer to another, except through the most sophisticated of tax planning schemes: see *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536. Thus, it may be prudent to delay incorporation until such time as a rental property generates a profit. The one remaining tax planning aspect of these transactions is that taxpayers consciously decline the right to claim a

cas où, dès le départ, les contribuables savent qu'ils subiront une perte et qu'ils devront compter sur d'autres sources de revenu pour payer la dette relative à l'immeuble en location.

[8] Les faits de la présente cause illustrent l'effet débilant d'un financement à ratio élevé sur la rentabilité d'une activité locative. Pour l'année d'imposition 1989, la part du revenu brut que le contribuable a tiré de la location était de 9 075 \$. Bien que sa part des dépenses se soit élevée à 16 320 \$, la composante intérêts était de 13 212 \$. En 1990, les choses ont empiré puisque le revenu de location a fléchi à 8 552 \$ et que les dépenses ont grimpé à 18 182 \$, dont 15 826 \$ de frais d'intérêts. Au cours des années d'imposition en question, la propriété a été louée au taux du marché. Ce n'est pas un cas où les revenus sont inférieurs aux attentes. C'est plutôt un cas où le contribuable ne pouvait raisonnablement s'attendre à réaliser un bénéfice tant que le montant principal de l'emprunt contracté ne serait pas réduit de façon correspondante.

[9] L'absence de bénéfice immédiat ne semble pas avoir dissuadé les contribuables de s'engager sur le marché locatif pour au moins deux raisons. Premièrement, le gain qu'ils espéraient réaliser au moment de la vente de la propriété pouvait être perçu comme une compensation pour les pertes découlant du paiement des intérêts, d'autant plus si le bénéfice est imposé comme gain en capital. (Voir la discussion ci-dessous quant à la déductibilité des intérêts en vertu de l'alinéa 20(1)c) de la Loi, lorsque le bien est acheté dans le but de réaliser un gain en capital.) Deuxièmement, l'impact des frais d'intérêts peut être diminué si la perte locative peut être déduite d'autres sources de revenu, par exemple d'un revenu d'emploi, aux termes de l'alinéa 3d) de la Loi. Ces réalités fiscales permettent d'expliquer pourquoi les particuliers évitent de se constituer en société quand ils décident de devenir propriétaires d'immeubles locatifs. Il est bien établi en droit fiscal que les pertes ne peuvent être transférées d'un contribuable à un autre, sauf dans le cadre de plans de planification fiscale extrêmement compliqués: voir *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536. Ainsi donc, il peut être prudent de différer la constitution d'une société jusqu'à ce que l'immeu-

capital cost allowance for two reasons. First, the taxpayer has to contend with the recapture provisions of the Act which come into operation on the property's disposition. Second, the Act does not permit taxpayers to use the capital cost allowance to either create or increase a rental loss: see *Income Tax Regulations* [C.R.C., c. 945] subsections 1100(11) and (14) [as am. by SOR/90-22, s. 1].

[10] Putting aside the above motivational considerations, it is apparent that this group of taxpayers can have no reasonable expectation of profit provided that the interest component of the rental expenses exceeds anticipated gross rental income. Thus, so long as no payments are made against the principal amount of the purchase-money loans, there can be no reasonable expectation of profit. If, however, the interest component of the rental expenses can somehow be reduced then a positive finding of profitability is easier to sustain, which finding will permit the taxpayer to deduct a portion of the rental loss from employment income. One way of achieving that end is to invoke section 67 of the Act. In short, if you reduce the amount of interest being deducted on the ground, for example, that interest paid on a loan obligation involving 100% financing is unreasonable then the reasonable expectation of profit test imposed by *Moldowan, supra*, may be either avoided or, at the very least, easier to meet. In my respectful opinion, however, section 67 cannot be used in such a manner.

[11] The above analysis is to the effect that there can be no reasonable expectation of profit so long as no significant payments are made against the principal amount of the indebtedness. This inevitably leads to the question of whether a rental loss can be claimed even though no such payment(s) were made in the taxation years under review. I say yes, but not without qualification. The taxpayer must establish to the

ble locatif génère un bénéfice. Le dernier aspect de planification fiscale de ce genre d'opérations est que les contribuables renoncent consciemment à leur droit de réclamer une déduction pour amortissement pour deux raisons. D'abord, le contribuable doit tenir compte des dispositions de récupération de la Loi qui entrent en ligne de compte à l'aliénation de l'immeuble. Deuxièmement, la Loi n'autorise pas les contribuables à utiliser la déduction pour amortissement pour créer ou augmenter une perte locative: voir les paragraphes 1100(11) et (14) [mod. par DORS/90-22, art. 1] du *Règlement de l'impôt sur le revenu* [C.R.C., ch. 945].

[10] Abstraction faite des considérations précitées sur les motifs que poursuivent les contribuables, il ressort que ce groupe de contribuables ne peut avoir aucune expectative raisonnable de profit parce que la composante intérêts des dépenses locatives excède le revenu brut que l'on peut s'attendre de tirer de la location. Donc, tant que le principal des prêts ayant servi à l'acquisition n'est pas réduit, il ne peut y avoir d'expectative raisonnable de profit. Toutefois, si la composante intérêts des dépenses locatives peut être réduite d'une façon quelconque, il est plus facile de soutenir que l'activité peut être rentable, conclusion qui permettra au contribuable de déduire une partie de la perte locative de son revenu d'emploi. L'une des façons de parvenir à cette fin est d'invoquer l'article 67 de la Loi. Bref, si on réduit le montant des intérêts déduits au motif, par exemple, que les intérêts payés sur le prêt ayant servi à financer à 100 p. 100 l'achat de la propriété sont déraisonnables, alors le critère de l'expectative raisonnable de profit imposé par l'arrêt *Moldowan*, précité, peut soit être évité ou, à tout le moins, être plus facile à respecter. En toute déférence, toutefois, je ne crois pas que l'article 67 puisse être utilisé de cette façon.

[11] L'analyse précitée a pour but de démontrer qu'il ne peut y avoir d'expectative raisonnable de profit tant et aussi longtemps que des paiements importants ne sont pas faits sur le principal de la dette. Cela mène inévitablement à la question de savoir si une perte locative peut être réclamée même si aucun paiement de ce genre n'a été fait au cours des années d'imposition en question. Je répondrais par l'affirmative, mais

satisfaction of the Tax Court that he or she had a realistic plan to reduce the principal amount of the borrowed monies. As every homeowner soon learns, virtually all of the monthly mortgage payment goes toward the payment of interest during the first five years of a twenty to twenty-five year amortized mortgage loan. It is simply unrealistic to expect the Canadian tax system to subsidize the acquisition of rental properties for indefinite periods. Taxpayers intent on financing the purchase of a rental property to the extent that there can be no profit, notwithstanding full realization of anticipated rental revenue, should not expect favourable tax treatment in the absence of convincing objective evidence of their intention and financial ability to pay down a meaningful portion of the purchase-money indebtedness within a few years of the property's acquisition. If because of the level of financing a property is unable to generate sufficient profits which can be applied against the outstanding indebtedness, then the taxpayer must look to other sources of income in order to do so. If a taxpayer's other sources of income, e.g. employment income, are insufficient to permit him or her to pay down purchase-money obligations then the taxpayer may well have to bear the full cost of the rental loss. Certainly, vague expectations that an infusion of cash was expected from Aunt Beatrice or Uncle Bernie will not satisfy the taxpayer's burden of proof. In practice, the taxpayer will discharge that burden by showing that significant payments were in fact made against the principal indebtedness in the taxation years closely following the year of purchase.

[12] The significance of the taxpayer being able to reduce interest costs by reducing the principal amount of the purchase-money indebtedness and doing so within a reasonable period has not gone unnoticed. It was alluded to in *Tonn, supra*. Early on in its reasons for judgment, the Court refers to the fact that the taxpayer in that case had paid down the mortgage loan in one of the taxation years in question, a fact that had

en ajoutant cependant quelques réserves. Le contribuable doit établir à la satisfaction de la Cour de l'impôt qu'il ou elle avait un plan réaliste en vue de réduire le principal de l'emprunt. Comme tout propriétaire l'apprend tôt ou tard, presque toutes les mensualités hypothécaires sont imputées au paiement des intérêts pendant les cinq premières années d'un prêt hypothécaire amorti sur vingt à vingt-cinq ans. Il est tout simplement irréaliste de s'attendre à ce que le système fiscal canadien subventionne l'acquisition d'un immeuble de rapport pour des périodes indéfinies. Les contribuables qui ont l'intention de financer l'acquisition d'un immeuble à usage locatif de façon qu'aucun bénéfice ne soit déclaré, malgré qu'ils aient touché la totalité des revenus locatifs prévus, ne doivent pas s'attendre à bénéficier d'un traitement fiscal favorable en l'absence d'une preuve objective et convaincante de leur intention et de leur capacité financière de rembourser une part importante de l'emprunt ayant servi à l'achat dans les quelques années qui suivent l'acquisition du bien. Si, en raison du niveau de financement, l'immeuble ne peut générer suffisamment de bénéfices pouvant servir à réduire l'emprunt en cours, alors le contribuable doit trouver d'autres sources de revenu pour parvenir à ce résultat. Si les autres sources de revenu d'un contribuable, par exemple, le revenu tiré d'un emploi, sont insuffisantes pour lui permettre de réduire le montant de l'emprunt qui a servi à l'acquisition, alors il se peut que le contribuable ait à supporter le plein coût de la perte locative. Certainement, de vagues attentes indiquant qu'un apport de capital était attendu de tante Béatrice ou d'oncle Bernard ne sera pas suffisant pour conclure que le contribuable s'est acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait. En pratique, le contribuable s'acquittera de ce fardeau en démontrant que des paiements importants ont été faits sur le principal dans les années d'imposition suivant de près l'année de l'acquisition.

[12] L'importance du fait que le contribuable soit en mesure de réduire les frais d'intérêts en diminuant le principal du prêt qui a servi à l'acquisition et ce dans une période raisonnable n'est pas passée inaperçue. Il y est fait allusion dans l'arrêt *Tonn*, précité. Au début des motifs de ce jugement, la Cour fait référence au fait que le contribuable avait remboursé le prêt hypothécaire au cours de l'une des années d'imposition en

not been adduced before the Tax Court and which the Minister argued was inadmissible on the application for judicial review (at pages 79-80). In the present case, the taxpayer makes reference in his application record to such payments having been made. That evidence, however, does not appear to have been put before the Tax Court Judge and, in any event, was not raised during the hearing of this application for judicial review because of the limited issue being considered: see applicant's application record, at pages 16-17.

[13] To some, the above analysis might seem unduly pedantic, narrow-minded or simply taxpayer unfriendly. In reply, I would point out that as the law presently stands, interest is not deductible unless paragraph 20(1)(c) of the Act is satisfied. Pursuant to that provision, interest payments are not deductible unless the borrowed money is "used for the purpose of earning income from a . . . property". Paragraph 20(1)(c) says nothing about property being acquired for the purpose of realizing a capital gain. The existing jurisprudence clearly rejects the understanding that interest is deductible in cases where the interest costs exceed expected revenue because the taxpayer acquired the property for purposes of realizing a capital gain: *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, per Dickson C.J., at page 54; see also *Ludmer (D.) v. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 2494 (T.C.C.), appealed on other grounds, [1995] 2 F.C. 3 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. denied [[1995] 4 S.C.R. vii]. This conclusion should come as no surprise as the Act distinguishes between income from property and capital gains. Subsection 9(3) expressly provides that income from a property does not include any capital gain from the disposition of that property.

[14] I would also point out that it is difficult to accept that interest being paid on money borrowed to acquire a capital property can be characterized as a "start-up" cost of the kind contemplated by this Court in *Tonn, supra*. This is not to deny that in other circumstances non-capital start-up costs may help explain, in part, why a taxpayer's rental venture was unprofitable. The reality is that it is much easier for

question, fait qui n'avait pas été présenté à la Cour de l'impôt et qui, selon le ministre, était inadmissible dans la demande de contrôle judiciaire (aux pages 79 et 80). En l'espèce, le contribuable fait référence dans le dossier de sa demande au fait que ces remboursements ont été faits. Toutefois, cette preuve ne semble pas avoir été produite devant le juge de la Cour de l'impôt et, de toute façon, n'a pas été soulevée au cours de l'audition de la présente demande de contrôle judiciaire en raison de la question restreinte qui était en cause: voir le dossier de la demande du requérant, aux pages 16 et 17.

[13] Pour certaines personnes, l'analyse précitée peut sembler indûment pédante, restreinte ou tout simplement défavorable au contribuable. Je répondrai que, selon la loi en vigueur, l'intérêt n'est pas déductible à moins que l'alinéa 20(1)c) de la Loi soit respecté. Aux termes de cette disposition, les intérêts ne sont pas déductibles à moins que l'argent emprunté soit «utilisé en vue de tirer un revenu . . . d'un bien». L'alinéa 20(1)c) ne mentionne rien au sujet d'un bien acquis en vue de réaliser un gain en capital. La jurisprudence actuelle rejette clairement la proposition voulant que les intérêts soient déductibles dans les cas où les frais d'intérêts excèdent les revenus espérés parce que le contribuable a acquis le bien en vue de réaliser un gain en capital: *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, par le juge en chef Dickson, à la page 54; voir également *Ludmer (D.) c. M.R.N.*, [1993] 2 C.T.C. 2494 (C.C.I.), porté en appel pour d'autres motifs, [1995] 2 C.F. 3 (C.A.), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée [[1995] 4 R.C.S. vii]. Cette conclusion ne devrait surprendre personne étant donné que la Loi fait la distinction entre le revenu tiré d'un bien et le gain en capital. Le paragraphe 9(3) dispose expressément que le revenu tiré d'un bien exclut le gain en capital réalisé à la disposition de ce bien.

[14] Je signalerai également qu'il est difficile d'accepter que l'intérêt payé sur des sommes empruntées pour acquérir un bien en immobilisation peut être caractérisé de frais de «démarrage» du genre de ceux dont la présente Cour a traité dans l'arrêt *Tonn*, précité. La Cour ne nie pas que dans d'autres circonstances des frais de démarrage autres qu'en capital permettent d'expliquer, du moins en partie, pourquoi

taxpayers to satisfy the *Moldowan* test and claim a rental loss where the property was acquired without high-ratio financing: see *Baker (C.B.) v. M.N.R.*, [1987] 2 C.T.C. 2271 (T.C.C.); *Aucoin v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 2191 (T.C.C.); and *Smith v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2022 (T.C.C.).

[15] As noted at the outset, this is not a case in which we are called upon to assess a Tax Court's finding respecting whether there was a reasonable expectation of profit. This is a case in which the proper interpretation and application of section 67 of the Act cannot be addressed unless the parameters of the reasonable expectation of profit doctrine are properly understood. Against the foregoing background, I am in a position to address the question of whether the Tax Court Judge erred in refusing to permit the deduction of interest paid on the \$25,000 personal loan. This part of my analysis begins with the wording of section 67 of the Act:

67. In computing income, no deduction shall be made in respect of an outlay or expense in respect of which any amount is otherwise deductible under this Act, except to the extent that the outlay or expense was reasonable in the circumstances.

[16] It is important to recognize that section 67 does not deal with the issue of deductibility *per se* but rather with the reasonableness of an expense which is otherwise deductible under the provisions of the Act. The effect of that provision is to limit the extent to which an expense is deductible, that is to an amount which is "reasonable in the circumstances": see *Graves (G.) v. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 357 (F.C.T.D.), cited approvingly in *Qureshi (A.R.) v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2370 (T.C.C.). In the case of interest payments, deductibility hinges on paragraph 20(1)(c) and satisfaction of the "direct-use rule" articulated by the Supreme Court in *Bronfman Trust*, *supra*: more recently, see *74712 Alberta Ltd. v. M.N.R.*, [1997] 2 F.C. 471 (C.A.). Since the property in question was not used by the taxpayer as a personal residence and as the Tax Court Judge was satisfied that the arrangement between the taxpayer and the

l'activité locative d'un contribuable n'a pas été rentable. Le fait est qu'il est beaucoup plus facile pour les contribuables de respecter le critère *Moldowan* et de réclamer une perte locative lorsque le bien a été acquis sans financement à ratio élevé: voir *Baker (C.B.) c. M.R.N.*, [1987] 2 C.T.C. 2271 (C.C.I.); *Aucoin c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 2191 (C.C.I.); et *Smith c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2022 (C.C.I.).

[15] Comme on l'a noté dès le début, il ne s'agit pas d'un cas dans lequel la Cour est appelée à évaluer une conclusion de la Cour de l'impôt quant à savoir s'il y avait une expectative raisonnable de profit. Il s'agit d'une affaire dans laquelle l'interprétation et l'application appropriées de l'article 67 de la Loi ne peuvent être abordées tant que les paramètres de la doctrine de l'expectative raisonnable de profit ne sont pas correctement compris. Ayant précisé le contexte, je suis en mesure d'aborder la question de savoir si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en refusant la déduction des intérêts payés sur le prêt personnel de 25 000 \$. Cette partie de mon analyse commence en citant l'article 67 de la Loi:

67. Dans le calcul du revenu, aucune déduction ne peut être faite relativement à une dépense à l'égard de laquelle une somme est déductible par ailleurs en vertu de la présente loi, sauf dans la mesure où cette dépense était raisonnable dans les circonstances.

[16] Il est important de reconnaître que l'article 67 ne traite pas de la question de la déductibilité en soi, mais plutôt du caractère raisonnable d'une dépense qui est déductible par ailleurs en vertu d'autres dispositions de la Loi. Cette disposition a pour effet de restreindre le champ de déductibilité d'une dépense, en la limitant à un montant qui est «raisonnable dans les circonstances»: voir *Graves (G.) c. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 357 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), cité avec approbation dans *Qureshi (A.R.) c. M.R.N.*, [1992] 1 C.T.C. 2370 (C.C.I.). Dans le cas des paiements d'intérêts, la déductibilité dépend de l'alinéa 20(1)c) et du fait qu'ils respectaient la «règle d'utilisation directe» formulée par la Cour suprême dans *Bronfman Trust*, précité: plus récemment, voir *74712 Alberta Ltd. c. M.R.N.*, [1997] 2 C.F. 471 (C.A.). Puisque le bien en question n'a pas été utilisé par le contribuable comme résidence personnelle et étant donné que le juge de la

other co-owner was carried out by two unrelated persons on commercially acceptable terms, the issue of deductibility *per se* did not arise: compare with the facts and result in *Maloney (V.) v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2402 (T.C.C.). Obviously, the same legal determination could not be made in the case of Mr. Robbins, the other co-owner, who occupied the property as his personal residence.

[17] As noted earlier, the Tax Court Judge disallowed interest paid on the \$25,000 personal loan on the ground that 100% financing was itself unreasonable. Counsel for the Minister relies on several cases in support of the position that section 67 of the Act can be so applied. The first is a passing reference in *Tonn* to the notion that where the Minister wishes to challenge the “reasonableness” of a taxpayer’s transactions, consideration should be given to invoking section 67 before resorting to the “heavy-handed” *Moldowan* test (*supra*, at page 96). In support thereof this Court referred to a decision of the Tax Court: *Cipollone (N.) v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2598 (T.C.C.).

[18] Before addressing the Minister’s argument a few preliminary observations are in order. I am going to ignore for the moment the fact that *Cipollone* did not involve the deductibility of interest expenses but concerned unusually large or “extravagant” clothing and automobile expenses. Moreover, the reference in *Tonn* to section 67 of the Act being invoked before the reasonable expectation doctrine constituted a general observation which was not applied to the facts of that case. It must be remembered that the legal analysis in *Tonn* was not intended to be restricted to cases involving rental losses but meant to apply generally to all commercial endeavours.

[19] *Cipollone* appears to espouse the reasoning adopted in an earlier line of cases beginning with

Cour de l’impôt a été convaincu que l’arrangement entre le contribuable et l’autre copropriétaire a été conclu par deux personnes non liées à des conditions acceptables sur le plan commercial, la question de la déductibilité en soi ne s’est pas posée: comparer avec les faits et le résultat dans la décision *Maloney (V.) c. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2402 (C.C.I.). De toute évidence, la même décision juridique ne pourrait être prise dans le cas de M. Robbins, l’autre copropriétaire, qui a occupé la propriété en tant que résidence personnelle.

[17] Comme la Cour l’a noté ci-dessus, le juge de la Cour de l’impôt a refusé les intérêts payés sur le prêt personnel de 25 000 \$ au motif qu’un financement de 100 p. 100 était en soi déraisonnable. L’avocate du ministre cite plusieurs causes à l’appui de la position selon laquelle l’article 67 de la Loi peut être appliqué de cette façon. La première cause est une courte référence dans l’arrêt *Tonn* à la notion selon laquelle lorsque le ministre souhaite contester le «caractère raisonnable» des opérations des contribuables, il devrait songer à invoquer l’article 67 avant d’avoir recours au critère «plus rigide» de l’arrêt *Moldowan* (précité, à la page 96). À l’appui de cette position, la présente Cour a fait référence à une décision de la Cour de l’impôt: *Cipollone (N.) c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2598 (C.C.I.).

[18] Avant d’aborder les arguments du ministre, quelques observations préliminaires s’imposent. Je ne tiendrai pas compte pour le moment du fait que l’arrêt *Cipollone* ne traitait pas de la déductibilité des frais d’intérêts, mais concernait des dépenses exceptionnellement importantes ou «extravagantes» au titre de vêtements et d’automobile. En outre, la référence dans *Tonn* au fait que l’article 67 de la Loi puisse être invoqué avant la doctrine de l’expectative raisonnable de profit constituait une observation générale qui n’a pas été appliquée aux faits de cette espèce. Il faut se souvenir que l’analyse juridique dans l’arrêt *Tonn* n’avait pas pour but de traiter uniquement des cas de pertes locatives, mais plutôt de s’appliquer généralement à toutes les entreprises commerciales.

[19] Il semble que la décision *Cipollone* suive le raisonnement adopté dans une série de causes anté-

*Ramsay v. M.N.R.* (1954), 54 DTC 261 (T.A.B.) and *Elliott v. M.N.R.* (1971), 71 DTC 106 (T.A.B.), without expressly referring to either. In each of those cases, a taxpayer's business expenditures were reduced, not on the ground that a particular expenditure was unreasonable, but on the ground that the total expenses were excessive or disproportionate to revenues. It is in this earlier line of authority that the Minister now seeks to find judicial support for the Tax Court Judge's application of section 67 of the Act. For purposes of this application, I shall confine my analysis to the earliest of the cases relied on, namely, *Ramsay*. As to the cases in which section 67 has been raised as a possible basis for limiting the amount of interest that is deductible, see: *Fish (S.) v. Canada*, [1995] E.T.C. 403 (T.C.C.); *Cheesmond (J.E.) v. Canada*, [1995] E.T.C. 402 (T.C.C.); *Nicols, C. et al. v. The Queen* (1997), 97 DTC 1004 (T.C.C.); *Pradeepan v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2015 (T.C.C.); *Monga v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2529 (T.C.C.) and *Michael (T.P.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2131 (T.C.C.).

[20] In *Ramsay, supra*, the taxpayer claimed expenses of \$16,405 as against commission revenue of \$22,458. The Minister was not prepared to allow the deduction of expenses exceeding \$6,836. The Tax Appeal Board's reasoning begins with the observation that the total of the expenses claimed was out of all proportion to the taxpayer's commission income. After referring to an earlier decision in which the Board had expressed the opinion that expenses should not ordinarily exceed one-third of the amount earned, the following was stated at page 262: "This proportion may vary somewhat, of course, but as a rough guide is, I think, a fair yardstick." After noting that the expenses claimed by the taxpayer equalled two-thirds of revenue, the Board went on to accept the Minister's estimate of reasonable expenses which had been increased to \$9,856 during the hearing of the appeal.

rieures ayant commencé avec *Ramsay c. M.R.N.* (1954), 54 DTC 261 (C.A.I.) et *Elliott c. M.R.N.* (1971), 71 DTC 106 (C.A.I.), sans expressément faire référence à l'une ou à l'autre de ces causes. Dans chacune de ces affaires, les dépenses commerciales d'un contribuable ont été réduites, non pas au motif qu'une dépense en particulier n'était pas raisonnable, mais au motif que la totalité des dépenses étaient excessives ou disproportionnées par rapport aux revenus. C'est dans cette première série de causes jurisprudentielles que le ministre cherche maintenant un appui judiciaire à l'application de l'article 67 de la Loi par le juge de la Cour de l'impôt. Pour les fins de la présente demande, je restreindrai mon analyse à la première de ces causes, c'est-à-dire à la décision *Ramsay*. Pour ce qui est des causes dans lesquelles l'article 67 a été invoqué comme fondement possible pour limiter les frais d'intérêts déductibles, voir: *Fish (S.) c. Canada*, [1995] E.T.C. 403 (C.C.I.); *Cheesmond (J.E.) c. Canada*, [1995] E.T.C. 402 (C.C.I.); *Nicols, C. et al. c. La Reine* (1997), 97 DTC 1004 (C.C.I.); *Pradeepan c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2015 (C.C.I.); *Monga c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2529 (C.C.I.); et *Michael (T.P.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2131 (C.C.I.).

[20] Dans la décision *Ramsay*, précitée, le contribuable réclamait des dépenses de 16 405 \$ sur des revenus de commission de 22 458 \$. Le ministre n'était pas disposé à autoriser la déduction des dépenses au-delà de 6 836 \$. Le raisonnement de la Commission d'appel de l'impôt s'ouvre sur l'observation que la totalité des dépenses réclamées était hors de proportion avec les revenus de commission gagnés par le contribuable. Après avoir fait référence à une décision antérieure dans laquelle la Commission avait exprimé l'avis que les dépenses ne pouvaient habituellement dépasser le tiers des sommes gagnées, le juge dit ceci à la page 262: [TRADUCTION] « Cette proportion peut varier un peu, bien entendu, mais comme guide général c'est, je pense, un critère équitable ». Après avoir noté que les dépenses réclamées par le contribuable équivalaient aux deux tiers de son revenu, la Commission a accepté l'estimation faite par le ministre au titre des dépenses raisonnables qui avaient été augmentées à 9 856 \$ au cours de l'audition de l'appel.



[21] Professors Hogg and Magee observe that the *Ramsay* and *Elliott* decisions are difficult to understand, and go on to note that the *dictum* in *Ramsay* that expenses should not ordinarily exceed one-third of revenue would astonish most business proprietors: see *Principles of Canadian Income Tax Law* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1995), at page 232. I share the Professors' views and would go so far as to hold that this line of authority is no longer of any persuasive force. If the Minister wishes to use the one-third yardstick for administrative purposes, he is free to do so. But as a legal proposition, it carries no weight today and the same is true in regard to the proposition that expenses, individually or collectively, may be deemed unreasonable solely because they are disproportionate to revenues. I adopt this position for several reasons.

[22] Section 67 of the Act, and its predecessors, speak to the reasonableness of a particular expense. The provision does not speak to the reasonableness of a particular expense, nor expenses collectively, when measured against revenues. As a matter of statutory construction, there is simply no room for the interpretation placed by *Ramsay* on what is now section 67. This is not to deny that there can be instances where the expenses being claimed are so excessive or extravagant as to be unreasonable and, at the same time, so great as to give rise to a loss and thus, the question of whether the taxpayer's venture had a reasonable expectation of profit. But the two issues remain independent of one another.

[23] The concept of reasonableness should not be equated with arbitrariness, which best describes the notion that expenses or an expense cannot be disproportionate to revenue, as expressed in the one-third rule. Moreover, if one were to apply such notions strictly, taxpayers might never be able to deduct a business or property loss from other sources of income. I say this because *Ramsay, supra*, implies that there must be an "expectation of reasonable profit", as opposed to a "reasonable expectation of profit". To

[21] Les professeurs Hogg et Magee font observer que les décisions *Ramsay* et *Elliott* sont difficiles à comprendre, et ajoutent que l'opinion dans *Ramsay* selon laquelle les dépenses ne devraient habituellement pas dépasser le tiers du revenu étonnerait la plupart des propriétaires d'entreprise: voir *Principles of Canadian Income Tax Law* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1995), à la page 232. Je partage les opinions des professeurs et j'ajouterai même que ce courant jurisprudentiel est dépassé. Si le ministre souhaite utiliser le critère d'un tiers à des fins administratives, libre à lui de le faire. Mais en tant que proposition juridique, cette affirmation n'a plus aucun poids aujourd'hui et il en est de même de la proposition selon laquelle les dépenses, prises individuellement ou collectivement, peuvent être réputées déraisonnables uniquement parce qu'elles sont disproportionnées par rapport aux revenus. J'adopte cette position pour plusieurs raisons.

[22] L'article 67 de la Loi, et ses prédécesseurs, traitent du caractère raisonnable d'une dépense en particulier. La disposition ne traite pas du caractère raisonnable d'une dépense en particulier, ni de dépenses prises collectivement, évaluées au regard des revenus. Pour l'interprétation des lois, il n'y a tout simplement pas de place pour l'interprétation donnée dans la décision *Ramsay* de ce qui est maintenant l'article 67. Cela ne signifie pas qu'il ne peut y avoir des cas où les dépenses réclamées sont si énormes ou extravagantes qu'elles sont déraisonnables et, en même temps, si importantes qu'elles donnent lieu à une perte et donc, que se pose la question de savoir si l'entreprise du contribuable avait une expectation raisonnable de profit. Mais ces deux questions demeurent indépendantes l'une de l'autre.

[23] Le concept du caractère raisonnable ne doit pas devenir synonyme d'arbitraire, terme qui qualifie on ne peut mieux la notion voulant que les dépenses ou une dépense ne peuvent être disproportionnées par rapport aux revenus, comme l'exprime la règle du tiers. En outre, si l'on devait appliquer de telles notions de façon stricte, il pourrait arriver que les contribuables ne soient jamais en mesure de déduire une perte commerciale ou matérielle d'autres sources de revenu. Je fais cette précision parce que la décision

limit the amount of expenses that can be deducted from income on the ground that they may be disproportionate to revenue is tantamount to saying that a profit of \$1 will never be sufficient. Yet, it is sound law that the terms “reasonable expectation of profit” and “expectation of reasonable profit” are not synonymous: see *R v Matthews, D C*, [1974] CTC 230 (F.C.T.D.), at page 236.

[24] Further, I think it is self-evident that the *Ramsay* line of cases (decided prior to *Moldowan, supra*), has been displaced by the doctrine of reasonable expectation. Curiously enough, the *Ramsay* approach was far more restrictive than the one articulated in *Moldowan*, which seeks only to ensure that within a reasonable period the taxpayer realizes a net profit, be it \$1 or more. *Ramsay* suggests that more was required.

[25] In summary, the cases relied on by the Minister, beginning with *Ramsay*, can no longer be considered good law. Section 67 of the Act cannot be invoked to limit an otherwise deductible expense on the ground that it is excessive or disproportionate in relation to revenues. I turn now to the task of outlining my reasons for rejecting the position adopted by the Tax Court Judge and, correlatively, my understanding of how section 67 is to be applied. My objections to the reasoning adopted below are twofold.

[26] First, the fact that a taxpayer has financed the entire purchase price of a property is by itself determinative of nothing. It is both plausible and possible that a taxpayer could acquire property with full financing in circumstances where the rental income is going to exceed all of the rental expenses, including those attributable to interest payments. Astute real estate speculators are able to ferret out the bargains. In such circumstances, it is irrelevant whether acquisition of

*Ramsay*, précitée, laisse supposer qu’il doit y avoir une «expectative de profit raisonnable», par opposition à une «expectative raisonnable de profit». Limiter le montant des dépenses qui peuvent être déduites des revenus au motif qu’elles sont peut-être disproportionnées par rapport à ceux-ci équivaut presque à dire qu’un bénéfice de 1 \$ ne sera jamais suffisant. Et pourtant, il est bien établi en droit que les expressions «expectative raisonnable de profit» et «expectative de profit raisonnable» ne sont pas synonymes: voir *R c Matthews, D C*, [1974] CTC 230 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 236.

[24] En outre, je pense qu’il est manifeste que la série de causes fondées sur le raisonnement de la décision *Ramsay* (antérieures à l’arrêt *Moldowan*, précité), a été remplacée par la doctrine de l’expectative raisonnable de profit. Il est assez curieux de noter que la méthode suivie dans la décision *Ramsay* était beaucoup plus restrictive que celle qui a été formulée dans l’arrêt *Moldowan*, qui exige uniquement que dans une période raisonnable le contribuable réalise un bénéfice net, fut-il de 1 \$ ou plus. La décision *Ramsay* laisse entendre qu’un bénéfice supérieur était exigé.

[25] En résumé, les causes sur lesquelles s’appuie le ministre, à commencer par *Ramsay*, ne peuvent plus être considérées comme le droit en vigueur. L’article 67 de la Loi ne peut être invoqué pour limiter une dépense déductible par ailleurs au motif qu’elle est excessive ou disproportionnée par rapport aux revenus. J’énoncerai les motifs qui m’ont amené à rejeter la position adoptée par le juge de la Cour de l’impôt et, corrélativement, mon interprétation de la façon dont l’article 67 doit être appliqué. Mes objections au raisonnement qui a été adopté devant le tribunal inférieur sont doubles.

[26] Tout d’abord, le fait qu’un contribuable a financé la totalité du prix d’acquisition d’un bien ne détermine rien du tout en soi. Il est à la fois plausible et possible qu’un contribuable puisse acquérir un bien en le finançant totalement dans des cas où le revenu de location est susceptible d’excéder la totalité des dépenses locatives, y compris celles qui sont attribuables au paiement des intérêts. Les spéculateurs astucieux sur le marché immobilier savent dénicher de

the property involved full financing and, most certainly, such a business decision cannot be characterized as unreasonable. In my opinion, there is no legal justification for establishing a rule of law which permits the Tax Court to reduce arbitrarily the amount of interest that is deductible from rental income simply by the Minister showing that the taxpayer obtained 100% financing. That being said, taxpayers who are unable or unprepared to invest some of their own capital must prove to the Tax Court, in accordance with the standard outlined earlier in these reasons, that the rental initiative satisfies the profitability test imposed by the Supreme Court in *Moldowan*.

[27] I recognize that my first objection is without foundation if the Tax Court Judge intended to limit interest expenses in cases where there was 100% financing and consequently there could be no immediate (reasonable) expectation of profit. Thus, I turn to my second objection. The refusal to permit the taxpayer to deduct interest paid on the \$25,000 loan when calculating his rental profit or loss for a particular taxation year is arbitrary and not in accordance with the purpose of section 67 of the Act.

[28] When evaluating the reasonableness of an expense, one is measuring its reasonableness in terms of its magnitude or *quantum*. Although such a determination may involve an element of subjective appreciation on the part of the trier of fact, there should always be a search for an objective component. When dealing with interest expenses, the task can be objectified readily. For example, it would have been open to the Minister to challenge the amount of interest being paid on the \$25,000 loan had the taxpayer agreed to pay interest in excess of market rates. The reasonableness of an interest expense can thus be measured objectively, namely, by reference to market rates. Similarly, the Minister might want to confront a taxpayer who seeks to deduct 3/4 of the interest paid on a mortgage loan pertaining to a duplex in which the taxpayer is residing in one of the two

bonnes affaires. Dans les circonstances, il n'est pas pertinent de se demander si l'acquisition du bien a exigé un financement complet et, très certainement, si une telle décision commerciale ne peut être qualifiée de déraisonnable. À mon avis, il n'y a pas de justification juridique pour établir une règle de droit qui autorise la Cour de l'impôt à réduire arbitrairement le montant des intérêts déductibles d'un revenu tiré de la location simplement parce que le ministre a démontré que le contribuable avait financé le bien à 100 p. 100. Cela dit, les contribuables qui sont incapables ou qui ne sont pas disposés à investir une certaine partie de leurs propres capitaux doivent établir devant la Cour de l'impôt, conformément à la norme exposée ci-dessus dans les présents motifs, que l'activité locative répond au critère de rentabilité imposé par la Cour suprême dans l'arrêt *Moldowan*.

[27] Je reconnais que ma première objection n'a aucun fondement si le juge de la Cour de l'impôt avait l'intention de limiter les frais d'intérêts dans les cas où il y a un financement à hauteur de 100 p. 100 et, par conséquent, qu'il n'y a pas d'attente immédiate (raisonnable) de profit. Voici donc ma deuxième objection. Le refus d'autoriser le contribuable à déduire les intérêts payés sur le prêt de 25 000 \$, dans le calcul de la perte ou du profit locatif dans une année d'imposition donnée est arbitraire et n'est pas conforme à l'objectif de l'article 67 de la Loi.

[28] Quand on évalue le caractère raisonnable d'une dépense, on mesure ce caractère raisonnable en termes de grandeur ou de *quantum*. Bien qu'une telle décision puisse faire intervenir un élément d'appréciation suggestive de la part du juge des faits, il faut toujours rechercher un élément objectif. Quand on traite des dépenses d'intérêts, la tâche peut être objectivée assez facilement. Par exemple, le ministre aurait pu contester le montant des intérêts payés sur le prêt de 25 000 \$, si le contribuable avait accepté de payer des intérêts excédant les taux du marché. Le caractère raisonnable des frais d'intérêts peut donc être mesuré objectivement, c'est-à-dire par rapport aux taux du marché. De même, le ministre pourrait s'opposer à un contribuable qui cherche à déduire les trois quarts des intérêts payés sur un prêt hypothécaire grevant un duplex dans lequel le contribuable occupe l'une des

identical units. Once again, the reasonableness of the interest expense being claimed can be measured objectively by reference to area (assuming, of course, that the rental value of a square metre in one part of the property is equal to that in another): see generally *Narine (M.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2055 (T.C.C.).

[29] I concede that there will be instances where the objective component will be difficult to isolate and, therefore, practical experience informed by common sense will have to prevail. Such is true in respect of those expenses deemed to be unreasonable because they are believed to be excessive or extravagant: see *Cipollone, supra*, where the taxpayer, a “humourologist”, sought to deduct, for example, significant clothing costs against modest income. Similarly, one can debate *ad nauseam* what constitutes a reasonable lunch expense or weigh the perceived need of a taxpayer to purchase a Rolls Royce rather than a Chevrolet, Lincoln or a Mercedes-Benz. The problem is that one’s understanding of extravagance will be influenced as much by one’s professional and business experiences, taken together with personal expectations informed by a particular lifestyle, as by pragmatic considerations related to the objects of the Act. In instances where an expense is of a highly unusual nature or peculiar to a particular type of commercial enterprise, then expert testimony may be instructive: see *Adams v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2916 (T.C.C.). Often it is not difficult to identify and reject the extremes when assessing the reasonableness of an expense. It is what lies in between that remains problematic. But such concerns and considerations do not arise in the present context.

[30] In my respectful view, to disallow the deduction of a portion of the interest because of 100% financing is to establish a criterion of arbitrariness and to effectively supplant, erroneously and unjustifiably, the reasonable expectation of profit test with section 67 of the Act. The decision below is arbitrary because there is no principled basis on which to determine the amount by which the interest expense must be

deux unités identiques. Ici encore, le caractère raisonnable des frais d’intérêts réclamés peut se mesurer objectivement en faisant référence à la superficie (en supposant, bien entendu, que la valeur locative d’un mètre carré est égale dans les deux parties): pour une discussion générale sur ce sujet, voir *Narine (M.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2055 (C.C.I.).

[29] Je concède qu’il y aura des cas où l’élément objectif sera difficile à isoler et, par conséquent, où l’expérience pratique doublée d’un bon sens commun devra prévaloir. Cela est vrai des dépenses réputées déraisonnables parce que l’on croit qu’elles sont excessives ou extravagantes: voir *Cipollone*, précité, où la contribuable, une «humorologue» cherchait à déduire, par exemple, des frais importants pour l’achat de vêtements au regard d’un revenu modeste. De même, on peut débattre à l’infini ce que sont des frais raisonnables de déjeuner ou pondérer la nécessité, telle que perçue par un contribuable, d’acheter une Rolls Royce plutôt qu’une Chevrolet, une Lincoln ou une Mercedes-Benz. Le problème vient de ce que ce qu’une personne considère comme une extravagance est influencé autant par ses expériences professionnelles ou commerciales, auxquelles s’ajoutent ses expériences personnelles découlant d’un style de vie particulier, que par des considérations pragmatiques rattachées aux buts poursuivis par la Loi. Dans les cas où une dépense est d’une nature très inhabituelle ou tout à fait exceptionnelle par rapport à un type d’entreprise commerciale, on pourra avoir recours à un témoignage d’expert: voir *Adams c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2916 (C.C.I.). Souvent, il n’est pas difficile d’identifier et de rejeter les extrêmes en évaluant le caractère raisonnable d’une dépense. C’est ce qui se trouve entre ces extrêmes qui pose problème. Mais ce genre de considérations et de questions ne se posent pas dans le contexte actuel.

[30] En toute déférence, refuser la déduction d’une fraction des frais d’intérêts parce que l’acquisition a été financée à 100 p. 100 équivaut à établir un critère d’arbitraire et en fait à supplanter, de façon erronée et injustifiable, le critère de l’expectative raisonnable de profit par l’article 67 de la Loi. La décision du tribunal inférieur est arbitraire parce qu’il n’y a pas de fondement de principe à partir duquel on peut fixer la

reduced. For example, in the present case, no reason was given as to why interest on the assumed mortgage should be allowed and that on the personal loan denied. The Tax Court Judge could just as easily have denied the deduction of interest paid on the former as opposed to the latter.

[31] The arbitrariness of the decision to reduce the amount of interest that is deductible manifests itself clearly when one speculates as to the extent to which a taxpayer should be entitled to finance the purchase of a rental property before interest payments become non-deductible from rental income. For instance, would it have been acceptable for the taxpayer to deduct all of the interest had the financing been limited to 95%, as opposed to 100%, of the purchase price? Or, should the limit be some other figure? Having regard to the fact that section 67 of the Act imposes a criterion of reasonableness, it seems to me that the only rational way of limiting the amount of the interest expense under that provision, without running afoul of the arbitrariness criticism, would be to disallow financing costs at the point where any further interest deduction gives rise to a rental loss. I say this because it must be presumed that the Tax Court Judge found the taxpayer's attempt to deduct all interest paid to be unreasonable since it necessarily generated a rental loss, irrespective of any other factors. That being the case, a reasonable expense would be one which does not give rise to a loss. Of course, this line of reasoning is unacceptable for it renders moot the question of whether the taxpayer had a reasonable expectation of profit.

[32] From the above reasons, the following key conclusions may be drawn. The judicial doctrine of reasonable expectation of profit and the concept of reasonable expenses under section 67 of the Act are to be invoked and applied independently of one another. The temptation to use section 67 in an arbitrary manner simply to soften the strictures of the reasonable expectation test must be ignored. Granted, the nature of section 67 is more subtle than that of the

limite des frais d'intérêts à déduire. Par exemple, en l'espèce, aucun motif n'a été donné quant à savoir pourquoi les intérêts sur l'hypothèque prise en charge devraient être autorisés et ceux payés sur le prêt personnel devraient être refusés. Le juge de la Cour de l'impôt aurait pu refuser aussi facilement la déduction des intérêts payés sur le prêt hypothécaire que sur le prêt personnel.

[31] L'arbitraire de la décision de réduire le montant des intérêts qui sont déductibles ressort clairement quand on spécule jusqu'à concurrence de quel pourcentage un contribuable aura le droit de financer l'achat d'un bien locatif avant que les paiements d'intérêts ne soient plus déductibles du revenu tiré de la location. Par exemple, aurait-il été acceptable que le contribuable déduise tous les intérêts si le financement s'était limité à 95 p. 100, par opposition à 100 p. 100, du prix d'achat? Ou la limite devrait-elle être fixée à un autre pourcentage? Compte tenu du fait que l'article 67 de la Loi impose un critère de caractère raisonnable, il me semble que la seule façon rationnelle de limiter le montant des frais d'intérêts en vertu de cette disposition, sans risquer d'être accusé d'arbitraire, serait de refuser les frais de financement à partir du moment où la déduction d'autres intérêts entraînera une perte locative. J'affirme ceci parce qu'il faut présumer que le juge de la Cour de l'impôt a jugé que la tentative du contribuable de déduire tous les intérêts payés était déraisonnable puisqu'elle a nécessairement donné lieu à une perte locative, abstraction faite d'autres facteurs. Cela étant, une dépense raisonnable serait une dépense qui ne donne pas lieu à une perte. Bien entendu, ce raisonnement est inacceptable étant donné qu'elle rend tout à fait théorique la question de savoir si le contribuable avait une expectative raisonnable de profit.

[32] Les conclusions cruciales suivantes peuvent être dégagées des motifs précités. La doctrine judiciaire de l'expectative raisonnable de profit et le concept de dépense raisonnable en vertu de l'article 67 de la Loi doivent être invoqués et appliqués indépendamment l'un de l'autre. La tentation d'utiliser l'article 67 d'une façon arbitraire dans le seul but d'atténuer la rigidité du critère de l'expectative raisonnable de profit doit être rejetée. Je conviens que l'article 67 est d'une

reasonable expectation doctrine which is inherently an "all or nothing" test: either one does or does not have the requisite expectation; there is no middle ground. Nevertheless, section 67 must be applied in a reasoned manner and as objectively as possible. In the case of interest expenses, reasonableness can be measured objectively and without difficulty. Certainly, the fact that a property was acquired with full financing is not a bar to deducting a rental loss, nor a ground for reducing the amount of interest that is deductible. Correlatively, whether or not an otherwise deductible expense is reasonable in the circumstances is not to be assessed by reference to whether any one expense, or the collective expenses, are considered to be disproportionate to revenues. In this regard, the decisions in *Ramsay* and *Elliott*, *supra*, can no longer be considered good law and the same fate befalls those decisions of the Tax Court which are inconsistent with my conclusions.

[33] In my respectful view, the Tax Court Judge erred in upholding the Minister's refusal to allow the deduction of interest paid on the \$25,000 personal loan. Specifically, the error lies in the misinterpretation and misapplication of section 67 of the Act. Accordingly, the application for judicial review must be allowed, the judgment of the Tax Court Judge relating to the deduction of interest on the \$25,000 loan set aside and the matter referred back to him for redetermination on the basis that the taxpayer's appeal to the Tax Court of Canada be allowed. The taxpayer is entitled to all reasonable and proper costs of the application.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

application plus subtile que la doctrine de l'expectative raisonnable de profit qui est, fondamentalement, un critère du «tout ou rien»: ou bien on a une expectative raisonnable de profit ou bien on n'en a pas; il n'y a pas de milieu. Néanmoins, l'article 67 doit être appliqué d'une façon raisonnable, et aussi objectivement que possible. Dans le cas des frais d'intérêts, le caractère raisonnable peut être mesuré objectivement et sans difficulté. Certainement, le fait que l'acquisition d'un bien a été financée en totalité n'est pas un empêchement à déduire une perte locative, ni un motif pour réduire le montant des intérêts qui sont déductibles. Corrélativement, le fait qu'une dépense déductible par ailleurs soit raisonnable dans les circonstances n'a pas à être évaluée par rapport à la question de savoir si une dépense en particulier, ou les dépenses collectivement, sont considérées comme étant disproportionnées par rapport aux revenus. À cet égard, les décisions *Ramsay* et *Elliott*, précitées, ne peuvent plus être considérées comme le droit en vigueur et le même sort attend les décisions de la Cour de l'impôt qui sont incompatibles avec mes conclusions.

[33] En toute déférence, je conclus que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en confirmant le refus du ministre d'autoriser la déduction des intérêts payés sur le prêt personnel de 25 000 \$. Plus précisément, l'erreur se trouve dans la mauvaise interprétation et la mauvaise application de l'article 67 de la Loi. Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie, le jugement de la Cour de l'impôt ayant traité à la déduction des intérêts sur le prêt de 25 000 \$ est infirmé et la question est renvoyée au juge pour réexamen au motif que l'appel du contribuable devant la Cour de l'impôt aurait dû être accueilli. Le contribuable a droit à tous les dépens raisonnables et appropriés de sa demande.

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

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

A-599-96

A-599-96

**Attorney General of Canada (Applicant)****Procureur général du Canada (requérant)**

v.

c.

**Jencan Ltd. (Respondent)****Jencan Ltd. (intimée)****INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. JENCAN LTD. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. JENCAN LTD. (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac C.J., Stone and McDonald JJ.A.—Fredericton, May 8; Ottawa, June 24, 1997.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Stone et McDonald, J.C.A.—Fredericton, 8 mai; Ottawa, 24 juin 1997.

*Unemployment insurance — Appeal from T.C.C. decision quashing M.N.R.'s determination worker's employment not "insurable employment" under the Act — In earlier case, Minister finding respondent, worker not dealing at arm's length, employment not insurable — Terms, conditions of employment in instant case "basically the same" — Contract of service between worker, respondent required under Act, s. 3(1)(a) — Considering large number of appeals from ministerial determinations under s. 3(2)(c)(ii), Court providing clarification of law — T.C.C. must undertake two-stage inquiry — Discretionary power conferred upon Minister to make determinations under Act, s. 3(2)(c)(ii) — Judicial deference not extending to Minister's findings of fact — T.C.J. failing to consider whether Minister exercised discretionary authority properly.*

*Assurance-chômage — Appel d'un jugement par lequel la C.C.I. a infirmé la décision par laquelle le M.R.N. avait conclu que l'emploi d'un certain salarié n'était pas un «emploi assurable» au sens de la Loi — Dans la décision précédente, le ministre avait conclu que, comme l'intimée et le salarié avaient un lien de dépendance entre eux, l'emploi en question n'était pas assurable — En l'espèce, les modalités d'emploi du salarié étaient «essentiellement les mêmes» qu'auparavant — L'art. 3(1)a de la Loi exige que le salarié soit employé aux termes d'un contrat de louage de services — Vu le nombre élevé d'appels interjetés de décisions rendues par le ministre en vertu de l'art. 3(2)c(ii), la Cour se doit de clarifier davantage les règles de droit applicables — La C.C.I. doit procéder à une analyse à deux étapes — L'art. 3(2)c(ii) de la Loi confère au ministre le pouvoir de rendre des décisions discrétionnaires — La retenue judiciaire ne s'applique pas aux conclusions de fait tirées par le ministre — Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas déterminé si le ministre avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon régulière.*

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — T.C.C. reversing M.N.R.'s determination worker's employment not insurable under Unemployment Insurance Act, s. 3(1)(a) — Minister said to have improperly relied upon T.C.C.'s previous decision between same parties — Whether T.C.J. erred in interfering with discretionary determination by Minister under Act, s. 3(2)(c)(ii) — Minister granted discretionary power to determine whether employer, worker deemed to deal at arm's length — Tax Court's intervention justified only if Minister exercised discretion in manner contrary to law — Judicial deference not extending to Minister's findings of fact — T.C.J. failing to consider whole evidence — Judicial deference not accorded.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — La C.C.I. a infirmé la décision par laquelle le M.R.N. avait conclu que l'emploi d'un certain salarié n'était pas assurable au sens de l'art. 3(1)a de la Loi — Le ministre se serait fondé à tort sur le jugement antérieur rendu par la C.C.I. entre les mêmes parties — Le juge de la Cour de l'impôt a-t-il commis une erreur en infirmant la décision discrétionnaire rendue par le ministre en vertu de l'art. 3(2)c(ii)? — Le ministre s'est vu conférer le pouvoir discrétionnaire de déterminer si un employeur et un salarié sont réputés ne pas avoir un lien de dépendance entre eux — L'intervention de la Cour de l'impôt n'est justifiée que si le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière contraire à la loi — La retenue judiciaire ne s'applique pas aux conclusions de fait tirées par le ministre — Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas tenu compte de l'ensemble de la preuve — Il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue judiciaire en l'espèce.*

This was an application for judicial review of a decision of the Tax Court of Canada quashing a determination by the

Demande de contrôle judiciaire d'un jugement par lequel la Cour canadienne de l'impôt a infirmé la décision par

Minister of National Revenue that a worker's employment was not "insurable employment" under the *Unemployment Insurance Act*. The worker in question had worked intermittently for the respondent during three periods, from June 29, 1992 to March 20, 1993, from August 16, 1993 to May 7, 1994 and from July 4, 1994 to January 7, 1995. The Minister ruled that the worker's employment during the first two periods was not insurable employment as the respondent and the worker were not dealing at arm's length, and that such employment was excepted under paragraph 3(2)(c) of the Act. In that earlier case, *Jencan No. 1*, the Tax Court of Canada held that the Minister had before him sufficient evidence to conclude that the parties were not dealing at arm's length and dismissed the respondent's appeal. Shortly after, the respondent requested that the Minister determine whether the worker's employment for the period from July 4, 1994 to January 7, 1995 was insurable employment. Based on the employer's statement that the terms and conditions of the worker's employment during the period in question were "basically the same" and relying upon a number of assumptions of fact, the Minister again determined that the worker's employment during that period was not insurable employment. The Deputy Tax Court Judge set aside the Minister's determination, finding that there were material differences in the worker's terms and conditions of employment during the period in question and that the Minister improperly exercised his discretion in relying upon allegations which had been disproved by the evidence. The two main issues on this appeal were whether the Deputy Tax Court Judge erred in law 1) in finding that the worker was employed pursuant to a contract of service, and 2) in interfering with the discretionary determination made by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii) of the Act.

*Held*, the application should be allowed.

1) The Minister ruled that the worker's employment was not insurable on the grounds that there was no genuine contract of service between the respondent and the worker as required by paragraph 3(1)(a), and that the worker's employment was excepted from insurability under paragraph 3(2)(c). On appeal, the Tax Court must consider whether there is a sufficient factual foundation for the Minister's determination on either or both grounds. It must therefore review each of the grounds separately in light of the evidence. The Minister's determination under paragraph 3(1)(a), that the worker's employment is not pursuant to a contract of service, was a quasi-judicial decision subject, on appeal, to independent review by the Tax Court. It cannot be said that the Deputy Tax Court Judge erred in law in reversing that determination. It was open to him, on an independent review, to find that the evidence supported the

laquelle le ministre du Revenu national avait conclu que l'emploi d'un certain salarié n'était pas un «emploi assurable» au sens de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Le salarié en question avait travaillé de façon intermittente pour l'intimée durant trois périodes, à savoir du 29 juin 1992 au 20 mars 1993, du 16 août 1993 au 7 mai 1994 et du 4 juillet 1994 au 7 janvier 1995. Le ministre avait conclu que l'emploi que le salarié avait exercé au cours des deux premières périodes ne constituait pas un emploi assurable, étant donné que l'intimée et le salarié avaient un lien de dépendance entre eux et que ce type d'emploi était un emploi exclu au sens de l'alinéa 3(2)c) de la Loi. Dans ce jugement antérieur, la décision *Jencan n° 1*, la Cour canadienne de l'impôt avait conclu que le ministre disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir conclure que les parties avaient un lien de dépendance entre elles et elle avait rejeté l'appel interjeté par l'intimée. Peu de temps après, l'intimée a demandé au ministre de déterminer si l'emploi que le salarié avait exercé entre le 4 juillet 1994 et le 7 janvier 1995 était un emploi assurable. Se fondant sur les affirmations de l'employeur suivant lesquelles les modalités d'emploi du salarié au cours de la période en question étaient «essentiellement les mêmes» et se fondant sur quelques hypothèses de fait, le ministre a conclu une fois de plus que l'emploi exercé par le salarié au cours de la période en question n'était pas un emploi assurable. Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a infirmé la décision du ministre au motif que les modalités d'emploi du salarié étaient très différentes au cours de la période en question et que le ministre avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur des allégations qui étaient réfutées par la preuve. Les deux principales questions en litige dans le présent appel sont celles de savoir si le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit 1) en concluant que le travailleur avait été engagé en vertu d'un contrat de louage de services; 2) en infirmant la décision discrétionnaire rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) de la Loi.

*Arrêt*: la demande doit être accueillie.

1) Le ministre a statué que le salarié n'exerçait pas un emploi assurable au motif qu'il n'existait pas de véritable contrat de louage de services entre lui et l'intimée, comme l'exige l'alinéa 3(1)a), et que l'emploi du salarié était un «emploi exclu» au sens de l'alinéa 3(2)c). Lorsqu'elle est saisie d'un appel d'une décision du ministre, la Cour de l'impôt doit déterminer s'il existe un fondement factuel suffisant pour justifier la décision du ministre selon l'un ou l'autre des moyens invoqués. La Cour de l'impôt doit donc examiner chaque moyen séparément à la lumière de la preuve. La décision par laquelle le ministre a conclu, en vertu de l'alinéa 3(1)a), que l'emploi exercé par le salarié n'était pas régi par un contrat de louage de services, constitue une décision quasi-judiciaire qui est, en appel, susceptible d'un contrôle indépendant de la part de la Cour de l'impôt. On ne saurait dire que le juge suppléant de la



existence of a genuine contract of service between the respondent and the worker. In so concluding, however, he stated simply that there did exist between the respondent and the worker "real legal ties". The real issue in paragraph 3(1)(a) is whether the worker was employed pursuant to a contract of service or a contract for service. Either form of employment can create "real legal ties" between the parties. But, in order to satisfy the requirement of paragraph 3(1)(a), there must be a genuine contract of service which means that there is a relationship of subordination between the parties. Despite scant reasoning on the part of the Deputy Tax Court Judge, there is no basis in law for interfering with his conclusion on this issue.

The large number of appeals from ministerial determinations under subparagraph 3(2)(c)(ii) since this Court's decision in *Tignish Auto Parts* suggests that further clarification of the law is required.

2) The Tax Court must undertake a two-stage inquiry when hearing an appeal from a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii). The first stage is confined to determining the legality of the Minister's decision. Only if there is ground for interference may it consider the merits of that decision. The jurisdiction of the Tax Court to review a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii) is circumscribed by the discretionary power conferred upon him to make such determination. Therefore, the Tax Court must show judicial deference to the Minister's determination when he exercises that power. But even discretionary powers are subject to review to ensure that they are exercised in a manner consistent with the law. Under the rule of law, all powers granted by Parliament are of an inherently limited nature. The Deputy Tax Court Judge was justified in interfering with the Minister's determination under subparagraph 3(2)(c)(ii) only if the latter exercised his discretion in a manner contrary to law. Although the previous decision in *Jencan No. 1* was not by itself an "irrelevant factor", the Minister's representative erred in relying exclusively upon the assumptions of fact from that decision without obtaining reliable confirmation that the facts were indeed the same. While the Tax Court must exhibit judicial deference with respect to a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii), this judicial deference does not extend to the Minister's findings of fact. In assessing the manner in which the Minister has exercised his statutory discretion, the Tax Court may have regard to the facts that have come to its attention during the hearing of the appeal. The Minister may rely upon the doctrine of estoppel by representation where a

Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en infirmant la décision du ministre. Il lui était loisible, dans le cadre d'un examen indépendant, d'estimer que la preuve permettait de conclure à l'existence d'un véritable contrat de louage de services entre l'intimée et le salarié. Pour en venir à cette conclusion, il s'est contenté de déclarer qu'il existait une «véritable relation juridique» entre l'intimée et le salarié. La véritable question à se poser sous le régime de l'alinéa 3(1)a) est celle de savoir si le salarié était employé en vertu d'un contrat de louage de services ou en vertu d'un contrat d'entreprise. L'un et l'autre types de contrat sont susceptibles de créer une «véritable relation juridique» entre les parties. Mais pour satisfaire aux exigences de l'alinéa 3(1)a), il faut qu'il existe un véritable contrat de louage de services, ce qui suppose, essentiellement, l'existence d'un lien de subordination entre les parties. Malgré les motifs laconiques du juge suppléant de la Cour de l'impôt, il n'y a aucune raison en droit de modifier la conclusion qu'il a tirée sur cette question.

Le nombre élevé d'appels interjetés de décisions rendues par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) depuis que la Cour a prononcé l'arrêt *Tignish Auto Parts* donne à penser qu'il y a lieu de clarifier davantage les règles de droit applicables.

2) Lorsqu'elle est saisie d'un appel interjeté d'une décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii), la Cour de l'impôt doit procéder à une analyse à deux étapes. À la première étape, elle limite son analyse au contrôle de la légalité de la décision du ministre. Ce n'est que lorsqu'elle conclut que l'un des motifs d'intervention est établi que la Cour de l'impôt peut examiner le bien-fondé de la décision du ministre. La compétence que possède la Cour de l'impôt de contrôler la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) est circonscrite par le pouvoir discrétionnaire accordé au ministre de rendre de telles décisions. La Cour de l'impôt doit donc faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la décision du ministre lorsque celui-ci exerce ce pouvoir. Toutefois, même l'exercice de pouvoirs discrétionnaires est susceptible d'un contrôle judiciaire pour s'assurer que ces pouvoirs sont exercés d'une manière compatible avec la loi. Suivant le principe de la primauté du droit, tous les pouvoirs conférés par le législateur sont intrinsèquement limités. Le juge suppléant de la Cour de l'impôt n'était justifié d'intervenir dans la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) que s'il était établi que le ministre avait exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui était contraire à la loi. Bien que la décision précédente qui avait été rendue dans l'affaire *Jencan n° 1* ne constitue pas en soi un «facteur non pertinent», le représentant du ministre a commis une erreur en l'espèce en se fondant exclusivement sur les hypothèses de fait retenues dans le jugement *Jencan n° 1* sans obtenir de confirmation fiable que les faits étaient effectivement identiques. Bien que la Cour de l'impôt doive faire preuve de retenue judiciaire à l'égard des

claimant induces him to rely on a state of affairs which no longer exists. But, in this case, the preconditions for application of that doctrine have not been made out. The respondent's statement that the worker's terms and conditions of employment were "basically the same as previous years" was too equivocal and ambiguous to support such an application. The Deputy Tax Court Judge erred in law in concluding that, because some of the assumptions of fact relied upon by the Minister had been disproved at trial, he was automatically entitled to review the merits of the determination made by the Minister. He should have asked whether the remaining facts proved at trial were sufficient in law to support the Minister's determination that the parties would not have entered into a substantially similar contract of service if they had been at arm's length. It is only where the Minister's determination lacks a reasonable evidentiary foundation that the Tax Court's intervention is warranted. The Deputy Tax Court Judge erred in law in failing to determine whether the Minister could have legally concluded as he did on the facts as proven before him. In so doing, he failed to exhibit the degree of judicial deference required when reviewing ministerial determinations under subparagraph 3(2)(c)(ii).

décisions que le ministre rend en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii), cette retenue judiciaire ne s'applique pas aux conclusions de fait tirées par le ministre. Pour évaluer la façon dont le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire, la Cour de l'impôt peut tenir compte des faits qui ont été portés à son attention au cours de l'audition de l'appel. Le ministre peut invoquer la théorie de la fin de non-recevoir fondée sur une assertion lorsqu'un prestataire l'amène à se fier à un état de fait qui n'existe plus. Mais, en l'espèce, les conditions préalables à l'application de la théorie de la fin de non-recevoir fondée sur une assertion ne sont pas réunies. L'affirmation de l'intimée selon laquelle les modalités d'emploi du salarié étaient «essentiellement les mêmes que celles qui s'appliquaient au cours des années précédentes» est trop équivoque et ambiguë pour justifier l'application de cette théorie. Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en concluant que, parce que certaines des hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'était fondé avaient été réfutées au procès, il avait automatiquement le droit de contrôler le bien-fondé de la décision du ministre. Il aurait dû se demander si les autres faits établis au procès étaient suffisants en droit pour justifier la conclusion du ministre suivant laquelle les parties n'auraient pas conclu un contrat de louage de services à peu près semblable si elles n'avaient pas eu un lien de dépendance. Ce n'est que lorsque la décision du ministre n'est pas raisonnablement fondée sur la preuve que l'intervention de la Cour de l'impôt est justifiée. Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur en ne déterminant pas si le ministre pouvait légalement tirer la conclusion qu'il a tirée en se fondant sur les faits établis en preuve devant lui. Ce faisant, il n'a pas fait preuve du degré de retenue judiciaire exigé lorsqu'il contrôle une décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28(2) (as am. *idem*, s. 8).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 251(1),(2).  
*Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 3(1)(a), 3(2)(c) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 2), 4(1),(2), 61(3) (as am. *idem*, s. 37), 70(1),(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 23), 71(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Tignish Auto Parts Inc. v. Minister of National Revenue* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 1; 185 N.R. 73 (F.C.A.); *Canada v. Schmurer Estate*, [1997] 2 F.C. 545; (1997), 208 N.R. 339 (C.A.); *Ferme Émile Richard et Fils Inc. v. Minister of National Revenue et al.* (1994), 178 N.R.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 28(2) (mod., *idem*, art. 8).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 251(1),(2).  
*Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 3(1)a), 3(2)c) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 2), 4(1),(2), 61(3) (mod., *idem*, art. 37), 70(1),(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, art. 23), 71(1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Tignish Auto Parts Inc. c. Ministre du Revenu national* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 1; 185 N.R. 73 (C.A.F.); *Canada c. Succession Schmurer*, [1997] 2 C.F. 545; (1997), 208 N.R. 339 (C.A.); *Ferme Émile Richard et Fils Inc. c. Ministre du Revenu national et al.* (1994),

361 (F.C.A.); *D. R. Fraser and Co., Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] A.C. 24 (P.C.); *Desroches v. Minister of National Revenue* (1994), 167 N.R. 316 (F.C.A.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, [1992] 2 F.C. 621; (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 62; 16 Imm. L.R. (2d) 241; 136 N.R. 254 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Jencan Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1995] T.C.J. No. 1142 (QL); *Xie v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 75 F.T.R. 125 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Canada (Attorney General) v. Charbonneau* (1996), 41 C.C.L.I. (2d) 297; 207 N.R. 299 (F.C.A.); *Hébert v. Canada (Ministre du Revenu national—M.N.R.)*, [1997] F.C.J. No. 512 (C.A.) (QL); *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Canada (Attorney General) v. Purcell*, [1996] 1 F.C. 644; (1995), 40 Admin. L.R. (2d) 40; 96 CLLC 141,075; 192 N.R. 148 (C.A.); *Aubut v. Minister of National Revenue* (1990), 126 N.R. 381 (F.C.A.); *Borsellino and Salvo v. Minister of National Revenue* (1990), 120 N.R. 77 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Dunham*, [1997] 1 F.C. 462; (1996), 205 N.R. 289 (C.A.); *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; *Nuttall v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1997] F.C.J. No. 640 (C.A.) (QL); *Thibaudeau v. M.N.R.*, [1994] 2 F.C. 189; (1994), 114 D.L.R. (4th) 261; 21 C.R.R. (2d) 35; [1994] 2 C.T.C. 4; 94 DTC 6230; 167 N.R. 161; 3 R.F.L. (4th) 153 (C.A.); *Chan v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 79 F.T.R. 263; 24 Imm. L.R. (2d) 305 (F.C.T.D.); *Ali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 73; (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 110; 76 F.T.R. 182; 24 Imm. L.R. (2d) 289 (T.D.).

## AUTHORS CITED

*Halsbury's Laws of England*, Vol. 16, 4th ed. London: Butterworths, 1976.  
Revenue Canada. *Information Circular 73-29R2*. Ottawa: Revenue Canada, October 16, 1995.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Tax Court of Canada ([1996] T.C.J. No. 663 (QL))

178 N.R. 361 (C.A.F.); *D. R. Fraser and Co., Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] A.C. 24 (P.C.); *Desroches c. Ministre du Revenu national* (1994), 167 N.R. 316 (C.A.F.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder*, [1992] 2 C.F. 621; (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 62; 16 Imm. L.R. (2d) 241; 136 N.R. 254 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Jencan Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1995] A.C.I. n° 1142 (QL); *Xie c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 75 F.T.R. 125 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Canada (Procureur général) c. Charbonneau* (1996), 41 C.C.L.I. (2d) 297; 207 N.R. 299 (C.A.F.); *Hébert c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1997] F.C.J. n° 512 (C.A.) (QL); *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Canada (Procureur général) c. Purcell*, [1996] 1 C.F. 644; (1995), 40 Admin. L.R. (2d) 40; 96 CLLC 141,075; 192 N.R. 148 (C.A.); *Aubut c. Ministre du Revenu national* (1990), 126 N.R. 381 (C.A.F.); *Borsellino et Salvo c. Ministre du Revenu national* (1990), 120 N.R. 77 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Dunham*, [1997] 1 C.F. 462; (1996), 205 N.R. 289 (C.A.); *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; *Nuttall c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1997] A.C.F. n° 640 (C.A.) (QL); *Thibaudeau c. M.R.N.*, [1994] 2 C.F. 189; (1994), 114 D.L.R. (4th) 261; 21 C.R.R. (2d) 35; [1994] 2 C.T.C. 4; 94 DTC 6230; 167 N.R. 161; 3 R.F.L. (4th) 153 (C.A.); *Chan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 79 F.T.R. 263; 24 Imm. L.R. (2d) 305 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 73; (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 110; 76 F.T.R. 182; 24 Imm. L.R. (2d) 289 (1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

*Halsbury's Laws of England*, Vol. 16, 4th ed. London: Butterworths, 1976.  
Revenue Canada. *Circulaire d'information 73-29R2*. Ottawa: Revenue Canada, 16 octobre 1995.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'un jugement par lequel la Cour canadienne de l'impôt ([1996]

quashing the determination by the Minister of National Revenue that a worker's employment was not "insurable employment" under the *Unemployment Insurance Act*. Application allowed.

COUNSEL:

*Paul Plourde* for applicant.  
*Michael F. G. Noel* for respondent.

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Noel, O'Neill & Urquhart*, Chatham, New Brunswick, for respondent.

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

[1] ISAAC C.J.: This is an application for judicial review of a judgment of the Tax Court of Canada, pronounced on 21 June 1996 [*Jencan Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1996] T.C.J. No. 663 (QL)], which allowed the respondent's appeal and reversed the determination by the Minister of National Revenue (the Minister) that the respondent's employment of James S. Jenkins (the worker) from 4 July 1994 to 7 January 1995 was not "insurable employment" for the purposes of the *Unemployment Insurance Act*.<sup>1</sup>

FACTS

[2] The respondent company, incorporated on 27 February 1976, operates on a year-round basis as a general building contractor. The shares of the respondent are owned entirely by the worker's parents. Blaine Jenkins, the worker's father, owns 90% of the shares, and Lillian Jenkins, the worker's mother, owns the remaining 10%. Blaine Jenkins also owns and operates two other businesses: "All Air", which provides refrigeration and air conditioning services; and "Universal Rentals and Sales", an equipment rental business. The trio of businesses, known collectively as the "Jenkins Group", employs close to thirty

A.C.I. n° 663 (QL)] a infirmé la décision par laquelle le ministre du Revenu national avait conclu que l'emploi d'un certain salarié n'était pas un «emploi assurable» au sens de la *Loi sur l'assurance-chômage*. La demande est accueillie.

AVOCATS:

*Paul Plourde* pour le requérant.  
*Michael F. G. Noel*, pour l'intimée.

PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.  
*Noel, O'Neill & Urquhart*, Chatham (Nouveau-Brunswick), pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE EN CHEF ISAAC: La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'un jugement en date du 21 juin 1996 [*Jencan Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1996] A.C.I. n° 663 (QL)] par lequel la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par l'intimée et infirmé la décision par laquelle le ministre du Revenu national (le ministre) avait conclu que l'emploi que James S. Jenkins (le salarié) avait exercé auprès de l'intimée entre le 4 juillet 1994 et le 7 janvier 1995 n'était pas un «emploi assurable» au sens de la *Loi sur l'assurance-chômage*.<sup>1</sup>

LES FAITS

[2] La société intimée, qui a été constituée en personne morale le 27 février 1976, exploite à longueur d'année une entreprise générale de construction. Les actions de l'intimée appartiennent en totalité aux parents du salarié. Blaine Jenkins, le père du salarié, possède 90 pour 100 des actions, et Lillian Jenkins, la mère du salarié, en possède 10 pour 100. Blaine Jenkins est également propriétaire de deux autres entreprises, qu'il exploite: «All Air», une entreprise qui fournit des services de réfrigération et de climatisation, et l'«Universal Rentals and Sales», une entreprise de location de matériel. Ces trois entreprises, qui

people.

[3] During the relevant period, the respondent company earned an average gross income of approximately \$115,000 per month, most of which was generated from the installation of windows, doors and ventilation systems. The worker had worked intermittently for the respondent for in excess of ten years. He started off as a general labourer but, during the relevant period, he was generally regarded as a skilled labourer. His employment duties were to install windows, doors and ventilation systems.

[4] On 30 August 1995, the Tax Court of Canada rendered an oral judgment in the matter of *Jencan Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1995] T.C.J. No. 1142 (QL), file No. 95-829(UI). That case involved an appeal from a previous determination by the Minister that the worker's employment by the respondent during the periods from 29 June 1992 to 20 March 1993 and from 16 August 1993 to 7 May 1994 was not insurable employment. The Minister's main reason for this determination was that the respondent and the worker were not dealing with each other at arm's length, and hence the worker's employment was excepted pursuant to paragraph 3(2)(c) [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 2] of the UI Act. For ease of reference, I will refer to this previous decision of the Tax Court as *Jencan No. 1*.

[5] In reaching his conclusion in *Jencan No. 1*, the Minister had relied upon the information provided by a Revenue Canada appeals officer, who had undertaken a detailed review of the worker's employment by the respondent. The appeals officer had contacted the respondent's management approximately 8 to 10 times and had obtained from them detailed sales and payroll information.<sup>2</sup> During the course of the investigation, the respondent's management and the worker had ample opportunities to make submissions to the appeals officer prior to the Minister's determination that the worker's employment was not insurable.

sont connues collectivement sous le nom de «groupe Jenkins», comptent une trentaine d'employés.

[3] Au cours de la période en cause, la société intimée gagnait un revenu brut moyen d'environ 115 000 \$ par mois. La plus grande partie de ce revenu provenait de l'installation de fenêtres, de portes et de systèmes de ventilation. Le salarié travaillait de façon intermittente pour l'intimée depuis plus de dix ans. Il avait commencé comme manœuvre, mais, à l'époque en cause, il était généralement considéré comme un ouvrier qualifié. Son travail consistait à installer des fenêtres, des portes et des systèmes de ventilation.

[4] Le 30 août 1995, la Cour canadienne de l'impôt a prononcé oralement un jugement dans l'affaire *Jencan Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1995] T.C.J. n° 1142 (QL), dans le dossier 95-829(UI). Cette affaire portait sur un appel interjeté d'une décision par laquelle le ministre avait conclu que l'emploi que le salarié avait exercé auprès de l'intimée du 29 juin 1992 au 20 mars 1993 et du 16 août 1993 au 7 mai 1994 ne constituait pas un emploi assurable. Le principal motif invoqué par le ministre pour justifier sa décision était que l'intimée et le salarié avaient un lien de dépendance entre eux et que, par conséquent, l'emploi du salarié était un emploi exclu au sens de l'alinéa 3(2)c) [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 2] de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Par souci de commodité, j'appellerai désormais cette première décision de la Cour de l'impôt la décision *Jencan n° 1*.

[5] Pour tirer la conclusion à laquelle il est arrivé dans l'affaire *Jencan n° 1*, le ministre s'était fondé sur des renseignements fournis par un agent des appels de Revenu Canada, qui avait entrepris un examen détaillé de l'emploi du salarié chez l'intimée. L'agent des appels avait communiqué avec la direction de l'intimée à huit ou dix reprises et avait obtenu d'elle des renseignements détaillés au sujet des ventes et de la liste de paie<sup>2</sup>. Au cours de cette enquête, la direction de l'intimée et le salarié ont eu amplement l'occasion de faire valoir leur point de vue devant l'agent des appels avant que le ministre ne conclue que l'emploi du salarié n'était pas assurable.

[6] On appeal to the Tax Court of Canada in *Jencan No. 1*, Léger D.J.T.C.C. dismissed the respondent's appeal from the bench, holding that:

... the Minister had before him sufficient evidence to conclude that the parties were not dealing with each other at arm's length and that they would not have concluded a similar contract of employment had they not been related to each other. And based upon that finding and where there is no evidence before me to show that there was improper use of his discretionary authority, I have no other alternative but to dismiss the appeal.<sup>3</sup>

[7] On 20 September 1995, less than one month after that decision was rendered, the respondent requested, in accordance with subsection 61(3) [as am. *idem*, s. 37] of the UI Act, that the Minister determine whether the worker's employment for the period from 4 July 1994 to 7 January 1995 was insurable employment.<sup>4</sup> There is no dispute that the worker's primary employment duties—installing windows, doors and ventilation systems—were the same during the period in question as during the periods of employment which were the subject of Léger D.J.T.C.C.'s decision in *Jencan No. 1*.

[8] In accordance with Revenue Canada's procedures when in receipt of an application for determination, an appeals officer was designated to examine the facts submitted by the interested parties.<sup>5</sup> The appeals officer contacted the respondent company for more information. One of the questions that the appeals officer asked Blaine Jenkins, the respondent's main shareholder, was whether the terms and conditions of the worker's employment had changed since previous years. Mr. Jenkins' response to the appeals officer was that the terms and conditions of the worker's employment during the period in question were "basically the same".<sup>6</sup>

[9] Having received what the appeals officer appears to have perceived as a confirmation that the terms and conditions of the worker's employment had not changed, the appeals officer prepared a recommendation to the Minister on the basis of the same assumptions of fact as had been relied upon by the Minister

[6] Statuant sur l'appel interjeté devant la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Jencan n° 1*, le juge suppléant Léger a rejeté à l'audience l'appel de l'intimée au motif que:

[TRADUCTION] ... le ministre disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir conclure que les parties avaient un lien de dépendance entre elles et qu'elles n'auraient pas conclu un contrat de travail si un tel lien n'avait pas existé entre elles. Vu cette conclusion et compte tenu du fait qu'on ne m'a soumis aucun élément de preuve pour démontrer que le ministre a mal exercé son pouvoir discrétionnaire, je n'ai pas d'autre choix que de rejeter l'appel.<sup>3</sup>

[7] Le 20 septembre 1995, moins d'un mois après le prononcé de cette décision, l'intimée a demandé, conformément au paragraphe 61(3) [mod., *idem*, art. 37] de la *Loi sur l'assurance-chômage*, que le ministre décide si l'emploi que le salarié avait exercé entre le 4 juillet 1994 et le 7 janvier 1995 était un emploi assurable<sup>4</sup>. Il est acquis aux débats que les principales fonctions du salarié—installer des fenêtres, des portes et des systèmes de ventilation—étaient les mêmes, au cours de la période en cause, que celles qu'il exerçait au cours des périodes d'emploi visées par la décision rendue par le juge suppléant Léger dans l'affaire *Jencan n° 1*.

[8] Conformément à la procédure suivie par Revenu Canada lorsqu'on lui demande de donner son avis sur une question, un agent des appels a été désigné pour examiner les faits soumis par les intéressés<sup>5</sup>. L'agent des appels a communiqué avec la société intimée en vue d'obtenir de plus amples renseignements. Une des questions que l'agent des appels a posée à Blaine Jenkins, le principal actionnaire de l'intimée, était celle de savoir si les modalités d'emploi du salarié étaient différentes de celles qui s'appliquaient au cours des années précédentes. M. Jenkins a répondu à l'agent des appels que les modalités d'emploi du salarié au cours de la période en question étaient [TRADUCTION] «essentiellement les mêmes»<sup>6</sup>.

[9] Ayant obtenu ce qu'il semble avoir considéré comme une confirmation que les modalités d'emploi du salarié n'avaient pas changé, l'agent des appels a soumis au ministre une recommandation fondée sur les mêmes hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'était fondé dans l'affaire *Jencan n° 1* pour conclure

in *Jencan No. 1* to determine that the worker's employment was not insurable. For ease of reference, I reproduce here the assumptions of fact relied upon by the Minister in his reply to the notice of appeal to the Tax Court:

- a) Tax Court of Canada Judgment # 95-829(UI) dismissed the Appellant's [the respondent in this application] appeal for the periods from June 29, 1992 to March 20, 1993 and from August 16, 1993 to May 7, 1994 on the basis that the Appellant and the Worker were not dealing at arm's length within the meaning of paragraph 3(2)(c) of the Act;
- b) during the period in question, the Appellant engaged the Worker under the same terms and conditions as the periods mentioned in paragraph 4(a) above;
- c) the Appellant was incorporated on February 27, 1976 and operates year round as a general building and renovating contractor;
- d) the share structure of the Appellant is as follows:
- | <u>Shareholder</u> | <u>Percentage of Shares</u> |
|--------------------|-----------------------------|
| Blaine Jenkins     | 90%                         |
| Lillian Jenkins    | 10%                         |
- e) the Worker is the son of Blaine and Lillian Jenkins;
- f) the Worker's primary duties were installing windows, doors and ventilation systems;
- g) the Worker's rate of pay during the periods in question was \$12.00 and \$13.00 an hour, respectively, paid weekly by cheque;
- h) the Worker's hours of work were said to be 8:30 a.m. to 4:30 p.m.;
- i) the Worker consistently received the same number of overtime hours to guarantee a static paycheque;
- j) the Worker was engaged for the minimum number of weeks required to qualify for unemployment insurance benefits;
- k) the Worker was not supervised while performing duties;
- l) the Worker was said to be laid off due to shortage of work;

que l'emploi du salarié n'était pas assurable. Par souci de commodité, je reproduis les hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'est fondé dans sa réponse à l'avis d'appel interjeté devant la Cour de l'impôt:

[TRADUCTION]

- a) Dans le jugement n° 95-829 (UI) de la Cour canadienne de l'impôt, l'appel a été rejeté pour les périodes allant du 29 juin 1992 au 20 mars 1993 et du 16 août 1993 au 7 mai 1994, pour le motif que l'appelante et le travailleur avaient entre eux un lien de dépendance au sens de l'alinéa 3(2)c) de la Loi;
- b) au cours de la période en question, l'appelante a embauché le travailleur selon les mêmes modalités que celles qui s'appliquaient pendant les périodes mentionnées à l'alinéa 4a) qui précède;
- c) l'appelante a été constituée le 27 février 1976 et exploite à longueur d'année une entreprise à titre d'entrepreneur général en construction et en rénovation;
- d) les actions de l'appelante sont réparties comme suit:
- | <u>Actionnaire</u> | <u>Pourcentage des actions</u> |
|--------------------|--------------------------------|
| Blaine Jenkins     | 90 %                           |
| Lillian Jenkins    | 10 %                           |
- e) le travailleur est le fils de Blaine et de Lillian Jenkins;
- f) les fonctions principales du travailleur consistaient à installer des fenêtres, des portes et des systèmes de ventilation;
- g) pendant les périodes en question, le travailleur a été rémunéré au taux horaire de 12 \$ et de 13 \$, respectivement, rémunération qui lui était versée par chèque à toutes les semaines;
- h) le travailleur travaillait apparemment de 8 h 30 à 16 h 30;
- i) le travailleur était toujours appelé à effectuer le même nombre d'heures supplémentaires, de sorte à garantir que le montant de son chèque de paye soit toujours le même;
- j) le travailleur a été embauché pour le nombre minimal de semaines dont il avait besoin pour être admissible à des prestations d'assurance-chômage;
- k) le travailleur n'était pas supervisé dans l'exécution de ses fonctions;
- l) le travailleur aurait apparemment été mis à pied à cause d'un manque de travail;

- |  |   |
|--|---|
| <p>m) the monthly gross revenue of the Appellant does not illustrate a significant decrease or increase throughout the year;</p> <p>n) the Worker is related to the Appellant within the meaning of the <i>Income Tax Act</i>;</p> <p>o) the Worker was not dealing with the Appellant at arm's length;</p> <p>p) having regard to all the circumstances of the employment, including the remuneration paid, the terms and conditions, the duration and the nature and importance of the work performed, it is not reasonable to conclude that the Worker and the Appellant would have entered into a substantially similar contract of employment if they had been dealing with each other at arm's length.<sup>7</sup> [Emphasis added.]</p> | <p>m) le revenu brut mensuel de l'appelante ne varie pas sensiblement d'une période de l'année à l'autre;</p> <p>n) le travailleur est une personne liée à l'appelante au sens de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i>;</p> <p>o) le travailleur avait un lien de dépendance avec l'appelante;</p> <p>p) compte tenu de toutes les circonstances, notamment la rétribution versée, les modalités d'emploi, ainsi que la durée, la nature et l'importance du travail accompli, il n'est pas raisonnable de conclure que le travailleur et l'appelante auraient conclu entre eux un contrat de travail à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu un lien de dépendance<sup>7</sup>. [Mots non soulignés dans l'original.]</p> |
|--|---|

[10] During the proceedings before the Tax Court of Canada, the respondent disputed a number of the Minister's key assumptions of fact regarding the terms and conditions of the worker's employment. Specifically, the respondent denied the allegations in subparagraphs b), g) to k), o) and p). These denials came despite Mr. Jenkins' earlier statement to the appeals officer that the terms and conditions of the worker's employment during the relevant period were basically the same as in previous years.

[10] Au cours de l'instance qui s'est déroulée devant la Cour canadienne de l'impôt, l'intimée a contesté plusieurs des principales hypothèses de fait formulées par le ministre au sujet des modalités d'emploi du salarié. Plus précisément, l'intimée a nié les allégations contenues aux alinéas b), g) à k), o) et p) et ce, malgré le fait que M. Jenkins avait auparavant déclaré à l'agent des appels que les modalités d'emploi du salarié au cours de la période en cause étaient essentiellement les mêmes que celles qui s'appliquaient au cours des années précédentes.

[11] Relying upon these assumptions of fact, on 16 November 1995, the Minister again determined that the worker's employment during the period in question was not insurable employment. This time around, the Minister provided two reasons for the determination. Firstly, that the worker was not employed pursuant to a contract of service as required by paragraph 3(1)(a) of the UI Act. Secondly, that the worker's employment was excepted from insurability pursuant to paragraph 3(2)(c) because the worker and the respondent were not dealing with each other at arm's length, and the Minister was of the view that they would not have entered into a substantially similar contract of service if they had been at arm's length. Paragraphs 3(1)(a) and 3(2)(c) of the UI Act read:

[11] Se fondant sur ces hypothèses de fait, le ministre a, le 16 novembre 1995, conclu une fois de plus que l'emploi que le salarié avait exercé au cours de la période en question n'était pas un emploi assurable. Cette fois-ci, le ministre a invoqué deux motifs pour justifier sa décision. En premier lieu, il s'est dit d'avis que le salarié n'était pas employé aux termes d'un contrat de louage de services contrairement à ce qu'exige l'alinéa 3(1)a) de la *Loi sur l'assurance-chômage*. En second lieu, le ministre a estimé que l'emploi exercé par le salarié était un emploi exclu au sens de l'alinéa 3(2)c), étant donné que le salarié et l'intimée avaient entre eux un lien de dépendance et qu'ils n'auraient pas conclu entre eux un contrat de travail à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu un lien de dépendance. Voici le libellé des alinéas 3(1)a) et 3(2)c) de la *Loi sur l'assurance-chômage*:

3. (1) Insurable employment is employment that is not included in excepted employment and is

3. (1) Un emploi assurable est un emploi non compris dans les emplois exclus et qui est, selon le cas:



(a) employment in Canada by one or more employers, under any express or implied contract of service or apprenticeship, written or oral, whether the earnings of the employed person are received from the employer or some other person and whether the earnings are calculated by time or by piece, or partly by time and partly by piece, or otherwise;

...

(2) Excepted employment is

...

(c) subject to paragraph (d), employment where the employer and employee are not dealing with each other at arm's length and, for the purposes of this paragraph,

(i) the question of whether persons are not dealing with each other at arm's length shall be determined in accordance with the provisions of the *Income Tax Act*, and

(ii) where the employer is, within the meaning of that Act, related to the employee, they shall be deemed to deal with each other at arm's length if the Minister of National Revenue is satisfied that, having regard to all the circumstances of the employment, including the remuneration paid, the terms and conditions, the duration and the nature and importance of the work performed, it is reasonable to conclude that they would have entered into a substantially similar contract of employment if they had been dealing with each other at arm's length;

[12] Section 251 of the *Income Tax Act*<sup>8</sup> sets out the test for an arm's length relationship which is to be used for the purposes of paragraph 3(2)(c) of the UI Act. It reads in part:

**251.** (1) For the purposes of this Act,

(a) related persons shall be deemed not to deal with each other at arm's length; and

...

(2) For the purpose of this Act, "related persons", or persons related to each other, are

(a) individuals connected by blood relationship, marriage or adoption;

(b) a corporation and

(i) a person who controls the corporation if it is controlled by one person,

(ii) a person who is a member of a related group that controls the corporation, or

a) un emploi exercé au Canada pour un ou plusieurs employeurs, en vertu d'un contrat de louage de services ou d'apprentissage exprès ou tacite, écrit ou verbal, que l'employé reçoive sa rémunération de l'employeur ou d'une autre personne et que la rémunération soit calculée soit au temps soit aux pièces, soit en partie au temps et en partie aux pièces, soit de toute autre manière;

...

(2) Les emplois exclus sont les suivants:

...

c) sous réserve de l'alinéa d), tout emploi lorsque l'employeur et l'employé ont entre eux un lien de dépendance et, pour l'application du présent alinéa:

(i) la question de savoir si des personnes ont entre elles un lien de dépendance étant déterminée en conformité avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) l'employeur et l'employé, lorsqu'ils sont des personnes liées entre elles, au sens de cette loi, étant réputés ne pas avoir de lien de dépendance si le ministre du Revenu national est convaincu qu'il est raisonnable de conclure, compte tenu de toutes les circonstances, notamment la rétribution versée, les modalités d'emploi, ainsi que la durée, la nature et l'importance du travail accompli, qu'ils auraient conclu entre eux un contrat de travail à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu un lien de dépendance;

[12] C'est à l'article 251 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>8</sup> que l'on trouve le critère qui sert à décider s'il existe un lien de dépendance pour l'application de l'alinéa 3(2)c) de la *Loi sur l'assurance-chômage*. L'article 251 prévoit notamment:

**251.** (1) Pour l'application de la présente loi:

a) des personnes liées sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance;

...

(2) Pour l'application de la présente loi, sont des «personnes liées» ou des personnes liées entre elles:

a) des particuliers unis par les liens du sang, du mariage ou de l'adoption;

b) une société et:

(i) une personne qui contrôle la société si cette dernière est contrôlée par une personne;

(ii) une personne qui est membre d'un groupe lié qui contrôle la société,

(iii) any person related to a person described by subparagraph (i) or (ii); and

(iii) toute personne liée à une personne visée au sous-alinéa (i) ou (ii);

### JUDGMENT OF THE TAX COURT

[13] By judgment rendered on 21 June 1996, the Deputy Tax Court Judge allowed the respondent's appeal and reversed the Minister's determination that the worker's employment was not insurable during the period in question.

[14] The Deputy Tax Court Judge found that, in making his determination under subparagraph 3(2)(c)(ii) of the UI Act, the Minister improperly relied upon the Tax Court's previous decision in *Jencan No. 1*. Specifically, the Deputy Tax Court Judge was of the view that the Minister erred in relying upon the allegation that the worker was engaged under the same terms and conditions of employment during the period in question as he was during the periods which were the subject of the Tax Court's decision in *Jencan No. 1*. See allegation (b) reproduced above.

[15] Although the appellant (the respondent in this application) had the burden of proving his case, the Deputy Tax Court Judge emphasized that the appeal had to be decided based on the facts as particularly established before him. In his view, the Minister's wholesale reliance upon the assumptions of fact as originally established in the previous determination was improper because, upon examination of the evidence in the present appeal, the Deputy Tax Court Judge found that there were material differences in the worker's terms and conditions of employment during the period in question. In his words, "[t]he facts in the appeal at hand are different from those outlined in the *Jencan* case, supra."<sup>9</sup> Some of the Minister's allegations of fact, in other words, had been disproved in the context of the present appeal.

[16] Having found that the Minister improperly exercised his discretion in relying upon allegations which had been disproved by the evidence, the Deputy Tax Court Judge held that it was open for him, in

### JUGEMENT DE LA COUR DE L'IMPÔT

[13] Par jugement rendu le 21 juin 1996, le juge suppléant de la Cour de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par l'intimée et infirmé la décision par laquelle le ministre avait conclu que l'emploi exercé par le salarié au cours de la période en question n'était pas un emploi assurable.

[14] Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a conclu que, pour rendre sa décision en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, le ministre s'était fondé à tort sur le jugement antérieur rendu par la Cour de l'impôt dans l'affaire *Jencan n° 1*. Plus précisément, il s'est dit d'avis que le ministre avait commis une erreur en se fondant sur l'allégation que le salarié avait, lors de la période en question, été embauché aux mêmes conditions que celles qui s'appliquaient lors des périodes visées par la décision de la Cour de l'impôt dans l'affaire *Jencan n° 1* (voir l'allégation b) ci-dessus reproduite).

[15] Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a souligné que, bien qu'il incombe à l'appelante (l'intimée dans la présente demande) d'établir ce qu'elle avance, chaque appel doit être jugé en fonction des faits qui sont établis. À son avis, le ministre avait eu tort d'accepter en bloc les hypothèses de fait qui avaient été retenues dans la décision précédente, étant donné que, compte tenu de la preuve administrée dans le présent appel, les modalités d'emploi du salarié étaient très différentes au cours de la période en question. Pour reprendre ses propres paroles: «[l]es faits en l'espèce sont différents de ceux qui ont été exposés dans l'affaire *Jencan*, précitée»<sup>9</sup>. En d'autres termes, certaines des allégations de fait du ministre avaient été réfutées dans le contexte du présent appel.

[16] Ayant conclu que le ministre avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur des allégations qui étaient réfutées par la preuve, le juge suppléant de la Cour de l'impôt a estimé qu'il lui était

accordance with this Court's decision in *Tignish Auto Parts Inc. v. Minister of National Revenue*,<sup>10</sup> to engage in a *de novo* review of the issues in this appeal.

[17] He held that the preponderance of evidence established by the respondent supported the existence of a genuine contract of service between the worker and the respondent. He was satisfied that there existed "real legal ties" between the respondent and the worker.

[18] Contrary to the Minister's determination, the Deputy Tax Court Judge then held that the worker's employment was not "excepted employment" within the meaning of subsection 3(2) of the UI Act. Although the worker and the respondent company were "related persons" within the meaning of section 251 of the *Income Tax Act*, the Deputy Tax Court Judge reached the conclusion stated in the following paragraph of his reasons:

The discretion of the Minister was exercised on the basis that no contract of service existed. It was also exercised on the erroneous basis that the facts were exactly similar to another appeal. This, no doubt, led to the inappropriate use of the Minister's discretion which led to the determination that the Appellant [the respondent in this application] and the Worker were not dealing with each other at arm's length.

This Court in reviewing the evidence is satisfied that the Appellant and the Worker were at arm's length during the period from July 4, 1994 to January 7, 1995 only.<sup>11</sup>

[19] Having found that the worker and the respondent "were at arm's length", the Deputy Tax Court Judge allowed the respondent's appeal and reversed the Minister's determination that the worker's employment was not insurable during the period in question.

[20] The Attorney General of Canada brings this application for judicial review of that decision.

loisible, conformément à l'arrêt *Tignish Auto Parts Inc. c. Ministre du Revenu national*<sup>10</sup>, d'examiner de nouveau les points litigieux soulevés dans le présent appel.

[17] Il a statué que la prépondérance de la preuve établie par l'intimée permettait de conclure qu'un véritable contrat de louage de services existait entre le salarié et l'intimée. Il s'est dit convaincu qu'il existait «une véritable relation juridique» entre l'intimée et le salarié.

[18] Contrairement à la décision du ministre, le juge suppléant de la Cour de l'impôt a ensuite statué que l'emploi du salarié n'était pas un «emploi exclu» au sens du paragraphe 3(2) de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Malgré le fait que le salarié et la société intimée étaient des «personnes liées» au sens de l'article 251 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le juge suppléant de la Cour de l'impôt en est arrivé à la conclusion exposée dans le paragraphe suivant de ses motifs:

Le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur l'hypothèse qu'aucun contrat de louage de services n'existait pas. Il a également exercé son pouvoir discrétionnaire en supposant, à tort, que les faits étaient exactement les mêmes que dans un autre appel. C'est ce qui l'a sans doute amené à exercer son pouvoir discrétionnaire de façon non appropriée et à déterminer que l'appelante [l'intimée en l'espèce] et le travailleur avaient entre eux un lien de dépendance.

Ayant examiné la preuve, cette cour est convaincue que l'appelante et le travailleur n'avaient pas de lien de dépendance pendant la période allant du 4 juillet 1994 au 7 janvier 1995 seulement<sup>11</sup>.

[19] Ayant conclu que le salarié et l'intimée «n'avaient pas de lien de dépendance», le juge suppléant de la Cour de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par l'intimée et a infirmé la décision par laquelle le ministre avait conclu que l'emploi exercé par le salarié au cours de la période en question n'était pas assurable.

[20] Le procureur général du Canada a introduit la présente demande en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de cette décision.

## STATUTORY FRAMEWORK

[21] The extent of the jurisdiction and powers of the Tax Court on an appeal from a determination by the Minister pursuant to section 61 of the UI Act are set out in section 70 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 23] and subsection 71(1). These provisions read:

70. (1) The Commission or a person affected by a determination by, or a decision on an appeal to, the Minister under section 61 may, within ninety days after the determination or decision is communicated to him, or within such longer time as the Tax Court of Canada on application made to it within those ninety days may allow, appeal from the determination or decision to that Court in the manner prescribed.

(2) On an appeal under this section, the Tax Court of Canada may reverse, affirm or vary the determination, may vacate, confirm or vary the assessment or may refer the matter back to the Minister for reconsideration and reassessment, and shall thereupon in writing notify the parties to the appeal of its decision and the reasons therefor.

71. (1) The Minister and the Tax Court of Canada have authority to decide any question of fact or law necessary to be decided in determining any question or reconsidering any assessment required to be determined or reconsidered under section 61 or 70 and to decide whether a person may be or is affected thereby, and, except as provided in this Act, the decision of the Minister, or the decision of the Tax Court of Canada, as the case may be, is final and binding for all purposes of this Act.

## ANALYSIS

[22] In this case, the Minister advanced two grounds for his determination that the respondent's employment was not insurable. First, there was no genuine contract of service between the respondent and the worker as required by paragraph 3(1)(a), and, second, the worker's employment was excepted from insurability pursuant to paragraph 3(2)(c) because the worker and the respondent were not at arm's length and they would not have entered into a substantially similar contract of service if they had been at arm's length.

## CADRE LÉGISLATIF

[21] L'article 70 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, art. 23] et le paragraphe 71(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage* exposent la portée de la compétence et des pouvoirs qui sont conférés à la Cour de l'impôt lorsqu'elle est saisie d'un appel d'une décision rendue par le ministre en vertu de l'article 61. Voici le texte de ces dispositions:

70. (1) La Commission ou une personne que concerne le règlement d'une question par le ministre ou une décision sur appel au ministre, en vertu de l'article 61, peut, dans les quatre-vingt-dix jours de la communication du règlement ou de la décision ou dans le délai supplémentaire que peut accorder la Cour canadienne de l'impôt sur demande à elle présentée dans ces quatre-vingt-dix jours, interjeter appel devant la Cour canadienne de l'impôt de la manière prescrite.

(2) Sur appel interjeté en vertu du présent article, la Cour canadienne de l'impôt peut infirmer, confirmer ou modifier le règlement de la question, peut annuler, confirmer ou modifier l'évaluation ou peut renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il l'étudie de nouveau et fasse une nouvelle évaluation; dès lors, elle est tenue de notifier par écrit sa décision et ses motifs aux parties à l'appel.

71. (1) Le ministre et la Cour canadienne de l'impôt ont le pouvoir de décider toute question de fait ou de droit qu'il est nécessaire de décider pour régler une question ou reconsidérer une évaluation qui doit être réglée ou reconsidérée en vertu des articles 61 ou 70, ainsi que de décider si une personne est ou peut être concernée et, sauf disposition contraire de la présente loi, la décision du ministre ou de la Cour canadienne de l'impôt, selon le cas, est définitive et obligatoire à toutes les fins de la présente loi.

## ANALYSE

[22] En l'espèce, le ministre fait valoir deux moyens pour justifier sa décision suivant laquelle le salarié n'exerçait pas un emploi assurable auprès de l'intimée. En premier lieu, le ministre soutient qu'il n'existait pas de véritable contrat de louage de services entre l'intimée et le salarié, contrairement à ce qu'exige l'alinéa 3(1)a). En second lieu, le ministre affirme que l'emploi exercé par le salarié était un emploi exclu au sens de l'alinéa 3(2)c), étant donné que le salarié et l'intimée avaient entre eux un lien de dépendance et qu'ils n'auraient pas conclu entre eux un contrat de travail à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu un tel lien de dépendance.

[23] The Deputy Tax Court Judge's reasons for judgment indicate that he directed his mind to both grounds advanced in support of the Minister's determination that the worker's employment was not insurable. However, in my respectful view, the clarity of the reasons would have been enhanced had he analyzed the two grounds separately. Either one of the Minister's two grounds, if established by the evidence, was sufficient to support the Minister's determination that the worker's employment during the relevant period was not insurable. Each ground, therefore, ought to have been considered separately in light of the evidence. A separate review is particularly important in cases such as this one where the applicable standard of review is different for each of the stated grounds.

[24] The Minister's determination under paragraph 3(1)(a) that the worker's employment is not pursuant to a contract of service is a quasi-judicial decision subject, on appeal, to independent review by the Tax Court. In contrast, this Court established in *Tignish, supra*, that the Tax Court must exhibit a higher degree of judicial deference in reviewing a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii). As will be seen, it is only where the Tax Court concludes that the Minister exercised his discretion in a manner contrary to law that the Tax Court should pass to a review of the merits of the Minister's determination under this latter provision.

[25] In *Canada v. Schnurer Estate*,<sup>12</sup> this Court made it clear that, on appeal, the Tax Court must consider whether there is a sufficient factual foundation for the Minister's determination on either or both of the grounds advanced by the Minister. The Tax Court must, therefore, review each of the grounds separately in the light of the evidence. Firstly, was the employment pursuant to an express or implied contract of service? If not, the employment is not insurable unless it falls within one of the exceptions to paragraph 3(1)(a) in subsection 4(1) or in a regulation enacted pursuant to subsection 4(2). Secondly, if it is

[23] Il ressort des motifs de son jugement que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a tenu compte des deux moyens invoqués pour justifier la décision du ministre selon laquelle l'emploi du salarié n'était pas un emploi assurable. Toutefois, à mon humble avis, ses motifs auraient été plus clairs s'il avait analysé les deux moyens séparément. Si leur bien-fondé avait été établi par la preuve, l'un ou l'autre des deux moyens invoqués par le ministre aurait suffi pour justifier la décision par laquelle le ministre avait conclu que l'emploi exercé par le salarié au cours de la période en cause n'était pas assurable. Chacun des deux moyens aurait donc dû être examiné séparément à la lumière de la preuve. Un examen distinct est particulièrement important dans des affaires comme la présente, dans laquelle la norme de contrôle applicable est différente pour chacun des moyens invoqués.

[24] La décision par laquelle le ministre a conclu, en vertu de l'alinéa 3(1)a), que l'emploi exercé par le salarié n'était pas régi par un contrat de louage de services, constitue une décision quasi-judiciaire qui est, en appel, susceptible d'un contrôle indépendant de la part de la Cour de l'impôt. En revanche, notre Cour a statué, dans l'arrêt *Tignish*, précité, que la Cour de l'impôt devait faire preuve d'une plus grande retenue judiciaire lorsqu'elle examine une décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii). Comme on le verra, ce n'est que lorsque la Cour de l'impôt conclut que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui est contraire à la loi qu'elle peut contrôler le bien-fondé de la décision rendue par le ministre en vertu de la disposition en question.

[25] Dans l'arrêt *Canada c. Succession Schnurer*<sup>12</sup>, notre Cour a bien précisé que, lorsqu'elle est saisie d'un appel, la Cour de l'impôt doit décider s'il existe un fondement factuel suffisant pour justifier la décision du ministre selon l'un ou l'autre des moyens invoqués par celui-ci. La Cour de l'impôt doit donc examiner chaque moyen séparément à la lumière de la preuve. Elle doit d'abord se demander si l'emploi était exercé dans le cadre d'un contrat de louage de services exprès ou tacite. Dans la négative, l'emploi n'est pas assurable, à moins qu'il ne tombe sous le coup de l'une des exceptions à l'alinéa 3(1)a) qui sont énumé-

employment under a contract of service or if it is otherwise insurable under section 4, is it “excepted employment” within the meaning of subsection 3(2)?

[26] Dealing first with paragraph 3(1)(a), it cannot be said that the Deputy Tax Court Judge erred in law in reversing the Minister’s determination that the worker was not employed pursuant to a contract of service. It was open to the Deputy Tax Court Judge, on an independent review, to find that the preponderance of evidence supported the existence of a genuine contract of service between the respondent and the worker. I would note, however, that the Deputy Tax Court Judge provided little in the way of written reasons on this issue and, of the reasons that he did provide, his choice of words was not the most fortunate. In concluding that the preponderance of evidence established the existence of a genuine contract of service, he stated simply that he was satisfied that there did exist between the respondent and the worker “real legal ties”.<sup>13</sup>

[27] The real issue in paragraph 3(1)(a) is whether the worker was employed pursuant to a contract of service or a contract for service. Either form of employment can create “real legal ties” between the parties. But, only employment in the former category qualifies, subject to the exceptions in subsection 3(2), as “insurable employment” within the meaning of paragraph 3(1)(a). It is not enough to find that there is a genuine contract, or real legal ties, between the parties. In order to satisfy the requirement of paragraph 3(1)(a), there must be a genuine contract of service; which means, in essence, that there is a relationship of subordination between the parties.<sup>14</sup> The worker, in other words, must be a true employee of the respondent, and not merely a contractor working for the respondent pursuant to a contract of enterprise.

rées au paragraphe 4(1) ou dans un règlement pris en application du paragraphe 4(2). En second lieu, la Cour de l’impôt doit, s’il s’agit d’un emploi régi par un contrat de louage de services ou d’un emploi qui est par ailleurs assurable aux termes de l’article 4, se demander s’il s’agit d’un «emploi exclu» au sens du paragraphe 3(2).

[26] Pour ce qui est tout d’abord de l’alinéa 3(1)a), on ne saurait dire que le juge suppléant de la Cour de l’impôt a commis une erreur de droit en infirmant la décision par laquelle le ministre avait conclu que le salarié n’était pas employé dans le cadre d’un contrat de louage de services. Il était loisible au dit juge, dans un examen indépendant, de conclure, en se fondant sur la prépondérance de la preuve, à l’existence d’un véritable contrat de louage de services entre l’intimée et le salarié. Je tiens toutefois à signaler que le juge suppléant de la Cour de l’impôt n’a pas longuement motivé ses conclusions sur cette question et que, dans les motifs qu’il a effectivement exposés, son choix de mots n’est pas des plus heureux. Pour conclure, en se fondant sur la prépondérance de la preuve, à l’existence d’un véritable contrat de louage de services, il s’est contenté de déclarer qu’il était convaincu qu’il existait une «véritable relation juridique» entre l’intimée et le salarié<sup>13</sup>.

[27] La véritable question à se poser sous le régime de l’alinéa 3(1)a) est celle de savoir si le salarié était employé en vertu d’un contrat de louage de services ou en vertu d’un contrat d’entreprise. L’un et l’autre type de contrat sont susceptibles de créer une «véritable relation juridique» entre les parties. Mais, sous réserve des exceptions contenues au paragraphe 3(2), seuls les emplois qui entrent dans la première catégorie remplissent les conditions requises pour être considérés comme des «emplois assurables» au sens de l’alinéa 3(1)a). Il ne suffit pas de conclure qu’il existe un véritable contrat ou une véritable relation juridique entre les parties. Pour satisfaire aux exigences de l’alinéa 3(1)a), il faut qu’il existe un véritable contrat de louage de services, ce qui suppose, essentiellement, l’existence d’un lien de subordination entre les parties<sup>14</sup>. En d’autres termes, le salarié doit être un véritable employé de l’intimée, et pas seulement un entrepreneur qui travaille pour l’intimée dans le cadre d’un contrat d’entreprise.

[28] Despite scant reasoning, however, the Deputy Tax Court Judge specified that on his view of the evidence, the respondent had established a genuine contract of service between the worker and the respondent. Since it was open to the Deputy Tax Court Judge to make such a finding, since he was in a privileged position to review the Minister's assumptions of fact in light of the *viva voce* evidence presented at trial,<sup>15</sup> and since the applicant has not challenged this aspect of his reasons for judgment, there is no basis in law for interfering with the conclusion of the Deputy Tax Court Judge on this issue. I will, therefore, pass to a consideration of the reasons of the Deputy Tax Court Judge in relation to the issues arising under paragraph 3(2)(c).

[29] I note at the outset that the language used by the Deputy Tax Court Judge in reversing the Minister's determination under subparagraph 3(2)(c)(ii) may be cause for some confusion. He concludes, on the basis of the evidence, that the worker and the respondent "were at arm's length during the period from July 4, 1994 to January 7, 1995 only".<sup>16</sup> This is not entirely accurate. Subparagraph 3(2)(c)(i) states expressly that the question of whether or not persons are dealing at arm's length "shall be determined in accordance with the provisions of the *Income Tax Act*". There is no dispute in this case that the worker and the respondent are "related persons" within the meaning of section 251 of the *Income Tax Act*. The respondent conceded this point during the proceedings in the Tax Court. The critical issue in this application for judicial review is whether the Deputy Tax Court Judge erred in law in interfering with the discretionary determination made by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii). This provision gives the Minister the discretionary authority to deem "related persons" to be at arm's length for the purposes of the UI Act where the Minister is of the view that the related persons would have entered into a substantially similar contract of service if they had been at arm's length. In this case, the applicant submits that the Deputy Tax Court Judge erred in reversing the Minister's discretionary determination that the worker and the respondent should not be deemed to be at arm's length for the purposes of the UI Act.

[28] Malgré ses motifs laconiques, le juge suppléant de la Cour de l'impôt a toutefois précisé que, suivant son appréciation de la preuve, l'intimée avait établi qu'il existait un véritable contrat de louage de services entre elle et le salarié. Comme il était loisible au juge suppléant de la Cour de l'impôt de tirer une telle conclusion, étant donné qu'il se trouvait dans une situation privilégiée qui lui permettait d'examiner les hypothèses de fait retenues par le ministre à la lumière des témoignages entendus au procès<sup>15</sup>, et comme le requérant n'a pas contesté cet aspect des motifs du jugement, il n'y a aucune raison en droit de modifier la conclusion qu'il a tirée sur cette question. Je passe donc à l'examen des motifs exposés par le juge suppléant de la Cour de l'impôt au sujet des questions que soulève l'alinéa 3(2)c).

[29] Je signale d'entrée de jeu que les termes que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a employés pour infirmer la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) risquent de créer de la confusion. Il conclut en effet, d'après la preuve, que le salarié et l'intimée «n'avaient pas de lien de dépendance pendant la période allant du 4 juillet 1994 au 7 janvier 1995 seulement»<sup>16</sup>. Or, cela n'est pas tout à fait exact. Le sous-alinéa 3(2)c)(i) déclare expressément que la question de savoir s'il existe ou non un lien de dépendance entre des personnes est «déterminée en conformité avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*». Il est acquis aux débats en l'espèce que le salarié et l'intimée sont des «personnes liées» au sens de l'article 251 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'intimée l'a reconnu au cours de l'instance qui s'est déroulée devant la Cour de l'impôt. La question cruciale qui se pose dans la présente demande de contrôle judiciaire est celle de savoir si le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en modifiant la décision discrétionnaire rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii). Cette disposition confère au ministre le pouvoir discrétionnaire de présumer que des «personnes liées» n'ont pas de lien de dépendance pour l'application de la *Loi sur l'assurance-chômage* s'il est d'avis que ces personnes liées auraient conclu entre elles un contrat de travail à peu près semblable si elles n'avaient pas eu un lien de dépendance. En l'espèce, le requérant soutient que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur en infirmant

[30] The sheer number of appeals from ministerial determinations made pursuant to subparagraph 3(2)(c)(ii) since the *Tignish* decision suggests that the law requires further clarification. For this reason, I set out below the principles which may fairly be derived from the authorities in this Court with respect to subparagraph 3(2)(c)(ii).

[31] The decision of this Court in *Tignish, supra*, requires that the Tax Court undertake a two-stage inquiry when hearing an appeal from a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii). At the first stage, the Tax Court must confine the analysis to a determination of the legality of the Minister's decision. If, and only if, the Tax Court finds that one of the grounds for interference are established can it then consider the merits of the Minister's decision. As will be more fully developed below, it is by restricting the threshold inquiry that the Minister is granted judicial deference by the Tax Court when his discretionary determinations under subparagraph 3(2)(c)(ii) are reviewed on appeal. Desjardins J.A., speaking for this Court in *Tignish, supra*, described the Tax Court's circumscribed jurisdiction at the first stage of the inquiry as follows:

Subsection 71(1) of the Act provides that the Tax Court has authority to decide questions of fact and law. The applicant, who is the party appealing the determination of the Minister, has the burden of proving its case and is entitled to bring new evidence to contradict the facts relied on by the Minister. The respondent submits, however, that since the present determination is a discretionary one, the jurisdiction of the Tax Court is strictly circumscribed. The Minister is the only one who can satisfy himself, having regard to all the circumstances of the employment, including the remuneration paid, the terms and conditions and importance of the work performed, that the applicant and its employee are to be deemed to deal with each other at arm's length. Under the authority of *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes Ltd.*, contends the respondent, unless the Minister has not had regard to all the circum-

la décision discrétionnaire par laquelle le ministre avait conclu que le salarié et l'intimée n'auraient pas dû être réputés ne pas avoir de lien de dépendance pour l'application de la *Loi sur l'assurance-chômage*.

[30] Le nombre d'appels interjetés de décisions qui ont été rendues par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) depuis le prononcé de l'arrêt *Tignish* donne à penser qu'il y a lieu de clarifier davantage les règles de droit applicables. Pour cette raison, j'exposerai les principes que l'on peut dégager de la jurisprudence de notre Cour portant sur le sous-alinéa 3(2)c)(ii).

[31] L'arrêt que notre Cour a prononcé dans l'affaire *Tignish*, précitée, exige que, lorsqu'elle est saisie d'un appel interjeté d'une décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii), la Cour de l'impôt procède à une analyse à deux étapes. À la première étape, la Cour de l'impôt doit limiter son analyse au contrôle de la légalité de la décision du ministre. Ce n'est que lorsqu'elle conclut que l'un des motifs d'intervention est établi que la Cour de l'impôt peut examiner le bien-fondé de la décision du ministre. Comme nous l'expliquerons plus en détail plus loin, c'est en limitant son analyse préliminaire que la Cour de l'impôt fait preuve de retenue judiciaire envers le ministre lorsqu'elle examine en appel les décisions discrétionnaires que celui-ci rend en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii). Dans l'arrêt *Tignish*, notre Cour a, sous la plume du juge Desjardins, J.C.A., expliqué dans les termes suivants la compétence limitée qui est conférée à la Cour de l'impôt à cette première étape de l'analyse:

Le paragraphe 7(1) de la Loi porte que la Cour de l'impôt a le pouvoir de décider toute question de fait et de droit. La requérante, qui en appelle du règlement du ministre, a le fardeau de prouver sa cause et a le droit de soumettre de nouveaux éléments de preuve pour réfuter les faits sur lesquels s'est appuyé le ministre. Toutefois, comme la décision du ministre est discrétionnaire, l'intimé fait valoir que la compétence de la Cour de l'impôt est strictement circonscrite. Le ministre est la seule personne qui puisse établir à sa satisfaction, compte tenu de toutes les circonstances, notamment la rémunération versée, les modalités d'emploi et l'importance du travail accompli, que la requérante et son employée sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance. Souscrivant à l'arrêt *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes Ltd.*, qui fait autorité, l'intimé prétend que, à moins que l'on établisse que le



stances of the employment (as required by subparagraph 3(2)(c)(ii) of the Act), has considered irrelevant factors, or has acted in contravention of some principle of law, the court may not interfere. Moreover, the court is entitled to examine the facts which are shown by evidence to have been before the Minister when he reached his conclusion so as to determine if these facts are proven. But if there is sufficient material to support the Minister's conclusion, the court is not at liberty to overrule it merely because it would have come to a different conclusion. If, however, those facts are, in the opinion of the court, insufficient in law to support the conclusion arrived at by the Minister, his determination cannot stand and the court is justified in intervening.

In my view, the respondent's position is correct in law . . . .<sup>17</sup>

[32] In *Ferme Émile Richard et Fils Inc. v. Minister of National Revenue et al.*, this Court confirmed its position. In *obiter dictum*, Décary J.A. stated the following:

As this court recently noted in *Tignish Auto Parts Inc. v. Minister of National Revenue*, July 25, 1994, A-555-93, F.C.A., not reported, an appeal to the Tax Court of Canada in a case involving the application of s. 3(2)(c)(ii) is not an appeal in the strict sense of the word and more closely resembles an application for judicial review. In other words, the court does not have to consider whether the Minister's decision was correct: what it must consider is whether the Minister's decision resulted from the proper exercise of his discretionary authority. It is only where the court concludes that the Minister made an improper use of his discretion that the discussion before it is transformed into an appeal *de novo* and the court is empowered to decide whether, taking all the circumstances into account, such a contract of employment would have been concluded between the employer and employee if they had been dealing at arm's length.<sup>18</sup>

[33] Section 70 provides a statutory right of appeal to the Tax Court from any determination made by the Minister under section 61, including a determination made under subparagraph 3(2)(c)(ii). The jurisdiction of the Tax Court to review a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii) is circumscribed because Parliament, by the language of this provision, clearly intended to confer upon the Minister a discretionary power to make these determinations. The words "if the Minister of National Revenue is satisfied" contained in subparagraph 3(2)(c)(ii) confer upon the Minister the authority to exercise an adminis-

ministre n'a pas tenu compte de toutes les circonstances (comme il y est tenu aux termes du sous-alinéa 3(2)(c)(ii) de la Loi), a pris en compte des facteurs dépourvus d'intérêt ou a violé un principe de droit, la Cour ne peut intervenir. En outre, la Cour a le droit d'examiner les faits qui, selon la preuve, se trouvaient devant le ministre quand il est arrivé à sa conclusion, pour décider si ces faits sont prouvés. Mais s'il y a suffisamment d'éléments pour appuyer la conclusion du ministre, la Cour n'a pas toute latitude pour l'infirmer simplement parce qu'elle serait arrivée à une conclusion différente. Toutefois, si la Cour est d'avis que les faits sont insuffisants, en droit, pour appuyer la conclusion du ministre, la décision de ce dernier ne peut tenir et la Cour est justifiée d'intervenir.

À mon avis, la position de l'intimé est correctement exposée sur le plan du droit . . . .<sup>17</sup>

[32] Dans l'arrêt *Ferme Émile Richard et Fils Inc. c. Ministre du Revenu national et al.*, notre Cour a confirmé sa position. Dans une remarque incidente, le juge Décary, J.C.A., a déclaré ce qui suit:

Ainsi que cette Cour l'a rappelé récemment dans *Tignish Auto Parts Inc. c. Ministre du Revenu national* ((25 juillet 1994), A-555-93, C.A.F. inédit), l'appel devant la Cour canadienne de l'impôt, lorsqu'il s'agit de l'application du sous-alinéa 3(2)(c)(ii), n'est pas un appel au sens strict de ce mot et s'apparente plutôt à une demande de contrôle judiciaire. La cour, en d'autres termes, n'a pas à se demander si la décision du Ministre est la bonne; elle doit plutôt se demander si la décision du Ministre résulte d'un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire. Ce n'est que lorsque la Cour en arrive à la conclusion que le Ministre a fait un usage inapproprié de sa discrétion, que le débat devant elle se transforme en un appel «de novo» et que la Cour est habilitée à décider si, compte tenu de toutes les circonstances, un contrat de travail à peu près semblable aurait été conclu entre l'employeur et l'employé s'ils n'avaient pas eu un lien de dépendance<sup>18</sup>.

[33] L'article 70 confère le droit d'interjeter appel devant la Cour de l'impôt de toute décision rendue par le ministre en vertu de l'article 61, y compris de toute décision rendue en vertu du sous-alinéa 3(2)(c)(ii). La compétence que possède la Cour de l'impôt de contrôler la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)(c)(ii) est circonscrite parce que le législateur fédéral, par le libellé de cette disposition, voulait de toute évidence conférer au ministre le pouvoir discrétionnaire de rendre de telles décisions. Les mots «si le ministre du Revenu national est convaincu» que l'on trouve au sous-alinéa 3(2)(c)(ii) confèrent au

trative discretion to make the type of decision contemplated by the subparagraph. Because it is a decision made pursuant to a discretionary power, as opposed to a quasi-judicial decision, it follows that the Tax Court must show judicial deference to the Minister's determination when he exercises that power. Thus, when Décary J.A. stated in *Ferme Émile*, *supra*, that such an appeal to the Tax Court "more closely resembles an application for judicial review", he merely intended, in my respectful view, to emphasize that judicial deference must be accorded to a determination by the Minister under this provision unless and until the Tax Court finds that the Minister has exercised his discretion in a manner contrary to law.

[34] If the Minister's power to deem "related persons" to be at arm's length for the purposes of the UI Act is discretionary, why, one might ask, does the right of appeal to the Tax Court under section 70 apply to subparagraph 3(2)(c)(ii) at all? The answer is that even discretionary powers are subject to review to ensure that they are exercised in a judicial manner or, in other words, in a manner consistent with the law. It is a necessary incident of the rule of law that all powers granted by Parliament are of an inherently limited nature. In *D. R. Fraser and Co., Ld. v. Minister of National Revenue*, Lord Macmillan summarized the legal principles which ought to govern such review. He stated:

The criteria by which the exercise of a statutory discretion must be judged have been defined in many authoritative cases, and it is well settled that if the discretion has been exercised bona fide, uninfluenced by irrelevant considerations and not arbitrarily or illegally, no court is entitled to interfere even if the court, had the discretion been theirs, might have exercised it otherwise.<sup>19</sup>

[35] Lord Macmillan's comments were quoted with approval by Abbott J. of the Supreme Court in *Boulis*

ministre la compétence pour exercer le pouvoir discrétionnaire administratif de rendre le type de décision visé par ce sous-alinéa. Comme il s'agit d'une décision rendue en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, par opposition à une décision quasi-judiciaire, il s'ensuit que la Cour de l'impôt doit faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la décision du ministre lorsque celui-ci exerce ce pouvoir. Ainsi, lorsque le juge Décary, J.C.A., déclare dans l'arrêt *Ferme Émile*, précité, que ce type d'appel interjeté devant la Cour de l'impôt «s'apparente plutôt à une demande de contrôle judiciaire», il voulait simplement souligner, à mon humble avis, qu'on doit faire preuve de retenue judiciaire envers les décisions que le ministre rend en vertu de cette disposition à moins que la Cour de l'impôt ne conclue que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui est contraire à la loi.

[34] Si le pouvoir qu'a le ministre de présumer que des «personnes liées» n'ont pas de lien de dépendance entre elles pour l'application de la *Loi sur l'assurance-chômage* est un pouvoir discrétionnaire, pourquoi, pourrait-on se demander, le droit d'interjeter appel devant la Cour de l'impôt en vertu de l'article 70 s'applique-t-il au sous-alinéa 3(2)c)(ii)? La réponse est que même l'exercice de pouvoirs discrétionnaires est susceptible d'un contrôle judiciaire pour s'assurer que ces pouvoirs sont exercés d'une manière judiciaire ou, en d'autres termes, qu'ils sont exercés d'une manière qui est compatible avec la loi. Il découle nécessairement du principe de la primauté du droit que tous les pouvoirs conférés par le législateur sont intrinsèquement limités. Dans l'arrêt *D. R. Fraser and Co., Ld. v. Minister of National Revenue*, lord Macmillan a résumé les principes juridiques qui devraient régir un tel contrôle judiciaire. Il a déclaré:

[TRADUCTION] Les critères selon lesquels il faut juger l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par une loi ont été définis dans plusieurs arrêts qui font jurisprudence et il est admis que si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de bonne foi, sans influence d'aucune considération étrangère, ni de façon arbitraire ou illégale, aucune cour n'a le droit d'intervenir, même si cette cour eût peut-être exercé ce pouvoir discrétionnaire autrement s'il lui avait appartenu<sup>19</sup>.

[35] Le juge Abbott, de la Cour suprême, a cité et approuvé les commentaires de lord Macmillan dans

v. *Minister of Manpower and Immigration*.<sup>20</sup> See also *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*<sup>21</sup> and *Canada (Attorney General) v. Purcell*.<sup>22</sup>

[36] Thus, by limiting the first stage of the Tax Court's inquiry to a review of the legality of ministerial determinations under subparagraph 3(2)(c)(ii), this Court has merely applied accepted judicial principles in order to strike the proper balance between the claimant's statutory right to have a determination by the Minister reviewed and the need for judicial deference in recognition of the fact that Parliament has entrusted a discretionary authority under this provision to the Minister.

[37] On the basis of the foregoing, the Deputy Tax Court Judge was justified in interfering with the Minister's determination under subparagraph 3(2)(c)(ii) only if it was established that the Minister exercised his discretion in a manner that was contrary to law. And, as I already said, there are specific grounds for interference implied by the requirement to exercise a discretion judicially. The Tax Court is justified in interfering with the Minister's determination under subparagraph 3(2)(c)(ii)—by proceeding to review the merits of the Minister's determination—where it is established that the Minister: (i) acted in bad faith or for an improper purpose or motive; (ii) failed to take into account all of the relevant circumstances, as expressly required by paragraph 3(2)(c)(ii); or (iii) took into account an irrelevant factor.

[38] In this case, the Deputy Tax Court Judge's stated ground for interference was that the Minister improperly relied upon the assumptions of fact in *Jencan No. 1*; a previous decision of the Tax Court with respect to the worker's employment by the respondent company.

[39] In my respectful view, the previous decision in *Jencan No. 1* was not by itself an "irrelevant factor", as contended for by the respondent. It is necessary to consider how the previous decision was used. The

l'arrêt *Boulis c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*<sup>20</sup>. Voir également les arrêts *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*<sup>21</sup> et *Canada (Procureur général) c. Purcell*<sup>22</sup>.

[36] Ainsi, en limitant la première étape de l'analyse de la Cour de l'impôt à un contrôle de la légalité des décisions rendues par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii), notre Cour a simplement appliqué des principes judiciaires acceptés dans le but de trouver le juste milieu entre le droit que possède le prestataire en vertu de la loi de faire contrôler la décision du ministre et la nécessité de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de celle-ci, compte tenu du fait que le législateur fédéral a conféré un pouvoir discrétionnaire au ministre en vertu de cette disposition.

[37] Compte tenu de ce qui précède, le juge suppléant de la Cour de l'impôt n'était justifié d'intervenir dans la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) que s'il était établi que le ministre avait exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui était contraire à la loi. Et, comme je l'ai déjà dit, l'obligation d'exercer un pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire implique l'existence de motifs d'intervention spécifiques. La Cour de l'impôt est justifiée de modifier la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii)—en examinant le bien-fondé de cette dernière—lorsqu'il est établi, selon le cas, que le ministre: (i) a agi de mauvaise foi ou dans un but ou un mobile illicites; (ii) n'a pas tenu compte de toutes les circonstances pertinentes, comme l'exige expressément le sous-alinéa 3(2)c)(ii); (iii) a tenu compte d'un facteur non pertinent.

[38] En l'espèce, le motif d'intervention invoqué par le juge suppléant de la Cour de l'impôt était que le ministre s'était fondé à tort sur les hypothèses de fait retenues dans la décision *Jencan n° 1*, un jugement antérieur de la Cour de l'impôt portant sur l'emploi exercé par le salarié auprès de la société intimée.

[39] À mon humble avis, la décision précédente qui avait été rendue dans l'affaire *Jencan n° 1* ne constituait pas en soi un «facteur non pertinent», contrairement à ce que prétend l'intimée. Il faut examiner

Minister did not attempt to rely on the decision in *Jencan No. 1* as a “binding precedent” to dispense with the respondent’s application for a determination. Relying upon what he thought was a confirmation by the respondent that nothing had changed in the terms and conditions of the worker’s employment since the previous determination upheld by the Tax Court in *Jencan No. 1*, the Minister simply adopted the assumptions of fact from the previous determination. It was not unreasonable for the Minister’s representative, when dealing with another request for a determination with respect to the same worker and payor corporation, to rely upon the assumptions of fact from the previous determination as the starting point for his examination of the facts.

[40] If the Minister’s representative erred in this case, it was in relying exclusively upon the assumptions of fact from *Jencan No. 1* without obtaining reliable confirmation that the facts were indeed the same. When the Minister’s representative contacted Blaine Jenkins and asked him about the terms and conditions of the worker’s employment, Mr. Jenkins responded that they were “basically the same as previous years”. Having received such an equivocal and ambiguous response, the Minister’s representative ought to have questioned Mr. Jenkins further to determine whether the worker’s terms and conditions of employment were, in fact, the same as in the periods which were the subject of the previous determination and, if not, how and to what extent they had changed. I agree with the Deputy Tax Court Judge that, when a determination is appealed pursuant to section 70, the Tax Court judge must review the legality of the Minister’s determination based upon the facts as particularly established before him or her at trial. Subsection 71(1) of the UI Act makes this clear by providing that the Tax Court has the authority to decide any question of fact or law necessary to dispose of the appeal. As stated by Desjardins J.A. in *Desroches v. Minister of National Revenue*:

comment la décision précédente a été utilisée. Le ministre n’a pas essayé de se fonder sur le jugement *Jencan n° 1* en tant que décision par laquelle il était lié pour ne pas tenir compte de la demande présentée par l’intimée en vue d’obtenir une décision. Se fondant sur ce qu’il croyait être une confirmation par l’intimée que les modalités d’emploi du salarié n’avaient pas changé depuis la décision précédente confirmée par la Cour de l’impôt dans le jugement *Jencan n° 1*, le ministre a simplement retenu les hypothèses de fait formulées dans la décision précédente. Il n’était pas déraisonnable de la part du représentant du ministre, lorsqu’il examinait une autre demande de décision concernant le même salarié et le même payeur, de se fonder sur les hypothèses de fait formulées dans la décision précédente comme point de départ pour son examen des faits.

[40] Si le représentant du ministre a commis une erreur en l’espèce, c’est en se fondant exclusivement sur les hypothèses de fait retenues dans le jugement *Jencan n° 1* sans obtenir de confirmation fiable que les faits étaient effectivement identiques. Lorsque le représentant du ministre a communiqué avec Blaine Jenkins et lui a posé des questions au sujet des modalités d’emploi du salarié, M. Jenkins lui a répondu qu’elles étaient «essentiellement les mêmes que celles qui s’appliquaient au cours des années précédentes». Ayant obtenu une réponse aussi équivoque et ambiguë, le représentant du ministre aurait dû interroger davantage M. Jenkins pour décider si les modalités d’emploi du salarié étaient effectivement les mêmes que celles qui s’appliquaient au cours des périodes visées par la décision précédente et, dans la négative, comment et dans quelle mesure elles avaient changé. Je suis d’accord avec le juge suppléant de la Cour de l’impôt pour dire que, lorsqu’une décision fait l’objet d’un appel en vertu de l’article 70, le juge de la Cour de l’impôt doit contrôler la légalité de la décision du ministre en fonction des faits, tels qu’ils sont établis devant lui au procès. Le paragraphe 71(1) de la *Loi sur l’assurance-chômage* le précise bien en déclarant que la Cour de l’impôt a le pouvoir de décider toute question de fait ou de droit qu’il est nécessaire de décider pour statuer sur l’appel. Ainsi que le juge Desjardins l’a déclaré dans l’arrêt *Desroches c. Ministre du Revenu national*:

. . . in the final analysis, as this Court held in **Attorney General of Canada v. Jacques Doucet** (June 21, 1993, A-1487-92 (F.C.A.), at p. 6), it is the Minister's determination which is at issue, namely that the employment was not insurable because the applicant and the payor were not bound by a contract of service. The function of the Tax Court of Canada judge extended to considering the record and the evidence in its entirety. Accordingly Marceau, J.A., speaking for the court, said the following in **Doucet**:

“The judge had the power and duty to consider any point of fact or law that had to be decided in order for him to rule on the validity of that determination. This is assumed by s. 70(2) of the Act and s. 71(1) of the Act so provides immediately afterwards . . .” [Emphasis added.]<sup>23</sup>

[41] An important point needs to be made here. While all interested parties, including the worker and the respondent, are given the opportunity to make submissions to a Revenue Canada appeals officer prior to a determination by the Minister under subsection 61(3) of the UI Act, there is no opportunity to respond to the evidence collected by the appeals officer or to make submissions directly to the Minister prior to his determination. It was, presumably, in recognition of this fact that Parliament provided claimants with an appeal as of right from a determination by the Minister under section 70. On appeal, the facts relied upon by the Minister in making his determination are treated as assumptions, or allegations, of fact. Although the claimant, who is the party appealing the Minister's determination, has the burden of proving its case,<sup>24</sup> this Court has held unequivocally that the claimant is entitled to bring new evidence at the Tax Court hearing to challenge the assumptions of fact relied upon by the Minister.<sup>25</sup>

[42] Thus, while the Tax Court must exhibit judicial deference with respect to a determination by the Minister under subparagraph 3(2)(c)(ii)—by restricting the threshold inquiry to a review of the legality of the Minister's determination—this judicial deference does not extend to the Minister's findings of fact. To say that the Deputy Tax Court Judge is not limited to the facts as relied upon by the Minister in making his

En dernière analyse . . . comme l'a affirmé notre Cour dans **Le Procureur général du Canada c. Jacques Doucet** (21 juin 1993, A-1487-92 (C.A.F.) à la p. 6.), c'est la détermination du ministre qui est en cause, à savoir que l'emploi n'était pas assurable parce que la requérante et le payeur n'étaient pas liés par un contrat de louage de services. Le rôle du juge de la Cour canadienne de l'impôt s'étend à l'étude du dossier et à la preuve en son entier. Ainsi, le juge Marceau, au nom de la cour s'est-il exprimé ainsi dans l'affaire **Doucet**:

« . . . Le juge avait le pouvoir et le devoir d'examiner toute question de fait ou de droit qu'il était nécessaire de décider pour se prononcer sur la validité de cette détermination. Ainsi le présuppose le paragraphe 70(2) de la Loi et le prévoit, dès après le paragraphe 71(1) de la Loi qui le suit . . . » [Mots non soulignés dans l'original<sup>23</sup>]

[41] Une remarque s'impose. Bien que tous les intéressés, y compris le salarié et l'intimée, aient la possibilité de faire valoir leur point de vue devant un agent des appels de Revenu Canada avant que le ministre ne rende sa décision en vertu du paragraphe 61(3) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, il ne leur est pas loisible de répondre aux éléments de preuve recueillis par l'agent des appels ou de faire valoir leur point de vue directement devant le ministre avant que celui-ci ne rende sa décision. C'est vraisemblablement la raison pour laquelle le législateur a accordé aux prestataires le droit d'interjeter appel de plein droit de la décision du ministre en vertu de l'article 70. En appel, les faits sur lesquels le ministre s'est fondé pour rendre sa décision sont considérés comme des hypothèses ou des allégations de fait. Bien qu'il incombe au prestataire, qui est la partie qui interjette appel de la décision du ministre, de faire la preuve de ce qu'il avance<sup>24</sup>, notre Cour a affirmé dans les termes les plus nets que le prestataire a le droit de présenter de nouveaux éléments de preuve lors de l'audience de la Cour de l'impôt pour contester les hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'est fondé<sup>25</sup>.

[42] Ainsi, bien que la Cour de l'impôt doive faire preuve de retenue judiciaire à l'égard des décisions que le ministre rend en vertu du sous-alinéa 3(2)(c)(ii)—en limitant son analyse préliminaire à un contrôle de la légalité de la décision du ministre—cette retenue judiciaire ne s'applique pas aux conclusions de fait tirées par le ministre. En affirmant que le juge suppléant de la Cour de l'impôt n'est pas limité

determination is not to betray the intention of Parliament in vesting a discretionary power in the Minister.<sup>26</sup> In assessing the manner in which the Minister has exercised his statutory discretion, the Tax Court may have regard to the facts that have come to its attention during the hearing of the appeal. As Desjardins J.A. stated in *Tignish*:

... the court is entitled to examine the facts which are shown by evidence to have been before the Minister when he reached his conclusion so as to determine if these facts are proven. But, if there is sufficient material to support the Minister's conclusion, the court is not at liberty to overrule it merely because it would have come to a different conclusion.<sup>27</sup>

[43] Subparagraph 3(2)(c)(ii) specifies that, in determining whether the worker and the respondent would have entered into a substantially similar contract of service if they had been at arm's length, the Minister must consider "all the circumstances of the employment", including: the remuneration paid to the worker; the terms and conditions of the employment; the duration of the employment; and the nature and importance of the work performed. In this case, the Deputy Tax Court Judge found that the respondent had disproved at least two of the assumptions of fact relied upon by the Minister with respect to the worker's terms and conditions of employment.

[44] The Deputy Tax Court Judge found that the evidence at trial disproved the Minister's allegation that the worker consistently received the same number of overtime hours in order to guarantee a static pay cheque. See allegation i) above. During the periods of employment that were the subject of review in *Jencan No. 1*, this assumption was found to be true.<sup>28</sup> But, in the present appeal, the evidence established that the worker's overtime hours during the period in question ranged from a weekly low of four hours to a weekly high of 10.67 hours.

[45] The Deputy Tax Court Judge also rejected the Minister's assumption that the worker had only worked the minimum number of weeks required in order to qualify for UI benefits. See allegation j)

aux faits sur lesquels le ministre se fonde pour rendre sa décision, on ne trahit pas l'intention qu'avait le législateur fédéral en conférant un pouvoir discrétionnaire au ministre<sup>26</sup>. Pour évaluer la façon dont le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire, la Cour de l'impôt peut tenir compte des faits qui ont été portés à son attention au cours de l'audition de l'appel. Ainsi que le juge Desjardins, J.C.A., l'a déclaré dans l'arrêt *Tignish*:

... la Cour a le droit d'examiner les faits qui, selon la preuve, se trouvaient devant le ministre quand il est arrivé à sa conclusion, pour décider si ces faits sont prouvés. Mais s'il y a suffisamment d'éléments pour appuyer la conclusion du ministre, la Cour n'a pas toute latitude pour l'infirmier simplement parce qu'elle serait arrivée à une conclusion différente<sup>27</sup>.

[43] Le sous-alinéa 3(2)c)(ii) précise que, pour décider si le salarié et l'intimée auraient conclu entre eux un contrat louage de services à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu un lien de dépendance, le ministre doit tenir compte «de toutes les circonstances», notamment la rétribution versée au salarié, les modalités d'emploi, ainsi que la durée, la nature et l'importance du travail accompli. En l'espèce, le juge suppléant de la Cour de l'impôt a conclu que l'intimée avait réfuté au moins deux des hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'était fondé au sujet des modalités d'emploi du salarié.

[44] Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a conclu que la preuve soumise au procès réfutait l'allégation du ministre suivant laquelle le salarié était toujours appelé à faire le même nombre d'heures supplémentaires pour garantir que le montant de son chèque de paye soit toujours le même (voir l'allégation i) précitée). Cette hypothèse a été confirmée pour les périodes d'emploi en cause dans l'affaire *Jencan n° 1*<sup>28</sup>. Mais, dans le présent appel, il ressort de la preuve que le nombre d'heures supplémentaires que le salarié a effectuées au cours de la période en question variait de quatre heures à 10,67 heures par semaine.

[45] Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a également écarté l'hypothèse du ministre selon laquelle le salarié n'avait travaillé que le nombre minimal de semaines requises pour être admissible à

above. Again, in *Jencan No. 1*, this assumption was true. For the relevant period, however, the evidence left no question that this assumption was false. The worker had worked a total of 19 weeks during the period in question; well in excess of the minimum of 10 weeks required at that time in order to qualify for UI benefits in New Brunswick.

[46] The applicant, however, contends that the Minister relied upon the assumptions of fact from *Jencan No. 1* because of the representation by Blaine Jenkins, the respondent's main shareholder, that the worker's terms and conditions of employment were "basically the same" as in previous years. Because of this representation, the applicant submits that the respondent should not have been allowed to challenge the assumptions of fact at trial.

[47] The applicant's argument, although he does not frame it as such, is one of estoppel. The doctrine of estoppel has been adopted by this Court as: "a disability whereby a party is precluded from alleging or proving in legal proceedings that a fact is otherwise than it has been made to appear by the matter giving rise to that disability."<sup>29</sup> The specific type of estoppel at issue in this case is "estoppel by representation", which has been defined in the following terms:

Where a person has by words or conduct made to another a clear and unequivocal representation of fact, either with knowledge of its falsehood or with the intention that it should be acted upon, or has so conducted himself that another would, as a reasonable man, understand that a certain representation of fact was intended to be acted on, and that the other has acted on the representation and thereby altered his position to his prejudice, an estoppel arises against the party who made the representation, and he is not allowed to aver that the fact is otherwise than he represented it to be.<sup>30</sup>

[48] As this Court has noted in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*,<sup>31</sup> according to the above definition, the following elements must be present before the doctrine of estoppel by representation can be applied:

des prestations d'assurance-chômage (voir l'allégation j) précitée). Là encore, dans l'affaire *Jencan n° 1*, cette hypothèse a été confirmée. Toutefois, pour la période en cause, il ressort à l'évidence de la preuve que cette hypothèse est fausse. Le salarié avait travaillé en tout 19 semaines au cours de la période en question, ce qui dépasse largement les dix semaines minimales exigées pour être admissible à des prestations d'assurance-chômage au Nouveau-Brunswick.

[46] Le requérant soutient toutefois que le ministre s'est fondé sur les hypothèses de fait tirées de l'affaire *Jencan n° 1* à cause de l'affirmation de Blaine Jenkins, le principal actionnaire de l'intimée, suivant laquelle les modalités d'emploi du salarié étaient «essentiellement les mêmes» que celles qui s'appliquaient au cours des années précédentes. Le requérant soutient qu'à cause de cette affirmation, l'intimée n'aurait pas dû être autorisée à contester les hypothèses de fait au procès.

[47] Le moyen que le requérant fait valoir constitue une fin de non-recevoir, même s'il ne le formule pas ainsi. Notre Cour a adopté la définition suivante de la fin de non-recevoir: «[TRADUCTION] une incapacité empêchant une partie d'alléguer ou de prouver dans une action judiciaire qu'un fait n'est pas ce que laisse supposer la question donnant lieu à cette incapacité»<sup>29</sup>. La fin de non-recevoir en litige en l'espèce est une «fin de non-recevoir fondée sur une assertion», laquelle a été définie dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Lorsqu'une personne a, par ses paroles ou son comportement, fait à une autre une assertion claire et sans équivoque concernant un fait, ou bien en sachant qu'elle était fausse ou en voulant qu'on y donne suite, ou s'est comportée de façon à amener l'autre, en tant que personne raisonnable, à comprendre qu'on devait donner suite à une certaine assertion concernant un fait, ce que l'autre a fait en modifiant sa position à son détriment, il y a lieu à fin de non-recevoir contre la partie qui a fait l'assertion, et elle n'est pas autorisée à affirmer que le fait est autre que ce qui a été présenté<sup>30</sup>.

[48] Ainsi que notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder*<sup>31</sup>, selon la définition qui précède, pour que la théorie de la fin de non-recevoir fondée sur une assertion s'applique, les éléments suivants doivent être réunis:

- a representation of fact made with the intention that it be acted upon or that a reasonable person would assume that it was intended to be acted upon;
- une assertion concernant un fait faite avec l'intention qu'on y donne suite ou qu'une personne raisonnable présume qu'on devait y donner suite;
- that the representee acted upon the representation;
- celui que visait l'assertion y a donné suite;
- that the representee altered his position in reliance upon the representation and thereby suffered a prejudice.
- celui que visait l'assertion a modifié sa position par suite de l'assertion et a par là subi un préjudice.

[49] I am of the view that, in an appropriate case, the Minister may rely upon the doctrine of estoppel by representation where a claimant induces the Minister to rely on a state of affairs which no longer exists, thereby causing the Minister to make a determination based on inaccurate information. But, in this case, the preconditions for application of the doctrine of estoppel by representation have not been made out. The evidence does not support a finding that the respondent, by the representations of its managers, intended to induce the Minister to adopt the assumptions of fact from *Jencan No. 1* as the basis for his determination for the period in question. Given that the Minister's determination in *Jencan No. 1* was unfavourable to the respondent and the worker, it would make little sense for them to have attempted to induce the Minister to rely upon the assumptions of fact which grounded that determination. Moreover, Blaine Jenkins' statement that the worker's terms and conditions of employment were "basically the same as previous years" is too equivocal and ambiguous to support such an inference.

[49] Je suis d'avis que, lorsque les conditions applicables sont réunies, le ministre peut invoquer la théorie de la fin de non-recevoir fondée sur une assertion lorsqu'un prestataire amène le ministre à se fier à un état de fait qui n'existe plus et à rendre ainsi une décision fondée sur des renseignements inexacts. Mais, dans le cas qui nous occupe, les conditions préalables à l'application de la théorie de la fin de non-recevoir fondée sur une assertion ne sont pas réunies. La preuve ne permet pas de conclure que, par les assertions de ses dirigeants, l'intimée voulait amener le ministre à se fonder sur les hypothèses de fait retenues dans le jugement *Jencan n° 1* pour rendre sa décision pour la période en question. Compte tenu du fait que la décision rendue par le ministre dans l'affaire *Jencan n° 1* était défavorable à l'intimée et au salarié, il ne serait pas logique que ceux-ci essaient d'amener le ministre à se fonder sur les hypothèses de fait sur lesquelles reposait cette décision. Qui plus est, l'affirmation de Blaine Jenkins selon laquelle les modalités d'emploi du salarié étaient «essentiellement les mêmes que celles qui s'appliquaient au cours des années précédentes» est trop équivoque et ambiguë pour justifier une telle inférence.

[50] The Deputy Tax Court Judge, however, erred in law in concluding that, because some of the assumptions of fact relied upon by the Minister had been disproved at trial, he was automatically entitled to review the merits of the determination made by the Minister. Having found that certain assumptions relied upon by the Minister were disproved at trial, the Deputy Tax Court Judge should have then asked whether the remaining facts which were proved at trial were sufficient in law to support the Minister's determination that the parties would not have entered into a substantially similar contract of service if they had been at arm's length. If there is sufficient material to support the Minister's determination, the Deputy Tax Court Judge is not at liberty to overrule the

[50] Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a toutefois commis une erreur de droit en concluant que, parce que certaines des hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'était fondé avaient été réfutées au procès, il avait automatiquement le droit de contrôler le bien-fondé de la décision du ministre. Ayant conclu que certaines des hypothèses de fait sur lesquelles le ministre s'était fondé avaient été réfutées au procès, le juge suppléant de la Cour de l'impôt aurait dû se demander si les autres faits qui avaient été établis au procès étaient suffisants en droit pour justifier la conclusion du ministre suivant laquelle les parties n'auraient pas conclu un contrat de louage de services à peu près semblable si elles n'avaient pas eu un lien de dépendance. S'il existe suffisamment d'éléments



Minister merely because one or more of the Minister's assumptions were disproved at trial and the judge would have come to a different conclusion on the balance of probabilities. In other words, it is only where the Minister's determination lacks a reasonable evidentiary foundation that the Tax Court's intervention is warranted.<sup>32</sup> An assumption of fact that is disproved at trial may, but does not necessarily, constitute a defect which renders a determination by the Minister contrary to law. It will depend on the strength or weakness of the remaining evidence. The Tax Court must, therefore, go one step further and ask itself whether, without the assumptions of fact which have been disproved, there is sufficient evidence remaining to support the determination made by the Minister. If that question is answered in the affirmative, the inquiry ends. But, if answered in the negative, the determination is contrary to law, and only then is the Tax Court justified in engaging in its own assessment of the balance of probabilities. Hugessen J.A. made this point most recently in *Hébert, supra*. At paragraph 5 of his reasons for judgment, he stated:

In every appeal under section 70 the Minister's findings of fact, or "assumptions", will be set out in detail in the reply to the Notice of Appeal. If the Tax Court judge, who, unlike the Minister, is in a privileged position to assess the credibility of the witnesses she has seen and heard, comes to the conclusion that some or all of those assumptions of fact were wrong, she will then be required to determine whether the Minister could legally have concluded as he did on the facts that have been proven. That is clearly what happened here and we are quite unable to say that either the judge's findings of fact or the conclusion that the Minister's determination was not supportable, were wrong. [Emphasis added.]

[51] The Deputy Tax Court Judge erred in law in failing to determine whether the Minister could have legally concluded as he did on the facts as proved before him. Consequently, he was not in a position at law to come to his own conclusion on the balance of probabilities. In short, by reviewing the merits of the determination without first concluding that the Minis-

pour justifier la décision du ministre, il n'est pas loisible au juge suppléant de la Cour de l'impôt d'infirmer la décision du ministre du simple fait qu'une ou plusieurs des hypothèses du ministre ont été réfutées au procès et que le juge serait arrivé à une conclusion différente selon la balance des probabilités. En d'autres termes, ce n'est que lorsque la décision du ministre n'est pas raisonnablement fondée sur la preuve que l'intervention de la Cour de l'impôt est justifiée<sup>32</sup>. Une hypothèse de fait qui est réfutée au procès peut, mais pas nécessairement, constituer un vice qui fait que la décision du ministre est contraire à la loi. Tout dépend de la force ou de la faiblesse des autres éléments de preuve. La Cour de l'impôt doit donc aller plus loin et se demander si, sans les hypothèses de fait qui ont été réfutées, il reste suffisamment d'éléments de preuve pour justifier la décision du ministre. Si la réponse à cette question est affirmative, l'enquête est close. Mais, si la réponse est négative, la décision est alors contraire à la loi et ce n'est qu'alors que la Cour de l'impôt est justifiée de procéder à sa propre appréciation de la balance des probabilités. Le juge Hugessen, J.C.A., l'a expliqué tout récemment dans l'arrêt *Hébert*, précité. Au paragraphe 5 de ses motifs du jugement, il déclare en effet:

Dans tout appel interjeté en vertu de l'article 70, les conclusions de fait du ministre, ou ses «présuppositions», seront énoncées en détail dans la réponse à l'avis d'appel. Si le juge de la Cour de l'impôt qui, contrairement au ministre, se trouve dans une situation privilégiée pour apprécier la crédibilité des témoins qu'elle a vus et entendus, parvient à la conclusion que certaines ou la totalité de ces présuppositions de fait étaient erronées, elle devra déterminer si le ministre pouvait légalement tirer la conclusion qu'il a tirée en se fondant sur les faits établis en preuve. C'est manifestement ce qui s'est produit en l'espèce et nous ne sommes vraiment pas en mesure de déclarer que les conclusions de fait du juge ou sa conclusion portant que la décision du ministre pouvait se justifier étaient erronées. [Mots non soulignés dans l'original.]

[51] Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur en ne décidant pas si le ministre pouvait légalement tirer la conclusion qu'il a tirée en se fondant sur les faits établis en preuve devant lui. En conséquence, il n'était pas légalement en mesure de tirer ses propres conclusions selon la balance des probabilités. Bref, en statuant sur le bien-fondé de la

ter exercised his discretion in a manner that was contrary to law, the Deputy Tax Court Judge failed to exhibit the degree of judicial deference required when reviewing ministerial determinations under subparagraph 3(2)(c)(ii).

[52] In reaching this conclusion, I am not unmindful of the fact that the Deputy Tax Court Judge found two of the assumptions which supported the Minister's determination to have been disproved at trial. However, having found that the Deputy Tax Court Judge failed to determine whether or not there remained sufficient evidence to support the Minister's determination, it is not for us to decide this question on an application for judicial review since we do not have the authority, statutory or otherwise, to substitute our own assessment of the evidence for that of the Deputy Tax Court Judge.

[53] This Court's powers on an application for judicial review are set out in subsection 18.1(3) of the *Federal Court Act*,<sup>33</sup> which applies to this Court by virtue of subsection 28(2).<sup>34</sup> Subsection 18.1(3) states that, on an application for judicial review, the 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.

[54] Subsection 18.1(3) does not vest this Court with the jurisdiction to make the decision that the Deputy Tax Court Judge ought to have made. Rather, the matter must be referred back for redetermination. See *Nuttall v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*;<sup>35</sup> *Thibaudeau v. M.N.R.*;<sup>36</sup> and *Chan v. Minister of Employment and Immigration*.<sup>37</sup> While this Court may refer the matter back with specific directions as to disposition, this approach must be limited

décision du ministre sans d'abord conclure que celui-ci avait exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui était contraire à la loi, le juge suppléant de la Cour de l'impôt n'a pas fait preuve du degré de retenue judiciaire exigé lorsqu'il contrôle une décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii).

[52] Pour en venir à cette conclusion, je n'oublie pas que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a conclu que deux des hypothèses sur lesquelles la décision du ministre reposait avaient été réfutées au procès. Toutefois, comme nous avons conclu que le juge suppléant de la Cour de l'impôt n'a pas décidé si les autres éléments de preuve étaient suffisants pour justifier la décision du ministre, il ne nous appartient pas de trancher cette question dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, étant donné que nous n'avons pas le pouvoir, de par la loi ou autrement, de substituer notre propre appréciation de la preuve à celle du juge suppléant de la Cour de l'impôt.

[53] Les pouvoirs qui sont conférés à notre Cour lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire sont énoncés au paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>33</sup>, lequel s'applique à notre Cour par application du paragraphe 28(2).<sup>34</sup> Le paragraphe 18.1(3) dispose que, saisie 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.

[54] Le paragraphe 18.1(3) ne confère pas à notre Cour le pouvoir de rendre la décision que le juge suppléant de la Cour de l'impôt aurait dû rendre. Elle doit plutôt lui renvoyer l'affaire pour qu'elle rende une nouvelle décision (voir les décisions *Nuttall c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*;<sup>35</sup> *Thibaudeau c. M.R.N.*;<sup>36</sup> et *Chan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*;<sup>37</sup>). Bien qu'elle puisse renvoyer l'affaire avec des instructions précises quant à la décision à

to the most straightforward of cases. In *Xie v. Minister of Employment and Immigration*, Rothstein J. stated:

While the court does have jurisdiction to refer a matter back for redetermination in accordance with such directions as it considers appropriate, it seems to me that the court should only issue directions to a tribunal in the nature of a directed verdict, where the case is straightforward and the decision of the court on the judicial review would be dispositive of the matter before the tribunal. While such cases undoubtedly will arise, as a general rule, the court should leave to tribunals, with their expertise in the matters over which they have jurisdiction, the right to make decisions on the merits based on the evidence before them.<sup>38</sup>

[55] This is not a case where the evidence on record is so clear that the only possible conclusion is that the worker and the respondent should be deemed to be at arm's length, or where the sole issue to be decided is a pure question of law which will be dispositive of the case. Sitting in judicial review, I am unable to say that the Minister's determination under subparagraph 3(2)(c)(ii) that the worker and the respondent would not have entered into a substantially similar contract of service was, or was not, supportable on the evidence before the Deputy Tax Court Judge. This is a question that the Deputy Tax Court Judge ought to have answered when he found that some of the Minister's assumptions of fact had been disproved by the evidence. Accordingly, I would allow the application for judicial review, set aside the decision of the Deputy Tax Court Judge, and I would refer the matter back to the Tax Court of Canada for a new hearing before a different judge in a manner consistent with these reasons.

STONE J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. U-1, as amended the (UI Act).

<sup>2</sup> See examination-in-chief of Blaine Jenkins, transcript of proceedings before Cuddihy D.J.T.C.C., dated 24 May 1996,

rendre, la Cour ne peut le faire que dans les cas les plus clairs. Dans le jugement *Xie c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, le juge Rothstein a déclaré:

Bien que la Cour soit compétente pour renvoyer une affaire afin qu'elle soit examinée de nouveau conformément aux directives qu'elle juge à propos, il me semble que la Cour ne devrait donner à un tribunal des directives de la nature d'un verdict commandé que lorsque l'affaire est simple et que la décision de la Cour relativement au contrôle judiciaire réglerait l'affaire dont le tribunal est saisi. Bien que, en règle générale, de tels cas se produiront certainement, la Cour devrait laisser aux tribunaux, avec leur expertise dans les questions à l'égard desquelles ils sont compétents, le droit de prendre des décisions sur le fond d'après les éléments de preuve qui leur ont été présentés<sup>38</sup>.

[55] Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle la preuve versée au dossier est tellement claire que la seule conclusion possible est que le salarié et l'intimée sont réputés ne pas avoir entre eux de lien de dépendance, ni d'une affaire dans laquelle la seule question à trancher est une pure question de droit dont la solution aura pour effet de régler l'affaire. Saisi de la présente demande de contrôle judiciaire, je ne suis pas en mesure de dire si la preuve soumise au juge suppléant de la Cour de l'impôt justifiait ou non la décision par laquelle le ministre avait conclu, en vertu du sous-alinéa 3(2)(c)(ii), que le salarié et l'intimée n'auraient pas conclu un contrat de louage de services à peu près semblable. C'est une question à laquelle le juge suppléant de la Cour de l'impôt aurait dû répondre lorsqu'il a conclu que certaines des hypothèses de fait du ministre étaient réfutées par la preuve. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir la demande de contrôle judiciaire, d'annuler la décision du juge suppléant de la Cour de l'impôt et de renvoyer l'affaire à la Cour canadienne de l'impôt pour qu'elle tienne une nouvelle audience devant un juge différent en conformité avec les présents motifs.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je suis du même avis.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je suis du même avis.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. U-1, modifiée (la *Loi sur l'assurance-chômage*).

<sup>2</sup> Voir l'interrogatoire principal de M. Blaine Jenkins, notes sténographiques de l'audience du 24 mai 1996 qui

at pp. 22-23.

<sup>3</sup> [1995] T.C.J. No. 1142 (QL), 30 August 1995 (T.C.C.), at para. 8.

<sup>4</sup> S. 61(3) of the UI Act reads:

61. . . .

(3) Where there arises in relation to a claim for benefit under this Act any question concerning

- (a) whether a person is or was employed in insurable employment,
- (b) whether a person is the employer of an insured person,
- (c) the length of a person's insurable employment, or
- (d) the amount of a person's insurable earnings from employment,

an application to the Minister for determination of the question may be made by the Commission at any time and by that person or the employer or purported employer of that person within ninety days after being notified of the decision of the Commission.

<sup>5</sup> See Revenue Canada. *Information Circular 73-29R2*, dated 16 October 1995, entitled "Appeal Procedures: Canada Pension Plan and Unemployment Insurance Act".

<sup>6</sup> See cross-examination of Blaine Jenkins, transcript of proceedings before Cuddihy D.J.T.C.C., dated 24 May 1996, at pp. 67-68:

Q: You testified earlier about speaking with Revenue Canada about this period, the period of . . . July '94 to January '95. And do you recall if the Revenue Canada official asked you whether or not the terms and conditions of Mr. Jenkins' employment were the same?

A: I believe they did ask, yes.

Q: What was your answer?

A: I think it was . . . my reply was I believe basically the same as previous years.

<sup>7</sup> [1996] T.C.J. No. 663 (QL), at para. 3.

<sup>8</sup> R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, as amended.

<sup>9</sup> *Supra*, note 7, at para. 20.

<sup>10</sup> (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 1 (F.C.A.) (*Tignish*).

<sup>11</sup> *Supra*, note 7, at paras. 28-29.

<sup>12</sup> [1997] 2 F.C. 545 (C.A.).

<sup>13</sup> *Supra*, note 7, at para. 23.

<sup>14</sup> See e.g., *Canada (Attorney General) v. Charbonneau* (1996), 41 C.C.L.I. (2d) 297 (F.C.A.).

<sup>15</sup> See *Hébert v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1997] F.C.J. No. 512 (C.A.) (QL).

<sup>16</sup> *Supra*, note 7, at para. 29.

<sup>17</sup> *Tignish*, *supra*, note 10, at pp. 8-9.

<sup>18</sup> (1994), 178 N.R. 361 (F.C.A.), at pp. 362-363.

s'est déroulée devant le juge suppléant Cuddihy de la Cour canadienne de l'impôt, aux p. 22 et 23.

<sup>3</sup> [1995] T.C.J. n° 1142 (QL), 30 août 1995 (C.C.I.), au par. 8.

<sup>4</sup> L'art. 61(3) de la Loi porte:

61. . . .

(3) Dans le cas d'une demande de prestations faite en vertu de la présente loi, la Commission peut demander au ministre de déterminer les points suivants:

- a) le fait qu'il y a ou qu'il y a eu exercice d'un emploi assurable;
- b) le fait d'être l'employeur d'un assuré;
- c) la durée d'un emploi assurable;
- d) la rémunération assurable retirée d'un emploi.

L'employé en cause, ou l'employeur—effectif ou présenté comme tel—de celui-ci, peut aussi, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date où la décision de la Commission lui a été notifiée, présenter les mêmes demandes au ministre.

<sup>5</sup> Voir la *Circulaire d'information 73-29R2* publiée le 16 octobre 1995 par Revenu Canada et intitulée «Procédure d'appel: le Régime de pensions du Canada et la Loi sur l'assurance-chômage».

<sup>6</sup> Voir le contre-interrogatoire de Blaine Jenkins, procès-verbal de l'audience qui s'est déroulée le 24 mai 1996 devant le juge suppléant Cuddihy de la Cour canadienne de l'impôt, aux p. 67 et 68:

[TRADUCTION]

Q. Vous avez déjà déclaré dans votre témoignage que vous aviez parlé avec Revenu Canada de cette période, la période de . . . juillet 1994 à janvier 1995. Vous souvenez-vous si le fonctionnaire de Revenu Canada vous a demandé si les modalités d'emploi de M. Jenkins étaient les mêmes?

R. Je crois qu'il me l'a effectivement demandé.

Q. Qu'est-ce que vous avez répondu?

R. Je crois que j'ai répondu qu'elles étaient essentiellement les mêmes que celles qui s'appliquaient au cours des années précédentes.

<sup>7</sup> [1996] A.C.I. n° 663 (QL), au par. 3.

<sup>8</sup> L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, modifiée.

<sup>9</sup> Précité, note 7, au par. 20.

<sup>10</sup> (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 1 (C.A.F.) (*Tignish*).

<sup>11</sup> Précité, note 7, aux par. 28 et 29.

<sup>12</sup> [1997] 2 C.F. 545 (C.A.).

<sup>13</sup> Précité, note 7, au par. 23.

<sup>14</sup> Voir, par ex., l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Charbonneau* (1996), 41 C.C.L.I. (2d) 297 (C.A.F.).

<sup>15</sup> Voir l'arrêt *Hébert c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1997] F.C.J. n° 512 (C.A.) (QL).

<sup>16</sup> Précité, note 7, au par. 29.

<sup>17</sup> *Tignish*, précité, note 10, aux p. 8 et 9.

<sup>18</sup> (1994), 178 N.R. 361 (C.A.F.), aux p. 362 et 363.

<sup>19</sup> [1949] A.C. 24 (P.C.), at p. 36.

<sup>20</sup> [1974] S.C.R. 875, at p. 877.

<sup>21</sup> [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 76-77.

<sup>22</sup> [1996] 1 F.C. 644 (C.A.), at p. 653, *per* Robertson J.A.

<sup>23</sup> (1994), 167 N.R. 316 (F.C.A.), at pp. 319-320.

<sup>24</sup> See *Aubut v. Minister of National Revenue* (1990), 126 N.R. 381 (F.C.A.); *Borsellino and Salvo v. Minister of National Revenue* (1990), 120 N.R. 77 (F.C.A.).

<sup>25</sup> *Tignish, supra*, note 10, at p. 9.

<sup>26</sup> See *Canada (Attorney General) v. Dunham*, [1997] 1 F.C. 462 (C.A.), at pp. 468-469, *per* Marceau J.A. (in the context of the right of appeal to the Board of Referees from a decision of the Unemployment Insurance Commission).

<sup>27</sup> *Tignish, supra*, note 10, at p. 9. See also, *Hébert, supra*, note 15, para. 3.

<sup>28</sup> By way of observation, I note that in *Jencan No. 1*, the fact that the worker was paid a consistent amount of overtime in order to guarantee him a stable pay cheque was the single most important piece of evidence relied upon by Léger D.J.T.C.C. in upholding the Minister's previous determination. Léger D.J.T.C.C. stated, at paras. 4-5 of his reasons for judgment:

There has been put in evidence certain things which lead the Court to see that the Minister was justified in arriving at his conclusion; and it's not me that has to be satisfied, it is the Minister of National Revenue who must be satisfied. And in Exhibit R-1, the last page, I find ten (10) entries for the year nineteen ninety-four (1994) . . . seven hundred and twenty dollars and one cent (\$720.01) per week for a period of ten (10) weeks, exactly the same thing, and it's made up of forty-four (44) hours of regular time and five point five (5.5) hours of overtime consistently exactly what it was needed to give him exactly seven hundred and twenty dollars and one cent (\$720.01) in wages. That to me is a silent indication that there is something abnormal in this employment.

In this type of employment, I agree that there is overtime but that it should be consistent and exactly the same thing points to an abnormality, which is not normal in a normally conducted business. And it is ground upon which the Minister could say that he is not satisfied that they were dealing with each other at arm's length.

<sup>29</sup> *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, [1992] 2 F.C. 621 (C.A.), at p. 630.

<sup>30</sup> *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 16 (London: Butterworths, 1976), at p. 1010.

<sup>31</sup> [1992] 2 F.C. 621 (C.A.), at p. 631.

<sup>19</sup> [1949] A.C. 24 (P.C.), à la p. 36.

<sup>20</sup> [1974] R.C.S. 875, à la p. 877.

<sup>21</sup> [1992] 1 R.C.S. 3, aux p. 76 et 77.

<sup>22</sup> [1996] 1 C.F. 644 (C.A.), à la p. 653 (le juge Robertson, J.C.A.).

<sup>23</sup> (1994), 167 N.R. 316 (C.A.F.), aux p. 319 et 320.

<sup>24</sup> Voir les arrêts *Aubut c. Ministre du Revenu national* (1990), 126 N.R. 381 (C.A.F.) et *Borsellino et Salvo c. Ministre du Revenu national* (1990), 120 N.R. 77 (C.A.F.).

<sup>25</sup> *Tignish*, précité, note 10, à la p. 9.

<sup>26</sup> Voir l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Dunham*, [1997] 1 C.F. 462 (C.A.), aux p. 468 et 469, le juge Marceau, J.C.A. (dans le contexte du droit d'interjeter appel devant un conseil arbitral d'une décision de la Commission de l'assurance-chômage).

<sup>27</sup> *Tignish*, précité, note 10, à la p. 9. Voir également la décision *Hébert*, précitée, note 15, au par. 3.

<sup>28</sup> Je fais observer que, dans l'affaire *Jencan n° 1*, le fait que le salarié était toujours appelé à faire le même nombre d'heures supplémentaires pour lui assurer que son chèque de paie serait toujours le même est l'élément de preuve le plus important sur lequel s'est fondé le juge suppléant Léger, C.C.I. pour confirmer la décision précédente du ministre. Voici ce que le juge suppléant Léger a déclaré, aux par. 4 et 5 de son jugement:

[TRADUCTION] On a soumis en preuve certains éléments qui amènent la Cour à conclure que le ministre était justifié d'en arriver à sa conclusion. Ce n'est pas moi qui doit être convaincu, c'est le ministre du Revenu national qui doit l'être. À l'annexe R-1, à la dernière page, je trouve dix (10) inscriptions pour l'année mil neuf cent quatre-vingt-quatorze (1994) . . . sept cent vingt dollars et un cent (720,01 \$) par semaine pour une période de dix (10) semaines. C'est exactement le même chiffre chaque semaine et ce chiffre représente quarante-quatre (44) heures de temps ordinaire et cinq virgule cinq heures (5,5) de temps supplémentaire, c'est-à-dire exactement ce qui lui faut pour obtenir exactement sept cent vingt dollars et un cent (720,01 \$). Il s'agit là selon moi d'un indice silencieux qu'il y a quelque chose d'anormal dans son emploi.

Je conviens qu'il y a du travail supplémentaire dans ce genre de travail, mais le fait qu'il y en ait constamment et que le nombre d'heures supplémentaires soit exactement le même donne à penser qu'il y a quelque chose d'anormal dans une entreprise qui est normalement exploitée. Et c'est une raison qui justifiait le ministre de dire qu'il n'était pas convaincu qu'ils n'avaient pas de lien de dépendance entre eux.

<sup>29</sup> *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder*, [1992] 2 C.F. 621 (C.A.), à la p. 630.

<sup>30</sup> *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., Vol. 16, London: Butterworths, 1976, à la p. 1010.

<sup>31</sup> [1992] 2 C.F. 621 (C.A.), à la p. 631.

<sup>32</sup> See *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at pp. 776-777, per Iacobucci J.

<sup>33</sup> R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

<sup>34</sup> Subsection 28(2) (as am. *idem*, s. 8) states:

**28. . . .**

(2) Sections 18 to 18.5, except subsection 18.4(2), apply, with such modifications as the circumstances require, in respect of any matter within the jurisdiction of the Court of Appeal under subsection (1) and, where they so apply, a reference to the Trial Division shall be read as a reference to the Court of Appeal.

<sup>35</sup> [1997] F.C.J. No. 640 (C.A.) (QL).

<sup>36</sup> [1994] 2 F.C. 189 (C.A.), at p. 224.

<sup>37</sup> (1994), 79 F.T.R. 263 (F.C.T.D.), at p. 270.

<sup>38</sup> (1994), 75 F.T.R. 125 (F.C.T.D.), at p. 130, per Rothstein J. See also, *Ali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 73 (T.D.), per Reed J.

<sup>32</sup> Voir l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, aux p. 776 et 777 (le juge Iacobucci).

<sup>33</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

<sup>34</sup> Le paragraphe 28(2) (mod., *idem*, art. 8) dispose:

**28. . . .**

(2) Les articles 18 à 18.5 s'appliquent, exception faite du paragraphe 18.4(2), et compte tenu des adaptations de circonstance, à la Cour d'appel comme si elle y était mentionnée lorsqu'elle est saisie en vertu du paragraphe (1) d'une demande de contrôle judiciaire.

<sup>35</sup> [1997] A.C.F. n° 640 (C.A.) (QL).

<sup>36</sup> [1994] 2 C.F. 189 (C.A.), à la p. 224.

<sup>37</sup> (1994), 79 F.T.R. 263 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 270.

<sup>38</sup> (1994), 75 F.T.R. 125 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 130 (le juge Rothstein). Voir également le jugement *Ali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 73 (1<sup>re</sup> inst.) (le juge Reed).

T-1688-96

T-1688-96

**Christopher C. Hutton** (*Applicant*)**Christopher C. Hutton** (*requérant*)

v.

c.

**The Chief of Defence Staff** (*Respondent*)**Le chef d'état-major de la défense** (*intimé*)**INDEXED AS: HUTTON v. CANADA (CHIEF OF DEFENCE STAFF) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: HUTTON c. CANADA (CHEF D'ÉTAT-MAJOR DE LA DÉFENSE) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Rothstein J.—Ottawa, May 20 and July 31, 1997.

Section de première instance, juge Rothstein—Ottawa, 20 mai et 31 juillet 1997.

*Armed Forces — Judicial review of denial of applicant's grievances by Chief of Defence Staff (CDS) — Career Medical Review Board (CRB(M)) recommending applicant's release from Armed Forces as unable to meet physical requirements for infantry — Applicant filing grievance — Superiors disagreeing as to whether applicant could be transferred to another occupation — Second CRB(M) convened, decision recommending release rendered within 24 hours — Applicant not notified — Subsequently denied promotion; application to join militia refused because of low medical release suitability — Application not premature — Recourse to Minister provided under Queen's Regulations & Orders for the Canadian Forces (QR&O) not adequate alternative remedy since QR&O precluding Minister from acting on complaint because outstanding complaint under Canadian Human Rights Act — Failure to notify applicant of second CRB(M), give opportunity to make submissions, breaching natural justice principles — Second CRB(M) not rendering independent recommendation; device of officers opposed to applicant's retention to force CDS to conclude had to be released — CDS explicitly referring to second CRB(M), holding no impropriety in process — Since breaches of natural justice, mistaken about validity of process — Court unable to say CDS not relying on CRB(M) in making decision to release — CDS not considering promotion in context of any other occupation — Decisions to release, not promote related — Court would not speculate as to CDS's conclusions if disregarded second CRB(M).*

*Forces armées — Contrôle judiciaire du rejet des griefs du requérant par le chef d'état-major de la défense (CEMD) — Le comité de révision des carrières (raisons médicales) (CRC(RM)) recommandait la libération du requérant des Forces armées étant donné qu'il n'était pas en mesure de respecter les conditions physiques pour faire partie de l'infanterie — Le requérant a déposé un grief — Ses supérieurs n'étaient pas d'accord quant à savoir si le requérant pouvait être transféré à un autre groupe professionnel — Un deuxième CRC(RM) a été convoqué et a rendu sa décision, dans un délai de 24 heures, recommandant la libération — Le requérant n'en a pas été informé — Par la suite, on lui a refusé une promotion; une demande présentée pour se joindre à la milice lui a été refusée à cause de la faible cote qui lui avait été attribuée au niveau de la possibilité qu'il soit libéré pour des raisons de santé — La demande n'est pas prématurée — Le recours au ministre prévu dans les Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) n'est pas une autre voie de recours appropriée étant donné que les ORFC empêchent le ministre de prendre des mesures relativement à la plainte parce qu'une autre plainte a été déposée en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne — L'omission d'informer le requérant de la convocation du deuxième CRC(RM) et de lui donner la possibilité de présenter ses observations constitue un manquement aux principes de justice naturelle — Le deuxième CRC(RM) n'a pas présenté de recommandation indépendante; il s'agit d'un plan concocté par les officiers opposés au maintien de l'emploi du requérant afin d'obliger le CEMD à conclure qu'il devait être libéré — Le CEMD a fait explicitement référence à la décision du deuxième CRC(RM), et a statué qu'aucune erreur n'avait été commise dans le processus — Étant donné qu'il y a eu des manquements aux principes de justice naturelle, le CEMD s'est trompé sur la validité du processus — La Cour est incapable de dire que le CEMD ne s'est pas appuyé sur la décision du CRC(RM) pour prendre sa décision concernant la libération du requérant — Le CEMD n'a pas examiné la question de la promotion dans le contexte d'un autre groupe professionnel — Les décisions de libérer le requérant et de ne pas lui accorder de promotion sont liées — La Cour ne peut spéculer quant*

*Administrative law — Judicial Review — Certiorari — Denial of applicant's grievances by Chief of Defence Staff (CDS) — Application not premature — Applicant using internal grievance procedure under National Defence Act, s. 29 — Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O), art. 19.26 permitting complaint to Minister if not satisfied with redress — Although normally recourse to Minister adequate alternative remedy, applicant also filing complaint with Canadian Human Rights Commission — QR&O, art. 19.26(16), (17) providing as long as complaint under Canadian Human Rights Act outstanding Minister precluded from acting on complaint — Recourse to Minister not adequate alternative remedy since precluded from acting — Respondent's decision invalid — Explicitly referring to second career medical review board (CRB(M)) decision — CRB(M) breaching natural justice principles as applicant given neither notice of hearing, nor opportunity to make submissions — Not rendering independent recommendation but device of officers opposed to applicant's retention to force CDS to conclude must be released — Respondent stating no impropriety — Clearly mistaken — Court unable to say respondent not relying on CRB(M) decision in making decision to release applicant — Decision to release, not promote applicant related.*

This was an application for judicial review of the respondent's denial of the applicant's grievances. The applicant was in the infantry in the Canadian Armed Forces. When he was unable to meet the physical requirements of the job, his situation was referred to a career medical review board (CRB(M)), which recommended that he be released from the Forces because he was unable to meet the *bona fide* occupational requirements of his occupation. The applicant grieved, following which conflicting positions were taken by various officers as to whether he could or should be transferred to another occupation in logistics. Instructions were issued for a second CRB(M), which was convened on less than 24 hours' notice and a decision recommending release rendered the same day. The applicant was not informed that the second CRB(M) was being convened, and therefore made no submissions to it. Subsequently the applicant was informed by the Director Personnel Careers Administration (DPCA)

*à savoir quelles auraient été les conclusions du CEMD s'il n'avait pas tenu compte de la décision du deuxième CRC(RM).*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Rejet des griefs du requérant par le chef d'état-major de la défense (CEMD) — La demande n'est pas prématurée — Le requérant a eu recours à la procédure interne de règlement des griefs prévue à l'art. 29 de la Loi sur la défense nationale — L'art. 19.26 des Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) autorise la présentation d'une plainte auprès du ministre si le requérant n'est pas satisfait du redressement qui lui est accordé — Habituellement, le recours au ministre est une autre voie de recours appropriée, mais le requérant a également déposé une plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne — Les art. 19.26(16) et (17) des ORFC disposent que, tant et aussi longtemps qu'une plainte fondée sur la Loi canadienne sur les droits de la personne n'est pas réglée, le ministre ne peut prendre aucune mesure relativement à cette plainte — La plainte adressée au ministre n'est donc pas une autre voie de recours appropriée étant donné que le ministre ne pouvait agir — La décision de l'intimé est invalide — On y fait explicitement référence à la décision du deuxième comité de révision des carrières (raisons médicales) (CRC(RM)) — Le CRC(RM) a manqué aux principes de justice naturelle étant donné que le requérant n'a ni été avisé de la tenue de l'audience ni eu la possibilité de présenter des observations — Le CRC(RM) n'a pas présenté de recommandation indépendante, mais constitue un plan concocté par les officiers qui s'opposaient au maintien de l'emploi du requérant afin d'obliger le CEMD à conclure qu'il devait être libéré des Forces armées — L'intimé prétend qu'aucune erreur n'a été commise — Il s'est manifestement trompé à ce sujet — La Cour est incapable de dire que l'intimé ne s'est pas appuyé sur la décision du CRC(RM) pour prendre sa décision concernant la libération du requérant — Les décisions de libérer le requérant et de ne pas lui accorder de promotion sont liées.*

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire du refus de l'intimé d'accueillir les griefs du requérant. Le requérant était fantassin dans les Forces armées canadiennes. Quand le requérant a eu de la difficulté à respecter les exigences physiques de l'emploi, son cas a été transmis à un comité de révision des carrières (raisons médicales) (CRC(RM)), qui a recommandé que le requérant soit libéré des Forces canadiennes parce qu'il était incapable de respecter les exigences professionnelles normales de son poste. Le requérant a déposé un grief et, par la suite, il semble que différents officiers aient adopté des positions contradictoires quant à savoir si le requérant pouvait ou devait changer de groupe professionnel afin d'être affecté en logistique. Des instructions ont été données pour convoquer un deuxième CRC(RM), ce qui a été fait à moins de 24 heures de préavis, et celui-ci a rendu sa décision recommandant la libération le même jour. Le requérant n'a pas été informé de la convoca-



that he would be promoted. At a later meeting between the DPCA, Directorate Personnel Careers Officers (DPCO) staffs and Director Law/Personnel, a military lawyer, it was decided that the applicant should not be promoted and commissioned. The applicant grieved this decision, alleging that the denial of his promotion was unjust because DPCA was the competent authority to promote and commission him, and rescinding the direction to promote and commission him constituted a violation of fairness and equity, and of a legitimate expectation of process. After the applicant's release, he was advised that he had been assigned a medical release suitability classification which barred him from militia service. He was informed that the restriction would stand on the basis that he could not meet the requirement of the universality of service principle, as was determined by the second CRB(M). The applicant filed his final grievance, submitting that the medical release suitability classification assigned to him was wrong, the universality principle applied only with respect to the Regular Force and not to service in the militia, and that the second CRB(M) was convened without proper authority and misapplied the universality of service principle. The respondent denied all three grievances.

The respondent made a preliminary motion to dismiss the application on the ground that it was premature. The applicant brought his complaints under *National Defence Act*, section 29, which permits grievances to be dealt with by superior authorities. The *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O), article 19.26(9), provides that if the decision of the Chief of Defence Staff (CDS) does not afford the redress that the applicant thinks is warranted, the applicant may submit a complaint to the Minister.

The issues were (1) whether the application was premature because the applicant had an adequate alternative remedy which had not been exhausted; and (2) whether the CDS's decision was invalid because of its reliance on the second CRB(M) which, it was conceded, offended the principles of natural justice.

*Held*, the application should be allowed.

Recourse to the Minister of National Defence would have been an adequate alternative remedy for the applicant, except that he had filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission with respect to the decision of the CDS. QR&O, articles 19.26(16) and (17) provide that as long as the applicant's complaint under the *Canadian Human Rights Act* is outstanding, the Minister is precluded

tion du deuxième CRC(RM) et n'a donc pas formulé d'observations. Par la suite, le requérant a été informé par le directeur, Administration des carrières des officiers (DACO), qu'il serait promu. Au cours d'une réunion subséquente entre le DACO et le personnel de la Direction des carrières militaires (officiers) (DCMO) et le Directeur juridique/Personnel, avocat militaire, il a été décidé que le requérant ne serait ni promu ni commissionné. Le requérant a déposé un grief contre cette décision, alléguant que le refus de lui accorder sa promotion était injuste parce que le DACO était l'autorité compétente pour lui accorder la promotion et la commission, et que l'annulation de l'ordre de promotion et de commission violait les principes d'équité et le privait de son droit de bénéficier de l'application régulière de la loi. Après sa libération, le requérant a été informé que la faible cote qui lui avait été attribuée au niveau de la possibilité qu'il soit libéré pour des raisons de santé l'empêchait de s'enrôler dans la milice. On l'a de plus avisé que la restriction serait maintenue étant donné qu'il ne pouvait respecter le principe de l'universalité du service, comme l'avait conclu le deuxième CRC(RM). Le requérant a donc déposé sa dernière demande de redressement de grief dans laquelle il faisait valoir que la cote qui lui avait été assignée était erronée, que le principe de l'universalité ne s'appliquait qu'au niveau de la Force régulière et non pas pour le service dans la milice, et que le deuxième CRC(RM) avait été convoqué sans les autorisations nécessaires et avait mal appliqué le principe de l'universalité du service. L'intimé a refusé les trois griefs.

L'intimé a présenté une requête interlocutoire pour faire rejeter la demande de contrôle judiciaire au motif qu'elle était prématurée. Le requérant a déposé ses plaintes en vertu de l'article 29 de la *Loi sur la défense nationale* qui dispose que l'auteur d'un grief peut demander réparation aux autorités supérieures. L'alinéa 19.26(9) des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC) dispose que, si la décision du chef d'état-major de la défense (CEMD) ne lui accorde pas le redressement qui, de l'avis du requérant, semble justifié, celui-ci peut présenter une plainte au ministre.

Les questions en litige sont les suivantes: (1) la demande de contrôle judiciaire est-elle prématurée parce qu'il existe une autre voie de recours appropriée qui n'a pas été exercée; et (2) la décision du CEMD est-elle invalide parce qu'elle s'appuie sur la décision du deuxième CRC(RM) qui, comme l'a reconnu l'intimé, viole les principes de justice naturelle.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

Le recours au ministre de la Défense nationale aurait constitué une autre voie de recours appropriée pour le requérant, s'il n'avait pas déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne concernant la décision du CEMD. Les alinéas 19.26(16) et (17) des ORFC disposent que, tant et aussi longtemps que la plainte du requérant fondée sur la *Loi canadienne sur les droits de*

from taking any action on a complaint filed with him by the applicant. Notwithstanding concerns about the applicant being able to manipulate the process so as to circumvent the principle that where an expansive internal resolution mechanism such as the grievance process herein already exists, the plaintiff may not turn to the civil courts for relief until he has exhausted that process, if the Minister may not take action on the applicant's complaint but the Court on judicial review is not so precluded, as between the Federal Court and the Minister, the Minister cannot be considered an adequate alternative remedy.

The second CRB(M) was not an inadvertent breach of principles of natural justice. It was clearly an attempt to circumvent the arguments of certain officers that the applicant should be considered for occupational transfer to logistics. The second CRB(M) relied on the "universality of service" principle derived from subsection 33(1) of the *National Defence Act*, to hold that the applicant could not be considered for occupational transfer. This was a matter of interpretation and its application was not obvious. In this context, the haste with which the second CRB(M) was convened and the speed with which it rendered its decision created a number of concerns. In addition to the failure to notify the applicant of the proceedings and give him an opportunity to make submissions, it was questionable whether the second CRB(M) was rendering an independent recommendation, or merely a device of officers opposed to applicant's retention to prevent the CDS from considering the issue of vacancies in logistics, and to force him to conclude that the applicant must be released on account of the universality of service principle.

The CDS explicitly referred to the second CRB(M). If no reliance was placed on information obtained in breach of the natural justice principles, there would be no possibility that the result was affected and the decision should not be set aside. The decision of the CDS was brief and, in this respect, obscure. In it the CDS concurred "with the statement of DPCA . . . in his memo . . . with respect to the second CRB(M) and his finding that no impropriety took place in the process". Since there were breaches of natural justice, the CDS was mistaken about the validity of the process of the second CRB(M). It could not be said that the CDS did not rely upon the reasons or decision of the second CRB(M) in making his decision respecting the applicant's release. With respect to promotion, the decision of the CDS indicates that the applicant did not meet the medical conditions for promotion. The decision not to promote and commission was based on the applicant's occupation in the infantry only, because the decision to release was based in

*la personne* n'est pas réglée, le ministre ne peut prendre aucune mesure concernant une plainte qui lui a été présentée par le requérant. Malgré l'appréhension que le requérant puisse manipuler la procédure de façon à contourner le principe selon lequel, lorsqu'il existe un mécanisme interne de règlement très souple, comme le processus de règlement des griefs, le requérant ne peut s'adresser aux tribunaux civils pour obtenir réparation avant d'avoir épuisé les recours internes, si le ministre ne peut prendre aucune mesure concernant la plainte du requérant et que la Cour, saisie d'une demande de contrôle judiciaire, n'en est pas empêchée, alors le ministre de la Défense ne peut être considéré comme une autre voie de recours appropriée par rapport à la Cour fédérale.

La procédure de convocation du deuxième CRC(RM) n'est pas un cas de violation par inadvertance des principes de justice naturelle. Il s'agit manifestement d'une tentative de contourner les arguments présentés par certains officiers pour qu'on envisage la possibilité de changer le requérant de groupe professionnel afin qu'il soit affecté en logistique. Le deuxième CRC(RM) s'est appuyé sur le fait qu'en raison du principe de «l'universalité du service», découlant du paragraphe 33(1) de la *Loi sur la défense nationale*, la possibilité de changer le requérant de groupe professionnel ne pouvait être envisagée. C'est une question d'interprétation dont l'application n'est pas évidente. Dans le contexte, la hâte avec laquelle le deuxième CRC(RM) a été convoqué et la rapidité avec laquelle il a rendu sa décision soulèvent un certain nombre de questions. Outre le fait qu'on a omis d'informer le requérant de cette procédure et de lui donner la possibilité de présenter des observations, il y a lieu de se demander si le deuxième CRC(RM) a présenté une recommandation indépendante, ou s'il s'agit tout simplement d'un plan concocté par certains officiers, opposés au maintien de l'emploi du requérant, en vue d'empêcher le CEMD d'examiner la question des postes vacants en logistique et de l'obliger à conclure que le requérant devait être libéré en raison du principe de l'universalité du service.

Le CEMD a explicitement fait référence à la décision du deuxième CRC(RM). Si le CEMD ne s'est pas appuyé sur des renseignements obtenus en violation des principes de justice naturelle, il n'y a pas de possibilité que le résultat en soit modifié et la décision ne doit pas être annulée. La décision du CEMD est brève et, à cet égard, nébuleuse. Dans sa décision, le CEMD est d'accord «avec l'affirmation du DACO . . . dans sa note de service . . . ayant trait à la convocation du deuxième CRC(RM) et avec sa conclusion qu'aucune erreur n'a été commise dans ce processus». Étant donné qu'il y a eu des manquements aux principes de justice naturelle, le CEMD s'est trompé sur la validité du processus suivi par le deuxième CRC(RM). On ne peut dire que le CEMD ne s'est pas appuyé sur la décision du deuxième CRC(RM) pour prendre sa décision concernant la libération du requérant. Pour ce qui a trait à la promotion, la décision du CEMD indique que le requérant ne respectait pas les conditions médicales. La décision de ne pas accorder de

part on the CDS's conclusion that he could not be transferred to another occupation. Obviously, the CDS did not consider the question of promotion in the context of any other occupation. The decision to release and not to promote were related. The Court would not speculate as to what conclusions the CDS might have formed with respect to the issues of release and promotion if he had not been mistaken and had clearly disregarded the second CRB(M). The decision of the CDS was quashed and the matters of release and promotion were remitted for reconsideration by the CDS.

As the basis of the human rights complaint may now have disappeared, the Canadian Human Rights Commission must decide whether the substance of the applicant's complaint is sufficiently certain to enable it to proceed and render a decision on that complaint. One way of dealing with the matter would be for the Commission to dismiss the complaint without prejudice to the right of the applicant to reapply if necessary. This would enable the CDS to reconsider the matter expeditiously, and only if the applicant was of the view after a new decision that a human rights complaint was necessary and warranted would he have to proceed with that alternative.

#### 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.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 29 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 43), 33 (as am. *idem*, s. 60), 34 (as am. *idem*).  
*Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1968 Revision), art. 19.26(9),(16),(17).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*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.

##### DISTINGUISHED:

*Anderson v. Canada (Armed Forces)*, [1997] 1 F.C. 273; (1996), 141 D.L.R. (4th) 54; 205 N.R. 350 (C.A.);

promotion et de commission se fonde uniquement sur le poste qu'occupait le requérant dans l'infanterie, parce que la décision de le libérer était fondée en partie sur la conclusion du CEMD qu'il ne pouvait être changé de groupe professionnel. De toute évidence, le CEMD n'a pas examiné la question de la promotion dans le contexte d'un autre groupe professionnel. Les décisions de libérer le requérant et de ne pas lui accorder de promotion sont liées. La Cour ne peut spéculer quant à savoir quelles auraient été les conclusions du CEMD concernant la libération et la promotion s'il n'avait pas été induit en erreur et s'il avait complètement ignoré la décision du deuxième CRC(RM). La décision du CEMD est annulée et les questions de la libération et de la promotion sont renvoyées pour réexamen par le CEMD.

Étant donné que le fondement de la plainte déposée devant la Commission canadienne des droits de la personne a peut-être disparu, la Commission devra décider si la plainte du requérant est suffisamment fondée pour lui permettre de poursuivre l'instance et de rendre une décision sur cette plainte. L'une des façons dont la Commission pourrait régler cette question serait de rejeter la plainte sous réserve des droits du requérant de la présenter de nouveau au besoin. Cela permettrait au CEMD de réexaminer rapidement l'affaire, et ce n'est que si le requérant est d'avis, après qu'une nouvelle décision aura été rendue, que sa plainte relative aux droits de la personne était nécessaire et justifiée, qu'il pourra se prévaloir de cette solution.

#### 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.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 29 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 43), 33 (mod., *idem*, art. 60), 34 (mod., *idem*).  
*Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Révision de 1968), art. 19.26(9), (16),(17).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*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.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Anderson c. Canada (Forces armées)*, [1997] 1 C.F. 273; (1996), 141 D.L.R. (4th) 54; 205 N.R. 350 (C.A.);

*Canadian Cable Television Assn v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 4 Admin. L.R. (2d) 61; 36 C.P.R. (3d) 455; 129 N.R. 296; 4 T.C.T. 6177 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada—Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 360 A.P.R. 334; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27.

## REFERRED TO:

*Villeneuve v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 634 (T.D.) (QL); *Pereira v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 126 F.T.R. 308 (F.C.T.D.); *Kulyk v. Toronto Board of Education* (1996), 139 D.L.R. (4th) 114; 24 C.C.E.L. (2d) 63; 11 O.T.C. 161 (Ont. Gen. Div.); *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; (1996), 136 D.L.R. (4th) 129; 96 CLLC 230-034; 36 C.R.R. (2d) 189; 198 N.R. 1; [1996] R.R.A. 537.

APPLICATION for judicial review of the respondent's denial of the applicant's grievances concerning his release from the Canadian Armed Forces, the denial of a promotion, and the assignment of a low medical release suitability which precluded his acceptance into the militia. Application allowed.

## COUNSEL:

*Ronald D. Lunau and Tara Erskine* for applicant.

*Yvonne Milosevic* for respondent.

## SOLICITORS:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] ROTHSTEIN J.: The applicant seeks judicial review of a June 10, 1996 decision of General John

*Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 4 Admin. L.R. (2d) 61; 36 C.P.R. (3d) 455; 129 N.R. 296; 4 T.C.T. 6177 (C.A.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 360 A.P.R. 334; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Villeneuve c. Canada*, [1997] F.C.J. n° 634 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Pereira c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 126 F.T.R. 308 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Kulyk c. Toronto Board of Education* (1996), 139 D.L.R. (4th) 114; 24 C.C.E.L. (2d) 63; 11 O.T.C. 161 (Div. gén. Ont.); *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; (1996), 136 D.L.R. (4th) 129; 96 CLLC 230-034; 36 C.R.R. (2d) 189; 198 N.R. 1; [1996] R.R.A. 537.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de l'intimé de rejeter les griefs du requérant concernant sa libération des Forces armées canadiennes, de lui refuser une promotion, et de lui attribuer une faible cote au niveau de la possibilité qu'il soit libéré pour des raisons de santé, ce qui l'a empêché d'être accepté dans la milice. Demande accueillie.

## AVOCATS:

*Ronald D. Lunau et Tara Erskine* pour le requérant.

*Yvonne Milosevic* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour le requérant.

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

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN: Le requérant demande le contrôle judiciaire d'une décision du 10 juin 1996

Boyle, then Chief of the Defence Staff (CDS), denying the applicant's claim for redress of grievance. The applicant's request for redress of grievance arises out of the applicant's release from the Canadian Forces, a refusal to promote him, and the assignment of a low Medical Release suitability rating.

### PRELIMINARY MOTION

[2] At the outset of the hearing on the merits of the judicial review application, the respondent made a preliminary motion to dismiss the application on the ground that it was premature. The applicant brought his complaints under section 29 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 43].<sup>1</sup> As such, his grievance has been dealt with thus far by various members of the Canadian Forces within the internal grievance process of the Canadian Forces. Under the relevant regulations, *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1968 Revision) (QR&O) article 19.26(9), if the decision of the CDS does not afford the redress that the applicant thinks is warranted, the applicant may submit a complaint to the Minister of National Defence. Article 19.26(9) provides:

Where an officer or a non-commissioned member has submitted a complaint in writing to the Chief of the Defence Staff and the decision of the Chief of the Defence Staff does not afford the redress that, in the opinion of the member, is warranted, the member may submit a complaint in writing to the Minister.

The respondent says that a complaint to the Minister of National Defence is an adequate alternative remedy for the applicant and that the Court should not grant judicial review when such remedy has not been exhausted.

[3] In *Anderson v. Canada (Armed Forces)*, [1997] 1 F.C. 273 (C.A.), Stone J.A. considered the issue of adequate alternative remedy in lieu of judicial review in the context of the Canadian Forces. See also the decision of McKeown J. in *Villeneuve v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 634 (T.D.) (Q.L.).

prise le général John Boyle, qui était alors chef d'état-major de la défense (CEMD), dans laquelle il a refusé la demande de redressement du requérant présentée par voie de grief. Cette demande fait suite à la libération du requérant des Forces canadiennes, au refus de lui accorder une promotion, et à la faible cote qui lui a été attribuée au niveau de la possibilité qu'il soit libéré pour des raisons de santé.

### REQUÊTE INTERLOCUTOIRE

[2] Au début de l'audience sur le fond de la demande de contrôle judiciaire, l'intimé a présenté une requête interlocutoire pour la faire rejeter au motif qu'elle était prématurée. Le requérant a déposé ses plaintes en vertu de l'article 29 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 43]<sup>1</sup>. Jusqu'ici, différents membres des Forces canadiennes ont été saisis de son grief aux termes de la procédure interne de règlement des griefs des Forces canadiennes. En vertu des dispositions réglementaires pertinentes, soit l'alinéa 19.26(9) des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC), si la décision du CEMD ne lui accorde pas le redressement qui, de l'avis du requérant, semble justifié, celui-ci peut présenter une plainte au ministre de la Défense nationale. L'alinéa 19.26(9) est rédigé dans les termes suivants:

Si un officier ou militaire du rang qui a présenté une plainte écrite au chef d'état-major de la défense est d'avis que la décision de ce dernier ne lui accorde pas le redressement qui, de l'avis du militaire, semble justifié, il peut présenter une plainte écrite au ministre.

L'intimé prétend qu'une plainte au ministre de la Défense nationale est une autre voie de recours appropriée pour le requérant et que la Cour ne devrait pas entendre la demande de contrôle judiciaire tant que ce recours n'a pas été exercé.

[3] Dans l'arrêt *Anderson c. Canada (Forces armées)*, [1997] 1 C.F. 273 (C.A.), le juge Stone, J.C.A., a examiné, dans le contexte des Forces canadiennes, la question d'une autre voie de recours appropriée à exercer au lieu de présenter une demande de contrôle judiciaire. Voir également la décision du juge

[4] With the exception of one fact which distinguishes this case from *Anderson*, I have little doubt, having regard to the *dicta* of Stone J.A. in that case, that the Minister of National Defence is an adequate alternative remedy for the applicant in this case. *Anderson* directs that if it is possible, it is preferable that a complaint be dealt with within the Canadian Forces. The grievance process provided for under section 29 of the *National Defence Act* is seen to be an expansive resolution mechanism. Where such an expansive mechanism already exists, it is only when the plaintiff is not satisfied with the final outcome of the process that he or she may turn to the civil courts for relief. Considerations of cost and expediency also favour internal resolution. One of the important concerns in this regard is that if the applicant is successful on judicial review, the matter must be remitted for redetermination. Costs may be minimized and a result obtained earlier if internal procedures are exhausted first.<sup>2</sup>

[5] However, this case is distinguished from *Anderson* by the fact that here the applicant has filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (Commission) with respect to the decision of the CDS. After one day of argument on the preliminary motion, the Court asked the parties to address QR&O articles 19.26(16) and (17) which had not previously been raised by either of them. Articles 19.26(16) and (17) provide:

(16) A redress authority in receipt of a complaint of an officer or a non-commissioned member under this article shall suspend any action in respect of the complaint where a member initiates an action, claim or complaint under an act of Parliament, other than the *National Defence Act*, in respect of the matter giving rise to the member's complaint under this article.

(17) A redress authority who has suspended action in respect of a complaint pursuant to paragraph (16) shall resume action under this article in respect of that complaint where

McKeown dans *Villeneuve c. Canada*, [1997] F.C.J. n° 634 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

[4] À l'exception d'un fait qui distingue l'espèce de l'arrêt *Anderson*, il ne fait guère de doute, compte tenu des opinions du juge Stone, J.C.A. dans cette affaire, que le ministre de la Défense nationale est une voie de recours appropriée que le requérant aurait pu exercer dans cette affaire. L'arrêt *Anderson* indique que, lorsque cela est possible, il est préférable qu'une plainte soit réglée à l'intérieur des Forces canadiennes. Le processus de règlement des griefs prévu à l'article 29 de la *Loi sur la défense nationale* est considéré comme un mécanisme de règlement très souple. Lorsqu'un tel mécanisme existe déjà, ce n'est que lorsque le plaignant n'est pas satisfait du résultat final de ce processus qu'il peut s'adresser aux tribunaux civils pour obtenir réparation. Des considérations de coût et de rapidité favorisent également un règlement interne. Il convient aussi de souligner que, si le requérant a gain de cause dans sa demande de contrôle judiciaire, l'affaire doit être renvoyée pour réexamen. Les coûts peuvent être minimisés et un règlement peut intervenir plus rapidement si les recours internes sont épuisés en premier lieu<sup>2</sup>.

[5] Toutefois, l'espèce peut être distinguée de l'arrêt *Anderson* du fait que, dans le cas qui nous occupe, le requérant a déjà déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) concernant la décision du CEMD. Après avoir entendu les arguments concernant la requête interlocutoire pendant une journée, la Cour a demandé aux parties de traiter des alinéas 19.26(16) et (17) des ORFC, qu'aucune d'elles n'avait soulevé jusque là. Les alinéas 19.26(16) et (17) sont rédigés dans les termes suivants:

(16) Une autorité de redressement qui a reçu une plainte d'un officier ou militaire du rang en vertu du présent article est tenue de suspendre toute mesure prise à l'égard de la plainte dès que le militaire prend un recours, présente une réclamation ou une plainte en vertu d'une loi fédérale, autre que la *Loi sur la défense nationale*, relativement à une question qui a donné naissance à la plainte du militaire en vertu du présent article.

(17) Une autorité de redressement qui a suspendu les mesures prises à l'égard d'une plainte visée par l'alinéa (16) doit reprendre toute mesure aux termes du présent article

the other action, claim or complaint has been resolved.

[6] By reason of these provisions, as long as the applicant's complaint under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 is outstanding, the Minister of National Defence is precluded from taking any action on a complaint filed with him by the applicant. Accordingly, counsel for the respondent conceded that the Minister of National Defence is not an adequate alternative remedy for the applicant in the present circumstances. Here, however, the applicant himself filed the human rights complaint which precludes the Minister of National Defence from dealing with the matter. I have some concern that the applicant should be able to manipulate the process so as to circumvent the principle enunciated in *Anderson*. Nonetheless, if the Minister of National Defence may not take action on the applicant's complaint but the Court on judicial review is not so precluded, as between the Federal Court and the Minister of National Defence, the Minister of National Defence cannot be considered an adequate alternative remedy to judicial review. The preliminary application to dismiss on the grounds of prematurity must therefore be dismissed.

[7] This, however, does not automatically mean that the Court should proceed with the judicial review. The outstanding complaint to the Commission under the *Canadian Human Rights Act* poses procedural complications. For example, if the applicant is successful on judicial review, the Court will quash the decision of the CDS and remit the matter for redetermination. However, articles 19.26(16) and (17) preclude the CDS from redetermining the matter until the Commission disposes of the human rights complaint. A quashing of the decision of the CDS will, at the least, create some confusion before the Commission as proceedings before the Commission must relate, at least in part, if not entirely, to the quashed decision of the CDS.

[8] On the other hand, in the judicial review application, the applicant alleges breaches of natural justice

concernant cette plainte dès que l'autre recours, réclamation ou plainte a été résolu.

[6] Du fait de ces dispositions, tant et aussi longtemps que la plainte du requérant fondée sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 n'est pas réglée, le ministre de la Défense nationale ne peut prendre aucune mesure concernant une plainte qui lui a été présentée par le requérant. Par conséquent, l'avocate de l'intimé a reconnu que le ministre de la Défense nationale n'était pas une autre voie de recours appropriée dans les circonstances de l'espèce. Toutefois, c'est le requérant lui-même qui a déposé la plainte relative aux droits de la personne qui empêche le ministre de la Défense nationale de régler cette affaire. Le fait que le requérant puisse manipuler la procédure de façon à contourner le principe énoncé dans l'arrêt *Anderson* me pose quelques problèmes. Néanmoins, si le ministre de la Défense nationale ne peut prendre de mesures concernant la plainte du requérant et que la Cour, saisie d'une demande de contrôle judiciaire, n'en est pas empêchée, alors le ministre de la Défense nationale ne peut être considéré comme un autre voie de recours appropriée par rapport à la Cour fédérale. La demande interlocutoire visant à rejeter l'action au motif qu'elle est prématurée doit donc être rejetée.

[7] Toutefois, cela ne signifie pas automatiquement que la Cour doit entendre la procédure de contrôle judiciaire. La plainte dont est saisie la Commission en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pose des complications d'ordre procédural. Par exemple, si le requérant a gain de cause dans la présente procédure de contrôle judiciaire, la Cour annulera la décision du CEMD et renverra la question pour réexamen. Toutefois, les alinéas 19.26(16) et (17) empêchent le CEMD de réexaminer l'affaire tant que la Commission ne s'est pas prononcée sur la plainte relative aux droits de la personne. L'annulation de la décision du CEMD créera à tout le moins une certaine confusion devant la Commission étant donné que la procédure devant celle-ci doit se rapporter en partie, sinon en totalité, à la décision annulée du CEMD.

[8] Par ailleurs, dans la demande de contrôle judiciaire, le requérant allègue des manquements aux

which are proper issues to bring before this Court.<sup>3</sup> Counsel for the respondent made no application to stay proceedings in this Court pending a decision of the Commission. Had such an application been made, I think the preferable course of action would have been to stay these proceedings as a decision favourable to the applicant would likely result in the matter being remitted to the CDS for redetermination, which, by virtue of articles 19.26(16) and (17), he is precluded from doing as long as the human rights complaint is outstanding. At the hearing of this matter, I ruled that I would proceed to deal with the natural justice issues raised by the applicant and proceed to do so now.

#### THE DECISION OF THE CDS AND THE PROCESS LEADING TO THE DECISION

[9] The decision of the CDS states:

Mr. C.C. Hutton

#### APPLICATION FOR REDRESS OF GRIEVANCE

As requested, I have considered your Application for redress of grievance of 24 February 1995 concerning your release from the Canadian Forces on medical grounds.

Disclosure of comments has been provided to you pursuant to Canadian Forces Administrative Order 19-32. In my review, I have considered your initial complaint and your other comments which followed, as well as those from your former superiors at the various levels in the chain of command, and of senior staff at this Headquarters with responsibility for such matters.

Unfortunately, your medical condition has placed restrictions upon your employment in the Infantry occupation, and severely restricts employment in any other occupation. Your request to have your Medical Release suitability classification changed from Suitability "C" can not be supported as the application of Universality of Service applies equally to the Regular Force as well as the Reserve Force. As well, I concur with the statement of DPCA as he explains in his memo of 16 Jan 96 with respect to the second CRB(M) and his finding that no impropriety took place in the process.

principes de justice naturelle, qui sont des questions pouvant être soulevées à bon droit devant la présente Cour<sup>3</sup>. L'avocate de l'intimé n'a pas demandé la suspension de la procédure devant la présente Cour en attendant la décision de la Commission. Si une telle demande avait été présentée, je pense que la meilleure façon d'agir aurait été de suspendre la procédure étant donné qu'une décision favorable au requérant aurait vraisemblablement signifié que l'affaire devait être renvoyée au CEMD pour réexamen, ce que le CEMD, du fait des alinéas 19.26(16) et (17), est empêché de faire tant et aussi longtemps que la plainte relative aux droits de la personne n'est pas réglée. À l'audition de cette affaire, j'ai décidé d'entendre les questions concernant les principes de justice naturelle soulevées par le requérant et c'est ce que je m'appête à faire.

#### LA DÉCISION DU CEMD ET LE PROCESSUS SUIVI POUR Y PARVENIR

[9] La décision du CEMD est la suivante:

[TRADUCTION] M. C.C. Hutton

#### DEMANDE DE REDRESSEMENT DE GRIEF

Comme vous me l'avez demandé, j'ai examiné votre demande de redressement de grief en date du 24 février 1995, concernant votre libération des Forces canadiennes pour des raisons de santé.

Des observations vous ont été communiquées aux termes de l'Ordre administratif 19-32 des Forces canadiennes. Dans mon examen, j'ai pris en considération votre plainte initiale et les autres observations que vous avez formulées, de même que les observations de vos anciens supérieurs à différents niveaux de la chaîne de commandement, ainsi que celles des membres de la haute direction du Quartier général qui sont responsables de ces questions.

Malheureusement, en raison de votre état de santé, vous ne pouvez exercer sans restrictions votre emploi dans l'Infanterie et votre employabilité dans tout autre groupe professionnel est gravement compromise. Votre demande visant à faire modifier la cote «C» qui vous a été attribuée au niveau de la possibilité de libération pour raisons de santé ne peut être appuyée étant donné que le principe de l'universalité du service s'applique autant à la Force régulière qu'à la Force de réserve. De même, je suis d'accord avec l'affirmation du DACO qui explique dans sa note de service du 16 janvier 1996 ayant trait à la convocation du deuxième CRC(RM) et dans sa conclusion qu'aucune erreur n'a été commise dans ce processus.



Notwithstanding the fact that the Director Personnel Career Administration (DPCA) informed you of his intention to have you promoted and commissioned, and the fact that DPCA was an approving authority in this matter, you did not meet the medical conditions for promotion. In these circumstances, DPCA had no jurisdiction to commission you and, as such, his decision was made without proper authority.

Nevertheless, I am directing that the Obligatory Service associated with your initial academic subsidization be cancelled upon your release on medical grounds.

Based on my review, I am satisfied that you have been treated in a fair and equitable manner. Therefore, I deny further redress.

While that is so, I want to thank you for your service in the Canadian Forces, and wish you well in your future endeavours

J.E.J. Boyle  
General

Même si le directeur, Administration des carrières (DACO) vous a informé de son intention de vous accorder une promotion et une commission, et qu'il était au nombre des autorités pouvant approuver ces deux mesures, vous n'avez pas respecté les conditions médicales qui vous permettraient d'obtenir une promotion. Dans les circonstances, le DACO n'avait pas compétence pour vous accorder une commission et il a donc pris sa décision sans en avoir le pouvoir.

Néanmoins, j'ordonne que votre période de service obligatoire, se rapportant au financement de vos études, soit annulé dès votre libération pour des raisons de santé.

M'appuyant sur l'examen que j'ai effectué, je suis convaincu que vous avez été traité de façon juste et équitable. Je refuse donc tout autre redressement.

Bien que je ne puisse faire droit à votre demande, je tiens à vous remercier d'avoir servi dans les Forces canadiennes, et je vous souhaite bonne chance dans vos entreprises futures.

J.E.J. Boyle  
Général

[10] The facts leading to the decision of the CDS are these: In February, 1990, the applicant sought to enroll in the officer training program of the Canadian Forces. In a pre-enrolment medical examination he was diagnosed as having a cancerous tumour in his chest. He had surgery in April 1990. In October 1990, the applicant enrolled as a Private in the Canadian Forces as an infantryman with the Cameron Highlanders of Ottawa, a Reserve Force militia regiment. The applicant had further surgery in December 1990. In 1991, he applied for and was transferred to the Regular Force. On becoming a member of the Regular Force, the applicant was accepted in the Regular Officer Training Program (ROTP). His occupation was "infantry". The applicant experienced difficulty with the physical requirements of the job. By January 1994, the applicant's occupational medical category was determined to be permanent G2 O3 (geographical limitation G2 and occupational limitation O3) which was below the minimum infantry standard of G2 O2. The applicant was withdrawn from further infantry training and his situation was referred to a career medical review board (CRB)(M). By decision approved September 1, 1994, the CRB(M) recommended that the applicant be released from the Canadian Forces:

[10] Les faits qui ont mené à la décision du CEMD sont les suivants: en février 1990, le requérant a demandé à s'inscrire au programme de formation des officiers des Forces canadiennes. Au cours d'un examen médical préalable à son enrôlement, on a diagnostiqué une tumeur cancéreuse à la poitrine. Il a subi une intervention chirurgicale en avril 1990. En octobre 1990, le requérant s'est enrôlé comme simple soldat dans les Forces canadiennes, à titre de fantassin, dans le Cameron Highlanders of Ottawa, régiment de la Force de réserve. Le requérant a subi une nouvelle intervention chirurgicale en décembre 1990. En 1991, il a été muté à la Force régulière, après en avoir fait la demande. En devenant membre de la Force régulière, le requérant a été accepté au Programme de formation des officiers de la Force régulière (PFOFR). Sous la rubrique profession, on avait indiqué «infanterie». Le requérant a eu de la difficulté à respecter les exigences physiques de cet emploi. En janvier 1994, le requérant a été classé de façon permanente dans la catégorie médico-professionnelle G2 O3 (limite géographique G2 et limite professionnelle O3), ce qui était inférieur à la norme minimale de l'infanterie établie à G2 O2. Le requérant a donc cessé sa formation dans l'infanterie et son cas a été transmis à un comité de révision des carrières (raisons médicales) (CRC(RM)). Dans une décision approuvée le 1<sup>er</sup> septembre 1994, le

. . . as he is unable to meet the following Bonafide Occupational Requirements (BFORs) required for retention of his present occupation: . . . and is fit 0% of position for rank. He is fit 5% of positions for next higher rank/MOC. LOG [logistics], INT [intelligence] and PAFF [public affairs] [other occupational classifications considered for the applicant] are closed to occupational transfer of ROTP candidates.

An initial release instruction for the applicant was issued September 8, 1994 with a release date of June 1, 1995, was subsequently extended to January 22, 1996.

[11] The applicant commenced redress of grievance procedures under the QR&O's on February 24, 1995. Following the filing of the grievance, it appears that conflicting positions were taken by different officers in the Canadian Forces as to whether the applicant could or should be transferred to another occupation. While there was a strong view that the recommendation of the CRB(M) should stand, there were also views expressed that the applicant had been treated unfairly and that contrary to the CRB(M) finding, there was a requirement for junior logistics officers in the Navy.<sup>4</sup>

[12] By memo dated November 14, 1995, Lieutenant Colonel P. Pellicano, Director of Human Rights and Anti-Harassment Complaints (DHRAHC) wrote to Colonel L. G. Pestell, Director Personnel Careers Administration (DPCA) advising that another officer cadet (Logan) had been re-enrolled in the logistics occupation and recommended that it would be preferable to retain the applicant, transferring him to logistics in the Navy. On November 15, 1995, Colonel Pestell wrote Lieutenant Colonel Pellicano advising there were no vacancies in logistics, that the applicant's case had been thoroughly reviewed and that the matter should be placed before the CDS for a decision without further delay.

[13] Notwithstanding Colonel Pestell's letter to Lieutenant Colonel Pellicano, the matter did not go

CRC(RM) a recommandé que le requérant soit libéré des Forces canadiennes:

[TRADUCTION] . . . étant donné qu'il est incapable de respecter les exigences professionnelles normales (EPN) suivantes pour conserver son poste actuel: . . . et il n'est apte à occuper aucun autre poste de son rang. Il est apte à occuper 5 % des postes du rang immédiatement supérieur/CGPM. Les groupes professionnels militaires LOG [logistique], RENS [renseignement] et Aff P [affaires publiques] [les autres classifications professionnelles examinées pour le requérant] ne sont pas accessibles aux participants du PFOFR.

Un premier ordre de libération concernant le requérant a été donné le 8 septembre 1994, établissant la date de sa libération au 1<sup>er</sup> juin 1995, mais une prorogation a par la suite été accordée jusqu'au 22 janvier 1996.

[11] Le requérant a entamé la procédure de redressement des griefs prévue dans les ORFC le 24 février 1995. Après le dépôt du grief, il semble que différents officiers des Forces canadiennes aient adopté des positions contradictoires quant à savoir si le requérant pouvait ou devait changer de groupe professionnel. Certains soutenaient fermement que la recommandation du CRC(RM) devait être maintenue, mais d'autres étaient d'avis que le requérant avait été traité injustement et que, contrairement à la conclusion du CRC(RM), la Marine avait besoin de jeunes officiers en logistique<sup>4</sup>.

[12] Dans une note de service datée du 14 novembre 1995, le lieutenant-colonel P. Pellicano, directeur, Droits de la personne et lutte contre le harcèlement (DDPLCH), a écrit au colonel L. G. Pestell, directeur, Administration des carrières des officiers (DACO), l'informant qu'un autre élève-officier (Logan) s'était enrôlé en logistique et lui recommandant de maintenir l'emploi du requérant, en le mutant au service de logistique de la Marine. Le 15 novembre 1995, le colonel Pestell a informé le lieutenant-colonel Pellicano qu'il n'y avait pas de poste vacant en logistique, que le cas du requérant avait fait l'objet d'un examen complet et que la question devait être transmise au CEMD pour qu'une décision soit prise sans autre retard.

[13] Malgré la lettre du colonel Pestell au lieutenant-colonel Pellicano, l'affaire n'a pas été transmise au

forward to the CDS. Instead, on November 16, 1995, Lieutenant Commander J. D. Lemieux, a DPCA officer subordinate to Colonel Pestell, issued instructions for a second CRB(M):

1. In preparation of a submission to the CDS, a review of this file indicates that some information germane to the request may not be current, which in turn could impact on the decision. Specifically, it would appear that OCdt Hutton does not meet the "universality of service" principle now applied during CRB(M) board deliberations.

2. Accordingly, to assist in determining a valid career disposition for OCdt Hutton, it is requested that a new CRB(M) be convened. CRB(M) results will be used to form the basis for recommendations to the adjudicating authority.

The second CRB(M) was convened on November 16, 1995. The decision of the second CRB(M) rendered on the same date states:

PROTECTED B

CAREER REVIEW BOARD (MEDICAL)—NCM

1. General Information

a. B42 220 889      OCdt      Hutton      23U  
(SN) (RANK) (SURNAME&INIT) (OCCUPATION)

b. 3027      Op Ren  
(UIC-SUFFIX-ELI)      (PRESENT UNIT)

2. Reason for submission/recommendation follows:

- a. OCdt Hutton was assigned a med cat of G2: no geographical limitation; and 03: no heavy physical work for more than two (2) hrs without rest. OCdt Hutton's case was reviewed by the CRB (M) held 1 Sep 94. Its decision was to release OCdt Hutton with a retirement leave to commence 1 jun [sic] 95. The date to commence retirement leave was amended to 18 Dec 95 as result of extensions granted to OCdt Hutton in order to partly solve the manning situation in the Op Ren cell;
- b. OCdt Hutton has grieved the CRB (M) decision to release him from the CF. As a result of this grievance, DPCA 4 has expressed concerns wrt [sic] the application of the universality of service principle. This CRB (M) is generated solely to assist the

CEMD. Le 16 novembre 1995, le lieutenant-commander J. D. Lemieux, officier de la DACO sous l'autorité du colonel Pestell, a donné instruction de convoquer un deuxième CRC(RM):

[TRADUCTION] 1. Un examen préalable à la transmission de ce dossier au CEMD révèle que certains renseignements ayant trait à cette demande ne sont peut-être pas à jour, ce qui pourrait influencer sur la décision. Plus précisément, il semblerait que l'élof Hutton ne respecte pas le principe de «l'universalité du service» qui est maintenant appliqué pendant les délibérations du CRC(RM).

2. Par conséquent, pour faciliter la prise d'une décision valable concernant la carrière de l'élof Hutton, il est demandé qu'un nouveau CRC(RM) soit convoqué. Les résultats de ce CRC(RM) serviront de fondement aux recommandations faites à l'autorité qui prendra la décision finale.

Le deuxième CRC(RM) a été convoqué le 16 novembre 1995. La décision que ce comité a rendue le même jour indique ce qui suit:

[TRADUCTION] RENSEIGNEMENTS PROTÉGÉS B

COMITÉ DE RÉVISION DES  
CARRIÈRES (RAISONS MÉDICALES)—MR

1. Renseignements généraux

a. B42 220 889      élof      Hutton      23 U  
(NM) (RANG) (NOM ET INITIALES) (GR PROF)

b. 3027      Op Ren  
(CIU-SUFFIXE-ILTE)      (UNITÉ ACTUELLE)

2. Raison de la demande/recommandation:

- a. La cote médicale suivante a été assignée à l'élof Hutton: G2, aucune limite géographique; et 03: pas de travail physique pendant plus de deux (2) heures sans pause. Le cas de l'élof Hutton a été examiné par le CRC(RM) qui a été convoqué le 1<sup>er</sup> septembre 1994. La décision de ce comité était de libérer l'élof Hutton en date du 1<sup>er</sup> juin 1995. La date de sa libération a été reportée jusqu'au 18 décembre 1995, par suite de prolongations accordées à l'élof Hutton afin de régler en partie les problèmes d'effectif de la cellule Op Ren.
- b. L'élof Hutton a contesté par voie de grief la décision du CRC(RM) de le libérer des FC. Par suite de ce grief, le DACO 4 a exprimé ses préoccupations concernant l'application du principe de l'universalité du service. Le présent CRC(RM) a été convoqué

- adjudicating authority in determining a valid career action for OCdt Hutton;
- c. OCdt Hutton is fit for 0% of the posns for his present occupation and rank;
- d. the subject 33 (1) of the NDA requires all CF members to perform any lawful duties. The employment limitation "no heavy physical work for more than two (2) hrs without rest" drastically restricts the member's capacity to perform the full spectrum of the GMDs;
- e. the CF has a BFOR for all its officers requiring them to perform physical demands ranging from normal to extremely high depending on the duties. The CF has a BFOR for Inf offr to be able to perform heavy physical duties for prolonged periods; and
- f. the member cannot be considered for an occupation transfer since his assigned employment limitation is in breach of the universality of service. This essential criterion was not given proper consideration in the deliberations of the original Board. [Emphasis added.]
- uniquement pour aider l'autorité responsable de la décision à se prononcer sur les mesures qui doivent être prises concernant la carrière de l'élof Hutton.
- c. L'élof Hutton est inapte à occuper tous les postes de son groupe et de son rang actuels.
- d. Le paragraphe 33(1) de la LDN dispose que tous les membres des FC sont soumis à l'obligation de service légitime. La limite «pas de travail physique pendant plus de deux (2) heures sans pause» restreint considérablement la capacité du membre à remplir toutes ses fonctions d'ordre militaire.
- e. Les FC ont établi une EPN pour l'ensemble des officiers, les obligeant à se soumettre à des exigences physiques allant de normales à extrêmement difficiles, selon leurs fonctions. Les FC ont une EPN pour les officiers d'infanterie, c'est-à-dire que ceux-ci doivent être en mesure de s'acquitter de tâches physiques lourdes pendant des périodes prolongées.
- f. Il n'est pas possible d'envisager de changer le membre de groupe professionnel étant donné que les restrictions applicables à sa capacité de travail contre-vennent à l'universalité du service. Ce critère essentiel n'a pas été examiné de façon appropriée au cours des délibérations du premier comité. [Non souligné dans l'original.]

CAREER REVIEW BOARD (MEDICAL)

DECISION SLIP

1. The circumstances concerning the above named member of the Canadian Forces have been reviewed by the Career Review Board members listed hereunder. The Board recommends that:

Based on this information, the Board would have no other option but to recommend release. Since the outcome of this review still leads to a recommendation for release, we recommend that the previous findings of the CRB(M) held 1 Sep 94 be maintained.

[14] The applicant was not informed that the second CRB(M) was being convened and therefore made no submissions to it. He found out about the second CRB(M) subsequently.

[15] After the decision of the second CRB(M), the applicant's promotion and release classification issues arose. He filed additional grievances in respect to each matter.

COMITÉ DE RÉVISION DES CARRIÈRES  
(RAISONS MÉDICALES)

DÉCISION

1. Les circonstances concernant le membre susmentionné des Forces canadiennes ont été examinées par les membres du comité de révision des carrières dont le nom figure ci-après. Le comité recommande ce qui suit:

D'après ces renseignements, le comité n'a d'autre choix que de recommander la libération. Étant donné que les résultats de cette révision mènent encore une fois à une recommandation de libération, nous recommandons le maintien des conclusions du CRC(RM) qui a été convoqué le 1<sup>er</sup> septembre 1994.

[14] Le requérant n'a pas été informé de la convocation du deuxième CRC(RM) et n'a donc pas formulé d'observations. Il a été mis au courant par la suite.

[15] Après la décision du deuxième CRC(RM), les questions concernant la promotion du requérant et sa classification concernant ses possibilités de libération se sont posées. Il a déposé d'autres griefs au sujet de chacune de ces questions.

[16] The first additional grievance concerned the applicant's promotion and commission. On December 14, 1995, he was informed personally by Colonel Pestell (DPCA) in a meeting that he would be promoted from Officer Cadet to Second Lieutenant. Subsequently, the Directorate of Personnel Careers Officers (DPCO) staff objected to Colonel Pestell's view. A meeting was held on January 18, 1996 between DPCA, DPCO staffs and DLaw Per [Director Law/Personnel], a military lawyer. The result of the meeting was that the applicant should not be promoted and commissioned. The applicant learned of this decision and filed an intention to grieve on January 22, 1996.

[17] On February 21, 1996, the applicant received a letter from Lt.-Col. Moffatt, DPCA 3, which refers both to Colonel Pestell's direction to promote the applicant, and the meeting of January 18, 1996:

Capt Pachett's opinion was that you did meet promotability criteria and that was subsequently briefed to DPCA, Col Pestell, who, based on that advice, directed that you be promoted to 2Lt.

Subsequent to that direction, DPCA 2 and DPCO 7 questioned this decision. That prompted a meeting involving all of the aforementioned personnel, and an interpretation by DLaw Per which advised that you should not be promoted.

That, as you know, was relayed to SO Op Ren. We are still conducting a search to determine what happened to the file in which the above decisions were discussed. Should we find that file, the applicable documentation will be provided to you.

[18] In his redress of grievance filed on February 26, 1996, the applicant alleged that the denial of his promotion was unjust because DPCA was the competent authority to promote and commission him, and rescinding the direction to promote and commission him constituted a violation of fairness and equity, and of a legitimate expectation of process.

[19] The applicant's final grievance arose with respect to the Medical Release suitability classification. This classification pertains to whether, if the

[16] Le premier grief supplémentaire concernait la promotion et la commission promises au requérant. Le 14 décembre 1995, le colonel Pestell (DACO) l'avait informé personnellement au cours d'une réunion qu'il serait promu d'élève-officier à sous-lieutenant. Par la suite, le personnel de la Direction des carrières militaires (officiers) (DCMO) s'est opposé à l'opinion du colonel Pestell. Une réunion a eu lieu le 18 janvier 1996 entre le DACO, des représentants de la DCMO et le DJ/Per [Directeur juridique/Personnel], avocat militaire. À l'issue de cette réunion, il a été décidé que le requérant ne serait ni promu ni commissionné. En apprenant cette décision, le requérant a indiqué son intention de déposer un grief le 22 janvier 1996.

[17] Le 21 février 1996, le requérant a reçu une lettre du lieutenant-colonel Moffatt, DACO 3, qui faisait référence à l'ordre donné par le colonel Pestell d'accorder une promotion au requérant et à la réunion du 18 janvier 1996:

[TRADUCTION] Le capitaine Pachett était d'avis que vous respectiez les critères applicables aux promotions et a transmis ces renseignements au colonel Pestell, DACO, qui, s'appuyant sur ses conseils, a ordonné que vous soyez promu au grade de st.

Par la suite, le DACO 2 et le DACO 7 ont contesté cette décision. Une réunion a été convoquée à laquelle ont assisté toutes les personnes susmentionnées, et au cours de laquelle l'interprétation donnée par DJ Per a mené à la conclusion que vous ne deviez pas être promu.

Comme vous le savez, ces renseignements ont été transmis à l'OEM Op Ren. Nous poursuivons nos recherches pour retrouver le dossier dans lequel les décisions précitées ont été discutées. Si nous le retrouvons, les documents pertinents vous seront transmis.

[18] Dans sa demande de règlement de grief déposée le 26 février 1996, le requérant allègue que le refus de lui accorder sa promotion est injuste parce que le DACO était l'autorité compétente pour lui accorder la promotion et la commission, et que l'annulation de l'ordre de promotion et de commission viole les principes d'équité et le prive de son droit de bénéficier de l'application régulière de la loi.

[19] Le dernier grief du requérant concerne la cote qui lui a été attribuée au niveau de la possibilité qu'il soit libéré pour des raisons de santé. Ce classement a

applicant is released, he can engage in further service with the Canadian Forces either with the Regular Force or the Reserve Force. According to the evidence of Captain Burton William Matthews, an officer in the Directorate of Military Careers at National Defence headquarters, Ottawa:

When a CF member is released, regardless of the reason for the outgoing member's release, his suitability for re-enrolment in the event of an emergency situation must be assessed according to the following factors:

- Suitability "A" employable in a military occupation classification without restrictions;
- Suitability "B" employable in a military occupational classification with restrictions; or
- Suitability "C" not employable.

[20] After the applicant's release on January 22, 1996, he made inquiries as to the possibility of joining a Militia unit. He was advised that he had been assigned a Medical Release suitability classification of "C", which barred him from Militia service. He made further inquiries whether the requirement could be waived, and was informed by the Directorate of Recruiting and Educational Training (DRET) on March 3, 1996 that the restriction would stand on the basis that he could not meet the requirement of the universality of service principle, as was determined by the second CRB(M).

[21] This decision caused the applicant to file his final redress for grievance on March 13, 1996, in which he submitted that the Medical Release suitability classification assigned to him was wrong, the universality principle applied only with respect to the Regular Force and not to service in the Militia, and that the second CRB(M) was convened without proper authority and misapplied the universality of service principle. He asked that his suitability classification be changed from "C" to "A" or "B", that he be permitted to enrol in the Militia, and that all DRET documents referring to the second CRB(M) be purged.

[22] The grievances came before the CDS who denied all three in his decision of June 10, 1996.

pour but d'établir si, en cas de libération du requérant, celui-ci peut effectuer d'autres périodes de service dans les Forces canadiennes soit dans la Force régulière, soit dans la Force de réserve. Selon le témoignage du capitaine Burton William Matthews, officier de la Direction des carrières militaires au Quartier général de la Défense nationale à Ottawa:

[TRADUCTION] Quand un membre des FC est libéré, pour quelque raison que ce soit, la possibilité qu'il puisse servir de nouveau dans les Forces en cas d'urgence doit être évaluée en fonction des facteurs suivants:

- cote «A»: employable sans restriction dans toute catégorie d'emploi militaire;
- cote «B»: employable avec restrictions dans toute catégorie d'emploi militaire;
- cote «C»: non employable.

[20] Après sa libération le 22 janvier 1996, le requérant s'est informé de la possibilité de s'enrôler dans une milice. On l'a informé que la cote «C» relative à la possibilité de libération pour des raisons de santé l'empêchait de s'enrôler dans la milice. Il s'est renseigné plus avant pour savoir si cette exigence pouvait être contournée et la Direction du recrutement, de l'enseignement et de l'instruction (DREI) l'a informé le 3 mars 1996 que la restriction serait maintenue étant donné qu'il ne pouvait respecter le principe de l'universalité du service, comme l'avait conclu le deuxième CRC(RM).

[21] Cette décision a amené le requérant à déposer sa dernière demande de redressement de grief le 13 mars 1996, dans laquelle il faisait valoir que la cote qui lui avait été assignée était erronée, que le principe de l'universalité ne s'appliquait qu'au niveau de la Force régulière et non pas pour le service dans la milice, et que le deuxième CRC(RM) avait été convoqué sans les autorisations nécessaires et avait mal appliqué le principe de l'universalité du service. Il a demandé que sa cote soit augmentée à «A» ou «B», à être autorisé à s'enrôler dans la milice, et à ce que tous les documents de la DREI ayant trait à la décision de ce deuxième CRC(RM) soient retirés de son dossier.

[22] Les griefs ont été entendus par le CEMD qui les a refusés tous les trois dans sa décision du 10 juin 1996.

### THE SUITABILITY "C" ISSUE

[23] At the hearing before this Court, counsel for the CDS informed the Court that the CDS did not wish to defend the suitability "C" decision. She advised that the CDS has undertaken that he would, outside of the grievance process, upgrade the applicant's medical release suitability classification from "C" to "B" as soon as possible.<sup>5</sup> In view of the CDS's position, that portion of his decision of June 10, 1996, not to change the applicant's suitability classification from "C" to "B" is quashed. The matter is not remitted for reconsideration in view of the undertaking of the CDS to voluntarily upgrade the applicant's classification from "C" to "B".

### THE RELEASE AND PROMOTION ISSUES

[24] I next consider those portions of the decision of the CDS denying the applicant redress respecting his release and for the refusal to promote him. At the judicial review hearing the respondent conceded that the second CRB(M) convened on November 16, 1995 was flawed on the basis that it offended the principles of natural justice. Therefore, the question to be decided is whether the decision of the CDS is in turn invalid because of its reliance on the flawed second CRB(M). Although the flaws of the second CRB(M) were conceded, the circumstances surrounding its convening, timing and process are set out for the purpose of context.

[25] In his November 15, 1995 memo to Lieutenant Colonel Pellicano, Colonel Pestell expresses frustration at the amount of time and resources that have been devoted to the applicant's grievance. In that memorandum, he indicates that the matter should be referred without delay to the CDS. I find no fault to this point. However, for some reason, Lieutenant Commander Lemieux then instructed that a second CRB(M) be convened to assist in determining a valid career determination for the applicant, the results of which were to form the basis of a recommendation to the CDS.

### LA QUESTION DE LA COTE «C»

[23] À l'audience, l'avocate du CEMD a informé la Cour que le CEMD ne souhaitait pas défendre sa décision concernant cette cote «C». Le CEMD s'est engagé à faire passer la cote du requérant, relativement à sa possibilité de libération pour des raisons de santé, de «C» à «B» dès que possible, en-dehors du processus du règlement des griefs<sup>5</sup>. Au vu de la position du CEMD, cette partie de la décision du 10 juin 1996 de ne pas augmenter la cote du requérant de «C» à «B» est infirmée. La question n'est pas renvoyée pour réexamen en raison de l'engagement volontaire du CEMD à augmenter ce classement de «C» à «B».

### LES QUESTIONS DE LIBÉRATION ET DE PROMOTION

[24] J'examine maintenant ces parties de la décision du CEMD refusant au requérant le redressement recherché concernant sa libération et le refus de lui accorder une promotion. Au cours de l'audition de la demande de contrôle judiciaire, l'intimé a reconnu que le deuxième CRC(RM) convoqué le 16 novembre 1995 avait contrevenu aux principes de justice naturelle. La question est donc de savoir si la décision du CEMD est à son tour invalide parce qu'elle s'appuie sur la décision viciée du deuxième CRC(RM). Bien que les lacunes de la décision du deuxième CRC(RM) aient été reconnues, les circonstances qui entourent la convocation de ce comité, la rapidité des délibérations et le processus suivi sont énoncés pour replacer les choses dans leur contexte.

[25] Dans sa note de service du 15 novembre 1995 adressée au lieutenant-colonel Pellicano, le colonel Pestell se disait frustré du temps et des ressources qui avaient été consacrés au grief du requérant. Il indiquait que la question devrait être transmise sans délai au CEMD. Je ne vois rien à redire là-dessus. Toutefois, pour une raison quelconque, le lieutenant-commander Lemieux a ensuite donné ordre de convoquer un deuxième CRC(RM) afin d'aider à prendre une décision valable sur la carrière du requérant, dont les résultats devaient constituer le fondement de la recommandation au CEMD.

[26] This rather elaborate procedure which involved six senior officers of the Canadian Forces, including an officer with the rank of Brigadier General, appears to have been convened on less than 24 hours' notice with a decision being reached and approval given by the Brigadier General on the same day. This compares to the first CRB(M) which was initiated in or about April 1994 and concluded its deliberations and recommendation in September of 1994, an elapsed time of over four months.

[27] The second CRB(M) procedure is not a case of an inadvertent breach of principles of natural justice. It was clearly an attempt to circumvent the arguments made by Lieutenant Colonel Pellicano and others, that the applicant should be considered for occupational transfer to logistics. The basis relied on in the second CRB(M) is that because of the "universality of service" principle derived from subsection 33(1) of the *National Defence Act*,<sup>6</sup> the applicant cannot be considered for occupational transfer. This is a matter of interpretation and its application is not obvious. In this context, the haste with which the second CRB(M) was convened and the speed with which it rendered its decision create a number of concerns. In addition to the failure to notify the applicant of the proceedings and give him an opportunity to make submissions, I question whether the second CRB(M) was rendering an independent recommendation. Rather, it seems it was a device of some officers opposed to retaining and transferring the applicant to prevent the CDS from considering the issue of vacancies in logistics, about which there seemed to be some doubt, and which might have resulted in the CDS redressing the grievance of the applicant, and to force him to conclude that the applicant must be released on account of the universality of service principle.

[28] I return to the decision of the CDS. There is no question that the CDS considered the second CRB(M).

[26] Cette procédure plutôt élaborée, c'est-à-dire la convocation du comité, qui a fait intervenir six officiers supérieurs des Forces canadiennes, dont un officier ayant le grade de brigadier-général, semble avoir eu lieu à moins de 24 heures de préavis et avoir donné lieu à une décision qui a été approuvée par le brigadier-général le même jour. Par comparaison, le premier CRC(RM) a entamé sa procédure en avril 1994, a conclu ses délibérations et a fait sa recommandation en septembre 1994, c'est-à-dire qu'il lui a fallu plus de quatre mois.

[27] La procédure de convocation du deuxième CRC(RM) n'est pas un cas de violation par inadvertance des principes de justice naturelle. Il s'agissait manifestement d'une tentative de contourner les arguments présentés par le lieutenant-colonel Pellicano et d'autres pour qu'on envisage la possibilité de changer le requérant de groupe professionnel afin qu'il soit affecté en logistique. Le deuxième CRC(RM) s'est appuyé sur le fait qu'en raison du principe de «l'universalité du service», découlant du paragraphe 33(1) de la *Loi sur la défense nationale*<sup>6</sup>, la possibilité de changer le requérant de groupe professionnel ne pouvait être envisagée. C'est une question d'interprétation dont l'application n'est pas évidente. Dans le contexte, la hâte avec laquelle le deuxième CRC(RM) a été convoqué et la rapidité avec laquelle il a rendu sa décision soulèvent un certain nombre de questions. Outre le fait qu'on a omis d'informer le requérant de cette procédure et de lui donner la possibilité de présenter des observations, je me demande si le deuxième CRC(RM) a présenté une recommandation indépendante. Il me semble plutôt qu'il s'agit là d'un plan concocté par certains officiers, opposés au maintien de l'emploi du requérant et au changement de groupe professionnel, en vue d'empêcher le CEMD d'examiner la question des postes vacants en logistique, qui n'est pas sans soulever elle-même quelques doutes, ce qui aurait pu amener le CEMD à accorder le redressement recherché par le requérant dans son grief, et à l'obliger à conclure que le requérant devait être libéré en raison du principe de l'universalité du service.

[28] Je reviens à la décision du CEMD. Il ne fait pas de doute que le CEMD a examiné la décision du



He makes explicit reference to it. However, the respondent argues that in order to determine the validity of the CDS's findings, each component of his decision must be considered separately as to whether reliance was placed on the second CRB(M) in each case. The respondent's position is that, although the portions of the decision which mention the validity of the second CRB(M) and the Medical Release suitability classification may be tainted, the CDS did not rely on the second CRB(M) in making the decision to deny the applicant further redress with respect to his release and promotion.

[29] The respondent relies on *Canadian Cable Television Assn v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626 (C.A.) in which MacGuigan J.A. held that the Copyright Board denied no principle of natural justice, in spite of the fact that one member had obtained outside information (indeed, had met privately with officials from the CRTC for this purpose) and made use of some of the material in his dissenting reasons. MacGuigan J.A. observed at page 639 that the member had made a "serious mistake of judgment which could certainly have had the effect of invalidating the Board's decision for lack of fairness." However, he then turned to consider whether the conduct of the one member vitiated the entire decision of the Board. He stated at pages 651-652:

. . . I believe the [*Canadian Pacific Ltd. v. British Columbia Forest Products, Ltd.*, [1981] 2 F.C. 745 case in this Court stands for the proposition that an applicant must show that the Board "placed at least some reliance on the information" in question (at page 757). Here there is no evidence at all of such reliance. Indeed, quite the contrary.

If a final word needs to be said, let it be that an inconsequential error of law, or even a number of them, which could have no effect on the outcome do not require this Court to set aside a decision under paragraph 28(1)(b) of the *Federal Court Act*. In *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334, at page 342, Hugessen J.A.,

deuxième CRC(RM). Il y fait explicitement référence. Toutefois, l'intimé fait valoir que pour déterminer la validité des conclusions du CEMD, chaque composante de sa décision doit être analysée séparément au regard de l'importance qu'il a accordée chaque fois à la décision du deuxième CRC(RM). Selon la position de l'intimé, bien que les parties de la décision qui traitent de la validité du processus du deuxième CRC(RM) et du classement concernant la possibilité d'être libéré pour des raisons de santé puissent être entachées d'erreur, le CEMD ne s'est pas appuyé sur la recommandation du deuxième CRC(RM) pour décider de refuser au requérant tout autre redressement concernant sa libération et sa promotion.

[29] L'intimé s'appuie sur l'arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.), dans lequel le juge MacGuigan, J.C.A., a statué que la Commission du droit d'auteur n'avait pas refusé d'appliquer un principe de justice naturelle, malgré le fait qu'un membre avait obtenu des renseignements extérieurs (en fait, il avait rencontré en privé des représentants du CRTC à cette fin) et avait fait usage de certains de ces renseignements dans ses motifs dissidents. Le juge MacGuigan, J.C.A., fait observer à la page 639 que le commissaire avait «commis une grave erreur de jugement en cherchant à obtenir ces renseignements en dehors du cadre des audiences, et cette erreur aurait certainement pu entraîner la nullité de la décision prise par la Commission à cause d'un manquement à l'équité». Toutefois, il s'est ensuite demandé si la conduite d'un seul commissaire entachait de nullité toute la décision de la Commission. Il indique ceci aux pages 651-652:

. . . je pense que [l'arrêt *Canadien Pacifique Limitée c. British Columbia Forest Products, Ltd.*, [1981] 2 C.F. 745] appuie la thèse selon laquelle une partie requérante doit établir que la Commission «s'est fiée au moins dans une certaine mesure à l'information» en question (à la page 757). En l'occurrence, rien ne permet de tirer cette conclusion, bien au contraire.

Une dernière précision mérite peut-être d'être donnée: l'existence d'une ou même de plusieurs erreurs de droit sans conséquence, qui pourraient ne rien changer au résultat, n'oblige pas la Cour à annuler une décision aux termes de l'alinéa 28(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans l'arrêt *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984]

after setting out the text of subsection 28(1), commented as follows:

In my view, nothing in the words used makes them other than attributive of jurisdiction. They create the power in the Court to set aside decisions which offend in one of the stated ways but do not impose a duty to do so in every case.

...

In my view, the Board made no error of law by infringing the principle of *audi alteram partem* in this case, but if, hypothetically, the actions of Latraverse could somehow be attached to the whole of the Board, I think any error attributable to the Board would be inconsequential, a mere technical breach, and should not be a basis for judicial reversal. The authorities have all required a real possibility that the result was affected.

[30] From this, the respondent asserts the proposition that where there is a “mere technical breach” of a principle of natural justice by one member of a tribunal, the whole decision is not vitiated unless it is shown that there was a “real possibility that the result was affected” by the breach. The respondent’s position, therefore, is that in considering whether the decision of the CDS should be set aside on the basis of a mere technical breach of natural justice, this Court must ask whether there was a real possibility that the CDS relied on the second CRB(M) in deciding the issues of the applicant’s release and promotion, and thus dealt with the applicant unfairly.

[31] In *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada—Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, at page 228 Iacobucci J. held that a breach of natural justice may be ignored by the courts only in exceptional cases; when the decision is inevitable. However, I interpret the respondent’s argument to be that the general principle in *Mobil Oil* that natural justice may not be ignored need not be applied where there is no reliance on the information obtained in breach of natural justice principles. The respondent’s position is that if there is no reliance on the information obtained in breach of natural justice principles, there is no possibility that the result was

2 C.F. 334, à la page 342, le juge Hugessen de la Cour d’appel, après avoir cité le paragraphe 28(1), a fait le commentaire suivant:

À mon avis, il s’agit là de rien d’autre qu’une disposition attributive de compétence. Elle confère à la Cour le pouvoir d’annuler les décisions entachées de l’un des vices mentionnés, sans pour autant lui imposer l’obligation de le faire dans chaque cas.

...

Selon moi, la Commission n’a commis aucune erreur de droit en contrevenant à la règle *audi alteram partem* en l’espèce, mais dans l’hypothèse où les actes de M. Latraverse pourraient, pour une raison ou pour une autre, être imputés à la Commission dans son ensemble, je pense qu’une erreur attribuable à la Commission serait sans conséquence, constituerait un simple manquement à la procédure, et ne devrait pas justifier l’annulation de la décision. Dans toutes les causes citées, il fallait qu’il y ait une réelle possibilité que le résultat soit modifié.

[30] À partir de cet extrait, l’intimé affirme qu’en cas de «simple manquement» à un principe de justice naturelle par un membre du tribunal, la décision complète n’est pas viciée à moins qu’il soit démontré qu’il y ait «une réelle possibilité que le résultat soit modifié» à cause de ce manquement. Par conséquent, l’intimé est d’avis qu’en examinant la question de savoir si la décision du CEMD devrait être annulée en raison d’un simple manquement à un principe de justice naturelle, la présente Cour doit se demander s’il y a une réelle possibilité que le CEMD se soit appuyé sur la recommandation du deuxième CRC(RM) pour décider des questions de libération et de promotion concernant le requérant, et par conséquent qu’il ait traité injustement le requérant.

[31] Dans l’arrêt *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, à la page 228, le juge Iacobucci a statué que les tribunaux ne devraient ignorer un manquement aux principes de justice naturelle que dans des cas exceptionnels, c’est-à-dire quand la décision est inévitable. Toutefois, j’interprète l’argument de l’intimé comme signifiant que le principe général énoncé dans *Mobil Oil*, selon lequel on ne peut ignorer un principe de justice naturelle, ne s’applique pas nécessairement lorsqu’on ne s’appuie pas sur les renseignements qui ont été obtenus en violation des principes de justice naturelle. L’intimé

affected and *Canadian Cable Television* applies.

[32] Assuming this to be a correct expression of the law, to what extent did the CDS rely on the decision of the second CRB(M) in deciding the applicant's grievances respecting release and promotion? The decision of the CDS is brief and in this respect obscure. The record, on the other hand, is extremely complicated. Counsel for the CDS made submissions to the effect that the Court was entitled to look at the record where the decision is unclear to reconstruct how he must have come to his decision and what he relied on. However, such a task would give the CDS the benefit of his obscurity, and would require the Court to engage in speculation as to what was in the mind of the CDS in forming his conclusions. Whereas the Court in *Canadian Cable Television* was able to clearly determine that the majority members of the Board made their decision without reliance upon the information considered by the dissenting member and the flawed information received only slight mention by the member in dissent, in this case the CDS as the sole decision maker made explicit reference to the second CRB(M).

[33] In his decision, the CDS concurred "with the statement of DPCA . . . in his memo of 16 Jan 96 with respect to the second CRB(M) and his finding that no impropriety took place in the process." Since there were breaches of natural justice, the CDS was mistaken about the validity of the process of the second CRB(M). Certainly, the reason for the second CRB(M) was, in the words of Lieutenant Commander Lemieux, "to assist in determining a valid career disposition for OCdt Hutton", and the decision of the second CRB(M) provides: "the Board would have no other option but to recommend release." The reasons of the second CRB(M) deal with occupational transfer,

fait valoir que, si le CEMD ne s'est pas appuyé sur des renseignements obtenus en violation des principes de justice naturelle, il n'y a pas de possibilité que le résultat en soit modifié et que c'est donc l'arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble* qui s'applique.

[32] Si l'on suppose qu'il s'agit là d'une interprétation correcte du droit en vigueur, dans quelle mesure le CEMD s'est-il appuyé sur la décision du deuxième CRC(RM) pour trancher les griefs du requérant concernant sa libération et sa promotion? La décision du CEMD est brève et, à cet égard, nébuleuse. Par ailleurs, le dossier est extrêmement compliqué. L'avocate du CEMD a présenté des observations indiquant que la Cour était en droit d'examiner le dossier lorsque la décision n'est pas claire afin de refaire le cheminement suivi par le CEMD pour en arriver à sa décision et déterminer sur quels renseignements il s'est appuyé. Toutefois, un tel exercice donnerait au CEMD l'avantage de s'être exprimé de façon nébuleuse, et obligerait la Cour à faire des spéculations sur ce que le CEMD avait à l'esprit quand il a formulé ses conclusions. Alors que la Cour dans l'arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble* a été en mesure de déterminer clairement que la majorité des membres de la Commission avaient pris leur décision sans s'appuyer sur les renseignements qui avaient été examinés par le commissaire dissident et que ces renseignements viciés n'avaient été mentionnés que très brièvement par le membre dissident, en l'espèce, le CEMD, qui a été le seul décideur, a fait explicitement référence à la décision du deuxième CRC(RM).

[33] Dans sa décision, le CEMD est d'accord [TRADUCTION] «avec l'affirmation du DACO . . . dans sa note de service du 16 janvier 1996 ayant trait à la convocation du deuxième CRC(RM) et dans sa conclusion qu'aucune erreur n'a été commise dans ce processus». Étant donné qu'il y a eu des manquements aux principes de justice naturelle, le CEMD s'est trompé sur la validité du processus suivi par le deuxième CRC(RM). Certainement, la raison de la convocation du deuxième CRC(RM) était, selon les mots du lieutenant-commander Lemieux, [TRADUCTION] «pour faciliter la prise d'une décision valable concernant la carrière de l'élof Hutton», et la décision du deuxième

finding that the applicant could not be considered for transfer in view of the universality of service principle. I therefore cannot say that the CDS did not rely on the reasons or decision of the second CRB(M) in making his decision respecting the applicant's release.

[34] With respect to promotion, the decision of the CDS indicates that the applicant did not meet the medical conditions for promotion. According to the evidence of Captain Matthews, eligibility for promotion for the commissioned rank of second lieutenant is contingent on the officer cadet being medically fit and able to meet the medical standards for his or her minimum occupational classification (MOC). While the MOC for infantry is G202, for logistics it is G303. It is obvious that the decision not to promote and commission is based on the applicant's occupation in the infantry only, because the decision to release was based in part on the CDS's conclusion that he could not be transferred to another occupation. Obviously, the CDS did not consider the question of promotion in the context of any other occupation. I am not satisfied that the decision to release and not to promote are unrelated.

[35] The Court cannot now speculate as to what conclusions the CDS might have formed with respect to the issues of release and promotion if he had not been mistaken and had clearly disregarded the second CRB(M). Such speculation would constitute a significant departure from the principle laid out by *Le Dain J. in Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 661.

The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing.

CRC(RM) indique ceci: [TRADUCTION] «le comité n'a d'autre choix que de recommander la libération». Les raisons indiquées par le deuxième CRC(RM) ont trait à un changement de groupe professionnel, et le comité a conclu qu'il n'y avait pas de possibilité que ce changement se produise à cause du principe de l'universalité du service. Je ne peux donc dire que le CEMD ne s'est pas appuyé sur la décision du deuxième CRC(RM) pour prendre sa décision concernant la libération du requérant.

[34] Pour ce qui a trait à la promotion, la décision du CEMD indique que le requérant ne respectait pas les conditions médicales. Selon la déposition du capitaine Matthews, l'admissibilité à une promotion au grade de sous-lieutenant dépend de l'aptitude de l'élève-officier sur le plan médical, c'est-à-dire qu'il soit apte et qu'il respecte les normes médicales applicables à sa classification professionnelle minimale (CPM). La CPM pour l'infanterie est G202, et G303 pour la logistique. Il est évident que la décision de ne pas accorder de promotion et de commission se fonde uniquement sur le poste qu'occupait le requérant dans l'infanterie, parce que la décision de le libérer était fondée en partie sur la conclusion du CEMD qu'il ne pouvait être changé de groupe professionnel. De toute évidence, le CEMD n'a pas examiné la question de la promotion dans le contexte d'un autre groupe professionnel. Je ne suis pas convaincu que les décisions de le libérer et ne pas lui accorder de promotion n'ont aucun lien entre elles.

[35] La Cour ne peut spéculer à l'heure actuelle quant à savoir quelles auraient été les conclusions du CEMD concernant la libération et la promotion s'il n'avait pas été induit en erreur et s'il avait complètement ignoré la décision du deuxième CRC(RM). Ce genre de spéculation s'éloigne considérablement du principe énoncé par le juge Le Dain dans l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 661.

Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition.

[36] In *Canadian Cable Television*, the exercise of determining what the result might have been without reliance upon the information obtained in breach of natural justice was not speculative. MacGuigan J.A. had before him the Board's majority decision, which was not tainted by any mention of the flawed information or by any reliance upon it. I do not have such an untainted decision before me. Perhaps if the CDS had been more specific as to the precise information upon which he relied for the release and promotion decisions, the respondent's argument might have more weight. In the circumstances of this case, I cannot accede to it.

#### CONCLUSION

[37] I would allow the judicial review. The decision of the CDS is quashed and the matters of release and promotion are remitted for reconsideration by the CDS presently occupying that position.

[38] I return to the procedural difficulties in this case. There is presently a complaint before the Canadian Human Rights Commission. The CDS may not reconsider the matter by virtue of QR&O paragraph 19.26(16). This decision may result in the basis of the human rights complaint now having disappeared. It will be for the Commission to decide whether the substance of the applicant's complaint is sufficiently certain to enable it to proceed and render a decision on that complaint. One way of dealing with the matter would be for the Commission to dismiss the complaint without prejudice to the right of the applicant to reapply if necessary. This would enable the CDS to reconsider the matter expeditiously, and only if the applicant was of the view after a new decision that a human rights complaint was necessary and warranted would he have to proceed with that alternative. These will be decisions for the applicant and the Commission to make.

[39] Finally, the Charter arguments made on the judicial review were not pursued by the applicant for

[36] Dans l'arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble*, l'exercice auquel on s'est livré pour déterminer quel aurait pu être le résultat si on ne s'était pas appuyé sur les renseignements obtenus en violation des principes de justice naturelle n'était pas spéculatif. Le juge MacGuigan, J.C.A. avait devant lui la décision majoritaire de la Commission, qui ne faisait aucune mention des renseignements viciés et qui ne reposait nullement sur ces renseignements. La décision que j'ai devant moi n'est pas aussi claire. Peut-être que si le CEMD avait été plus précis quant aux renseignements exacts sur lesquels il s'est fié pour prendre ses décisions relatives à la libération et à la promotion, l'argument de l'intimé aurait pu avoir plus de poids. Cependant, dans les circonstances de l'espèce, je ne peux l'accepter.

#### CONCLUSION

[37] Je suis d'avis d'accueillir la demande de contrôle judiciaire. La décision du CEMD est annulée. Les questions de la libération et de la promotion sont renvoyées pour réexamen par le CEMD qui occupe à l'heure actuelle ce poste.

[38] Je reviens aux difficultés de procédure qui se posent en l'espèce. Il y a à l'heure actuelle une plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne. Le CEMD ne peut réexaminer la question en raison de l'application de l'alinéa 19.26(16) des ORFC. Cette décision pourra entraîner la disparition de la plainte relative aux droits de la personne. Il appartiendra à la Commission de décider si la plainte du requérant est suffisamment fondée pour lui permettre de poursuivre l'instance et de rendre une décision sur cette plainte. L'une des façons dont la Commission pourrait régler cette situation serait de rejeter la plainte sous réserve des droits du requérant de la présenter de nouveau au besoin. Cela permettrait au CEMD de réexaminer rapidement l'affaire, et ce n'est que si le requérant est d'avis, après qu'une nouvelle décision aura été rendue, que sa plainte relative aux droits de la personne était nécessaire et justifiée, qu'il pourra se prévaloir de cette solution. Ce sont là des décisions que le requérant et la Commission devront prendre eux-mêmes.

[39] Finalement, les arguments relatifs à la Charte soulevés dans le contrôle judiciaire n'ont pas été repris

the reasons explained in note 2. In view of the resolution of the natural justice issue in favour of the applicant, it is unnecessary to deal with the Charter arguments.

<sup>1</sup> S. 29 of the *National Defence Act* provides:

29. Except in respect of a matter that would properly be the subject of an appeal or petition under Part IX or an application or appeal under Part IX.1, an officer or non-commissioned member who considers that he has suffered any personal oppression, injustice or other ill-treatment or that he has any other cause for grievance may as a matter of right seek redress from such superior authorities in such manner and under such conditions as shall be prescribed in regulations made by the Governor in Council.

<sup>2</sup> While the applicant was out of time to file a complaint with the Minister of National Defence, counsel for the respondent assured the Court that the necessary extension would be granted if her argument was successful on the issue of prematurity.

<sup>3</sup> The judicial review application also includes allegations that s. 33 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60] and 34 [as am. *idem*] of the *National Defence Act* violate 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]] and that the exercise of discretion by the CDS in this case breaches s. 15 of the Charter which protects against discrimination on account of physical disability as an enumerated ground. To the extent there is any basis for these Charter arguments in this case, it is clear they are similar if not the same as complaints made to the Commission under the *Canadian Human Rights Act*. The parties were not prepared to deal with whether the Court should consider a Charter challenge under s. 15 while a complaint concerning the same matter is before the Commission. This issue has been the subject of some recent jurisprudence (see *Pereira v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 126 F.T.R. 308, a February 24, 1997 decision of Cullen J. of this Court; *Kulyk v. Toronto Board of Education* (1996), 139 D.L.R. (4th) 114, a decision of the Ontario Court General Division; and *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services public inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345). In the circumstances, the Court was not prepared to proceed with the Charter arguments before resolving this issue. In view of the disposition in respect of the natural justice issues, the Charter arguments need not be addressed.

<sup>4</sup> Generally, amongst others, views favourable to the applicant were expressed by Rear Admiral Summers,

par le requérant pour les motifs expliqués dans la note 2. Au vu du règlement de la question concernant les principes de justice naturelle en faveur du requérant, il n'est pas nécessaire de traiter de ces arguments.

<sup>1</sup> L'art. 29 de la *Loi sur la défense nationale* dispose comme suit:

29. Sauf dans le cas d'une affaire pouvant régulièrement faire l'objet d'un appel ou d'une demande en révision aux termes de la partie IX, ou d'une demande ou d'un appel aux termes de la partie IX.1, l'officier ou le militaire du rang qui s'estime lésé d'une manière ou d'une autre peut, de droit, en demander réparation auprès des autorités supérieures désignées par règlement du gouverneur en conseil, selon les modalités qui y sont fixées.

<sup>2</sup> Bien que le requérant n'ait pas respecté le délai pour présenter une plainte au ministre de la Défense nationale, l'avocate de l'intimé a assuré la Cour que la prolongation nécessaire serait accordée si la Cour lui donne raison sur le caractère prématuré de la demande.

<sup>3</sup> La demande de contrôle judiciaire renferme également des allégations selon lesquelles les art. 33 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 60] et 34 [mod., *idem*] de la *Loi sur la défense nationale* enfreignent la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et que l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le CEMD en l'espèce contrevient à l'art. 15 de la Charte qui protège le requérant contre la discrimination du fait d'une déficience physique, qui figure parmi les motifs énumérés. Dans la mesure où ces arguments relatifs à la Charte sont fondés en l'espèce, il est clair qu'ils sont semblables, sinon identiques, à des plaintes déposées devant la Commission en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Les parties n'étaient pas disposées à débattre de la question de savoir si la Cour devrait se pencher sur une contestation de l'art. 15 de la Charte pendant qu'une plainte portant sur la même question est devant la Commission. Cette question a fait l'objet de quelques décisions récentes (voir *Pereira c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 126 F.T.R. 308, une décision du 24 février 1997 du juge Cullen de la présente Cour; *Kulyk v. Toronto Board of Education* (1996), 139 D.L.R. (4th) 114, une décision de la Division générale de la Cour de l'Ontario, et *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345). Dans les circonstances, la Cour n'était pas disposée à entendre les arguments fondés sur la Charte avant de régler cette question. Au vu de la décision concernant les questions de justice naturelle, il n'a pas été nécessaire d'examiner les arguments relatifs à la Charte.

<sup>4</sup> De façon générale, les opinions favorables au requérant ont été exprimées par le contre-amiral Summers, le

Lieutenant Colonel Pellicano, Lieutenant Colonel LaPierre; and views unfavourable by Major General Armstrong, Colonel Pestell and Lieutenant Commander Lemieux. Doubts about the universality of service principle were expressed by Lieutenant Colonel Rivard and Colonel Holt.

<sup>5</sup> Notwithstanding the complaint under the *Canadian Human Rights Act*, art. 19.26(16) and (17) do not preclude the CDS from upgrading the medical release classification of the applicant outside the grievance process as he has undertaken to do.

<sup>6</sup> S. 33(1) of the *National Defence Act* states:

**33. (1)** The regular force, all units and other elements thereof and all officers and non-commissioned members thereof are at all times liable to perform any lawful duty.

lieutenant-colonel Pellicano, le lieutenant-colonel LaPierre; et les opinions défavorables par le major général Armstrong, le colonel Pestell et le lieutenant-commander Lemieux. Des doutes concernant le principe de l'universalité du service ont été exprimés par le lieutenant-colonel Rivard et le colonel Holt.

<sup>5</sup> Malgré la plainte fondée sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, les art. 19.26(16) et (17) n'empêchent pas le CEMD de modifier le classement du requérant relatif à la possibilité de libération pour des raisons de santé en dehors de la procédure de règlement des griefs, comme il s'est engagé à le faire.

<sup>6</sup> L'art. 33(1) de la *Loi sur la défense nationale* dispose comme suit:

**33. (1)** La force régulière, ses unités et autres éléments, ainsi que tous ses officiers et militaires du rang, sont en permanence soumis à l'obligation de service légitime.





# 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.*

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Inadmissible Persons*

Judicial review of IAD decision Immigration Act, s. 19(1)(f) containing rebuttable presumption, and that respondent's husband within exception contained therein—IAD concluding refusal of landing invalid, allowing appeal—Decision based primarily on letter from former United States Ambassador to Somalia, stating knew Mr. Adam, attesting to good character—Stating that although member of Siad Barré cabinet, Mr. Adam having little or no influence in human right policies, and vocal advocate for peaceful change—Under s. 19(1)(f) inadmissible if present or former members of, or senior officials of government engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations or war crimes or crimes against humanity, except persons satisfying Minister that their admission would not be detrimental to national interest—Evidence establishing respondent's husband member of Barré cabinet, and therefore falling within provisions of s. 19(1)(f)—Although no rebuttable presumption existing in s. 19(1)(f), IAD not erring—Only Minister having discretion to make exception in face of all evidence—Minister's delegate acting in bad faith or without regard to evidence—Letter from former United States Ambassador compelling, perhaps determinative—Should have been addressed in Minister's decision—Failure to do so making decision perverse—Minister required to provide reasons in circumstances, where, on its face, decision perverse or lack of reasons leading to apprehension failed to exercise discretion at all—Application dismissed in part, matter referred back for redetermination—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(f) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. ADAM (IMM-3380-96, Jerome A.C.J., order dated 29/8/97, 4 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### —Continued

Motion to strike action for declaration and damages initiated by plaintiff as denied permanent resident status on grounds inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii)—Seeking (a) declaration Act, s. 19(1)(a)(ii) inconsistent with Charter, ss. 7, 15 and of no force and effect under Constitution Act, 1982, s. 52; (b) declaration defendant's denial of application for permanent resident status on ground inadmissible under Act, s. 19(1)(a)(ii) violating rights under Charter, ss. 7, 15; (c) declaration entitled to permanent resident status in Canada; (d) in event s. 19(1)(a)(ii) found of no force and effect under s. 52, and declaration of invalidity suspended to allow defendant to amend impugned provisions, constitutional exemption from application of Act, s. 19(1)(a)(ii)—(a) not on its face involving any federal board, commission or other tribunal, rather, impugning legislation of Parliament—Declaration of this type may be sought in action—(b) involving decision of board, commission or other tribunal and should rightly be sought only in judicial review proceedings—Thus, (b) and (c) of prayer for relief must be struck out—(a) and (d) can properly remain in action to declare legislation void and for damages as question of whether or not damages can be awarded for actions taken before legislation found *ultra vires* matter to be decided by Trial Judge—Damage action neither struck nor stayed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii) —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—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.

CHESTERS v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1316-97, Giles A.S.P., order dated 9/7/97, 4 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

*Removal of Permanent Residents*

Application for judicial review of Minister's opinion under Immigration Act, s. 70(5) applicant constitutes danger to public in Canada—Applicant admitted to Canada with parents, four siblings—Remained permanent resident of Canada without becoming citizen—In August 1992, applicant convicted of two counts of sexual exploitation, one count of sexual interference contrary to Criminal Code, ss. 153(1)(a), 151—As result of criminal convictions, order issued applicant be deported from Canada—On July 10, 1995, Bill C-44 came into force adding s. 70(5) to Immigration Act—Permanent resident who, in opinion of Minister, constitutes danger to public in Canada shall not appeal to Appeal Division of Immigration and Refugee Board in relation to deportation order issued against him—Applicant's hearing before Appeal Division had not commenced when s. 70(5) came into force, but began 5 months later—Because hearing of applicant's appeal had not commenced prior to July 10, 1995, when s. 70(5) came into force, Minister entitled to issue opinion on January 10, 1996—Once danger opinion rendered, Appeal Division relieved of jurisdiction to dispose of appeal—As stated by Strayer J.A. in *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.), once Minister gives notice of decision under s. 70(5), discretion of Appeal Division supplanted, replaced by discretion of Minister—Minister entitled to issue opinion regarding applicant under s. 70(5), committed no reviewable error of law—Court rejecting applicant's argument that by failing to provide reasons, Minister failed to exercise discretion in proper manner, contrary to principles of natural justice—No basis in evidence to suggest Minister's decision, in exercise of discretion, patently perverse, exceeded jurisdiction, made in bad faith—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70(5) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13)—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 151, 153.

NOPPERS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-682-96, MacKay J., order dated 9/9/97, 14 pp.)

**IMMIGRATION PRACTICE**

Application for reconsideration of terms of order ([1997] F.C.J. No. 456 (Q.L.)) quashing visa officer's decision denying applicant's request for visa on compassionate and humanitarian grounds—Order silent on issue of whether case raised serious questions of general importance for certification—Respondent Minister now bringing motion to vary terms of original order to certify three questions—Issues (1) procedural conditions for bringing motion to certify serious questions of general importance once original order has been

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

issued; (2) whether actual questions posed raise serious questions of general importance—Motion allowed—(1) Not inconceivable question could remain invisible until after reasons given in judicial review application—Serious question of general importance can be certified after reasons for judgment have been issued—Federal Court R. 1733 can be invoked in certification matter in exceptional circumstance—Court noting had neglected to ask parties at original hearing if had questions for certification—Responsibility of judge to request parties if they have question to be certified—Minister did press boundaries of fairness by refusing or being unable to provide applicant proposed questions for certification until very last moment, however, point moot as another hearing date was granted in order to give applicant opportunity to consider proposed questions—Court having some reservations that this was case where serious questions of general importance not apparent during course of hearing—Motion for reconsideration on basis of failure to certify serious questions of general importance not without precedent—(2) Contents of questions—First proposed question (when assessing application for humanitarian and compassionate relief presented pursuant to Immigration Act, s. 114(2) and based solely on alleged danger of return to applicant's country of origin, can immigration officer consider opinion of post-claim determination officer in reaching decision?) already answered in case law: *Al-Joubeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 109 F.T.R. 235 (F.C.T.D.)—Second proposed question (is length of time taken by immigration officer in assessing application for humanitarian and compassionate relief presented pursuant to Immigration Act, s. 114(2) and after considering opinion of post-claim determination officer on presence of alleged danger of return to applicant's country of origin, indication (showing) he fettered his discretion?) turning on nuance of fettering of discretion argument—One-day interval between visa officer's decision and PDRC officer's assessment as indication that visa officer had indeed fettered his discretion—Basic question whether proposed question for certification solely dependent on factual issue or whether time interval matter does in fact raise distinct question of law of general importance—Question apparently falling in grey zone of fact and law, and in such case, better that definitive answer be given by Court of Appeal—Question raising question of law worthy of certification—Following question certified: Is length of time between immigration officer's assessment of application for humanitarian and compassionate relief presented pursuant to Immigration Act, s. 114(2) and immigration officer's consideration of opinion of post-claim determination officer on presence of alleged danger of return to applicant's country of origin, indication (showing) that immigration officer fettered his discretion?—Third question (when immigration officer has assessed application for humanitarian and compassionate relief pursuant to Immigration Act, s. 114(2), does officer have obligation to mention

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

specifically in decision or in affidavit what evidence from applicant he considered?) not one of general importance transcending parties as has already been answered and addressed in case law: *Hassan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (F.C.A.)—Second question posed by Court: Does “giving parties opportunity to make request that judge certify that serious question of general importance as contemplated by Act, s. 83 involved” pursuant to Federal Court Immigration Rules, s. 18(1) mean that it is sole responsibility of judge hearing judicial review to ask parties if they wish to submit such question for certification or must party to proceedings state to Court that such question arises from proceedings before Court?—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1733—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 29; c. 29, s. 14; S.C. 1990, c. 38, s. 1; 1992, c. 49, s. 102; 1994, c. 26, s. 36)—Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, s. 18(1).

OGUNFOWORA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2761-96, Teitelbaum J., order dated 9/9/97, 11 pp.)

**STATUS IN CANADA***Convention Refugees*

Judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant 35-year-old woman from Somalia, member of Hawiye tribe of Habr Gedir clan—Clan persecuted by government troops in 1989—Infant son, father killed by army—Applicant fleeing to various areas within Somalia before arriving in Canada—Convention refugee status claim based on race, political opinion, membership in particular social group i.e. Hawiye tribe of Habr Gedir clan—Tribunal determining applicant not Convention refugee due to changed country conditions—Holding no longer facing reasonable risk of persecution because had internal flight alternative (IFA) i.e. where lived while trying to escape attacks—Tribunal rejecting applicant’s fear of rape if returned to Somalia—Documentary evidence Habr Gedir clan split into two warring factions—Application allowed—For IFA to exist, safe area must be one in which no genuine risk of serious harm, must not be unreasonable, in regard to particular circumstances for individual to go there—Additional considerations including practical possibility for individual to get to safe area; ability of individual to get to safe area legally; stability of safe place—(1) Tribunal making no reference to contradictory evidence before it on status of women in Somalia, particularly on topics of rape, violence against women, erosion of women’s rights, necessity of strong family support for adequate protection—Although questions of weight of evidence within Tribunal’s jurisdiction, Tribunal must at least mention why contradic-

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Concluded

tory documentary evidence going to core of claim given little weight or rejected—(2) In order for IFA to be viable, must be physically possible for applicant to get there—Involving assessment of how applicant to get there—If dangerous for applicant to get to safe area, IFA not practical possibility—No evidence Tribunal turned its mind to practical possibility of applicant actually getting to IFA—Applicant would have to get to IFA on foot—Evidence of roaming gangs of robbers, armed militia, risk of rape to women by men outside own clan—Tribunal considered safety of women only within IFA area controlled by Habr Gedir—In circumstances, necessary to consider applicant’s fear within context of her having to get to IFA—Evidence of risk of rape evidence of persecution of women on Convention grounds in trying to get to IFA within Somalia—(3) Test for whether IFA reasonable whether applicant can reasonably, without undue hardship find secure substitute home—Tribunal apparently not considering evidence about father’s, son’s murders—Applicant’s closest family connections in Somalia tragically severed—Evidence of continued hostilities between clans, even infighting within clans themselves—Applicant would be thrust into such environment alone, with no family support, protection—(4) Changes in country conditions must be assessed according to impact on claimant’s situation—Changes in country conditions not finally determining claim to Convention refugee status—Tribunal erring regarding several key elements of IFA—Erroneous findings on matters at heart of applicant’s claim to Convention refugee status—Serious error in law resulting in patently unreasonable decision.

DIRSHE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2124-96, Cullen J., order dated 2/7/97, 10 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW****ABORIGINAL AND TREATY RIGHTS**

Judicial review of variation orders pertaining to sport fishing limits for coho salmon in British Columbia waters—Variation orders increasing size of fish to be retained by licence holders; limiting daily, seasonal catch of coho by licence holders; prohibiting sport fishing of coho in certain areas at certain times—Applicants submitting variation orders not taking account of their Aboriginal right to fish coho salmon—Claiming Aboriginal right to fish coho salmon for food, social, ceremonial purposes in, around Shuswap Lakes Basin from time immemorial—In recognition of need for conservation of coho stocks in rivers in question, Department of Fisheries and Oceans (DFO) devising conservation plan in consultation with all interested parties, including applicants—Plan banned all commercial fishing for coho—Reduced from previous years overall goal

**CONSTITUTIONAL LAW—Continued**

for total fishing of coho—Applicants submitting allocation of substantial quota, even if substantially reduced from previous years, for sports fishing, when applicants' needs in exercise of Aboriginal rights not met, unjustified infringement upon Aboriginal rights—Applicants estimating Constitution Act, 1982, s. 35 entitlement to coho salmon at 2,300—For three Bands communal licence limiting maximum harvest of coho in rivers at issue to 85 fish—Two key issues: (1) whether Aboriginal right established; (2) if so, whether unjustifiably infringed by variation orders; two subordinate issues: (i) nature of proceedings; (ii) Court's authority to issue certain of orders sought—(i) Respondent submitting judicial review inappropriate to establish Aboriginal rights claimed to be protected under s. 35—Submitting procedure not adequately providing opportunity for expert evidence, and inherent limitations of affidavit evidence restricting opportunity, of all parties, to establish factual basis necessary for dealing with constitutional issues—Nature of proceedings, inherent limitations, may create difficulties, but applicants seeking expeditious process to question decisions of government perceived as infringing upon important rights should not be precluded from initiating proceedings for judicial review—(ii) Court's authority to order what is to be done limited by Federal Court Act, s. 18.1(3)—Court may grant declaratory relief sought, or set aside variation orders and refer matter back for reconsideration—No authority to impose or to direct particular conservation measures—(1) Test for Aboriginal right protected by s. 35(1): must be activity that is element of practice, custom or tradition integral to distinctive culture of Aboriginal group claiming right—Must be shown to have been exercised prior to contact of group with white people, and exercised with continuity since then—Evidence adduced in support of applicants' claim provided by elder, former chief—Not relating to practices antedating contact with white people—Evidence not establishing right claimed as Aboriginal right to be protected under s. 35(1)—More required than beliefs, without reference to some factual circumstances underlying beliefs to meet requirements of proof—Lack of contradictory evidence offered by respondent irrelevant—While other cases establishing general Aboriginal right to fish for purposes here claimed, Aboriginal rights adjudicated on specific, not general basis—Communal licence another part of conservation plan—While specific number uncertain, more than 85 fish authorized by communal licence required to meet applicants' traditional needs—Two defects in claim variation orders unjustifiably infringing upon traditional right—(a) British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996 basic authorization for sports, recreational fishing, not variation orders—If variation orders set aside, prior arrangements applicable in 1996 in effect, authorizing greater sport fishing harvest than permitted under 1997 plan—(b) For applicants' claim of infringement to be accepted, must accept allowing any sport fishery must adversely affect Thompson River coho—Plan adopted by DFO will not adversely affect Thompson River coho—DFO

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

officials charged with responsibility for developing, monitoring 1997 plan for coho salmon not believing plan will adversely affect coho returning to Thompson River system—Plan adopted only after consultation with all interested parties—Applicants' principal objective presented for consideration by Minister, rejected by him in adoption of plan—No question raised about exercise of Minister's discretion in adopting plan—Highest harvesting priority given to Aboriginal right to fish, after conservation of wild coho population—Thus DFO acknowledging responsibility—No evidence DFO would unreasonably restrict fishing for food, social, recreational purposes—Evidence not establishing applicants' right to fish coho in Salmon, Eagle, Adams, Thompson rivers Aboriginal right—(2) Variation orders not infringing upon traditional right so claimed—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996, SOR/96-137.

NESKONLITH BAND V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-1497-97, MacKay J., order dated 22/9/97, 21 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****CUSTOMS ACT**

Appeal from Canadian International Trade Tribunal (CITT) decision by which payments made by appellant, in accord with exclusive distribution agreements, determined to be part of value for duty of footwear imported into Canada by appellant, and therefore dutiable under Customs Act, s. 48(5)(a)(iv)—Agreements granting Reebok Canada sole and exclusive right and licence to use certain trade marks of Reebok International Inc. and of the Rockport Co., in return for royalties payable to Reebok International Ltd. (RIL US) based on percentage of "net sales price" and to Rockport Co. based on percentage of "gross sales price"—Appeal dismissed—First issue: whether CITT erred in law in interpreting Act, s. 48(5)(a)(iv) by misinterpreting phrase "as a condition of the sale of the goods for export to Canada" as used therein—CITT did not err in its interpretation—Meaning of "condition" depending upon context in which used and general purposes of legislation in question—Royalties required under agreements in question, to RIL and to Rockport, payments within meaning of royalties as defined in s. 48(5)(a)(iv)—Determination consistent with evolving case law in regard to that provision and its predecessor: *Polygram Inc. v. The Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise, et al.*, CITT Appeal Nos. AP-89-151, AP-89-165; *Signature Plaza Sport Inc. v. Minister of National Revenue (Customs and Excise)* (1990), 32 F.T.R. 287 (F.C.T.D.)—Second issue: Determination of transaction value of goods pursuant to Act, s. 48—Act, s. 48

**CUSTOMS AND EXCISE—Continued**

not requiring determination of actual amount at that time, of importation, or at any other specific time, so long as amount can be determined, as it can herein from record of appellant's payments to RIL US and to Rockport—Payments subsequent to importation of goods, but Department's practice may be to assess duty in relation to transaction value, including estimate at time of importation of royalties payable in relation to goods, subject to subsequent adjustments of duty in relation to amounts of royalties actually paid—Third issue: Interpretation of "royalties and licence fees" in Act, s. 48(5)(a)(iv)—CITT's task thereunder to determine whether payments in issue were within meaning of phrase—CITT did, and did not commit error in doing so—CITT did not err by determining that under Reebok and Rockport agreements royalties provided for were paid for trade marks and constituted royalties within Act, s. 48(5)(a)(iv)—CITT did not err in finding payment "royalties . . . in respect of goods" as provided in Act, s. 48(5)(a)(iv)—CITT implicitly found payments under Reebok and Rockport agreements royalties in respect of goods imported—Agreements described payments as "royalties", paid for benefit derived from sale of goods which bear trade marks, and provision made for payment to be related to net or gross sale prices of goods in question—CITT's decision in this regard clearly not perverse or made without regard to evidence—Fourth issue: Findings of fact by CITT and evidence before it—Inferences and conclusions of fact drawn by CITT in respect of royalties and licence agreements within discretion of CITT on basis of evidence before it—Conclusion commercially sensible and logical on basis of evidence—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 48(5)(a)(iv).

REEBOK CANADA V. DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE (T-864-94, MacKay J., judgment dated 30/6/97, 16 pp.)

**EXCISE TAX ACT**

Whether appellant liable to pay federal sales tax on goods sold to retail customers—Appellant paid taxes at issue, applied for refund on ground taxes paid in error—M.N.R. disallowing refund—Disallowance confirmed by Trial Division—Under Excise Tax Act, s. 50(1)(a), manufacturer, producer, who sells goods produced or manufactured in Canada, required to pay applicable consumption, sales tax on sale price or on volume sold of all goods, unless sale falls within exemptions of s. 50(5)—Goods clearly "produced or manufactured in Canada" under second deeming provision of Act, s. 2(3)—Appellant clearly "producer or manufacturer" by virtue of defining provision of s. 2(1)(i)—Trial Judge [(1994), 77 F.T.R. 122 (F.C.T.D.)] finding limited flaw in legislation—When dealing with piecemeal legislation such as *Excise Tax Act*, Court should be reluctant to compare microscopically words of provisions

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

devised at different times, in different context, and meant to address distinct concerns—Imperfect drafting should not be used to nullify statutory provision that can be interpreted in such way meaning given to it flows reasonably well, albeit not perfectly, from words used by Parliament in relevant context and accords with main object, clearly expressed, of statute—Trial Judge's interpretation of combined effect of ss. 2(1), 2(3), 50(1)(a) fully supported by words used and accords with object of statute—Appeals dismissed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 2, 50.

W.R. MCRAE CO. V. CANADA (A-207-94, A-266-96, Décaré J.A., judgment dated 13/6/97, 8 pp.)

**ENVIRONMENT**

Application for judicial review of four decisions made by National Capital Commission (NCC) on proposed widening of Champlain bridge, spanning Ottawa River, from two to three lanes while doing necessary, major repairs—After preliminary studies, consultant retained in 1994 to study feasibility of functional design requirements for retrofitting and widening Champlain bridge—Study to be made in accordance with EARPGO and Canadian Environmental Assessment Act—Draft terms of reference prepared by NCC staff circulated to various groups, including applicant—Final terms of reference finalized by NCC staff after receiving comments on draft terms in January 1995—Public participation and consultation were intended to be leading component of study—First phase would define need and justification for reconstruction in context of interprovincial needs—Second phase would appraise alternative ways of resolving needs and issues identified in Phase One and recommend preferred option—Six Public Advisory Committee (PAC) meetings held in course of study—Representatives of all levels of government and regulatory agencies involved—Consultant made subsidiary study called "Champlain Bridge Reconstruction Option Reassessment" completed in April 1996 wherein five two-lane and six three-lane options identified—Final report of June 1996 considered four main factors: natural environment, social environment, transportation and cost—Comparison/elimination approach used for analysing factors—Based on consultant's recommendation, NCC staff prepared report recommending three-lane option—By 6-4 majority, NCC commissioners adopted staff recommendation as NCC's "intent of decision" and made it public for comments—Environmental evaluation determined potentially adverse environmental effects that could be caused by proposal either insignificant or mitigable with known technology—Also made public, for comments—Supplementary report prepared by consultant to remedy problems noted by applicant—NCC staff prepared another report again recommending three-lane bridge, but one meter less in width—In September 1996, NCC commissioners voted 7 to 5 in favour of adopting recommendations in

**ENVIRONMENT—Continued**

amended staff report concerning reconstruction and its addendum as “intention of decision”—In public concern analysis, NCC recommended NCC commissioners not decide to refer project to public review panel on basis would not provide significant new information about proposal or alternatives not currently available to decision makers—On October 15, 1996, NCC commissioners, by 9 to 4 vote made final decision to reconstruct bridge with three-lane facility, to operate as two-lane bridge until such time as Regional Municipality of Ottawa-Carleton and Communauté Urbaine de l’Outaouais can agree, along with NCC, on final operating design as two- or three-lane bridge; if no agreement reached by October 15, 1997, issue to be reviewed and addressed by NCC—Issues in applications: (1) whether jurisdiction in NCC to add third lane to Champlain bridge; (2) whether decision tainted by bias arising out of alleged personal conflict of interest by NCC Chairman; (3) whether September 1996 “intent of decision” made on inaccurate, non-objective and incomplete information; (4) whether NCC complied with EARPGO, ss. 12, 13—Applications dismissed—(1) Jurisdiction—*Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663 connumate case on NCC jurisdiction—Answer found in National Capital Act and Federal Land Use Plan (FLUP)—Act, ss. 10, 11 clearly giving NCC jurisdiction to rebuild Champlain bridge as three-lane structure—FLUP also clearly conferring appropriate powers on NCC—No evidence remotely suggesting addition of third lane, restricted to high occupancy vehicles driving in one direction, would alter character of Ottawa River Parkway, giving access to Champlain bridge, to such extent plan’s balance between utility and aesthetics would be jeopardized—(2) Bias—NCC Chairman had interest (latterly, since 1993, through his wife) in about 1,000 acres of land approximately three km from north end of bridge—With respect to test for bias, NCC falls at policy-making end of scale—Chairman disclosed all interests in accordance with Code and, acting on advice of Ethics Commissioner, withdrew from deliberations and decisions regarding Champlain bridge—No evidence showing Chairman influenced commissioners when decisions made—No evidence allowing Court to infer Chairman’s presence as head of NCC for previous four years had any impact on commissioners when made decisions—Reasonable, informed person could not conclude Chairman’s property interest (now owned by wife) consciously or unconsciously influenced his performance of his official duties—Evidence to effect Chairman had nothing to gain from widening of bridge—No evidence Chairman influenced staff in such manner resulting in three-lane bridge being portrayed as best solution—No evidence overall planning process predetermined, or that NCC staff or commissioners had closed minds—Nothing on record demonstrating no reasonable basis for making decision—No bias on part of staff, apprehended or otherwise—(3) Intent of decision of September 1996; whether made on objective, careful and complete information—Not moot, even if followed by final decision—

**ENVIRONMENT—Concluded**

September decision occurred at critical juncture in process—Material put together for decision maker herein careful, complete and objective—Traffic demand management adequately dealt with by consultant—(4) Compliance with EARPGO, ss. 12, 13—Public consultation process herein comprehensive, meaningful, meeting necessary standard—No legitimate expectation particular methodology would be used—Terms of reference for assessment left it to consultant to choose either method—No breach of legitimate expectation as neither NCC nor consultant promised to use applicant’s preferred “weighting” method—No legitimate expectation created—Only relevant promise or undertaking: there would be public consultation—No evidence to justify applicant’s concern project “split” to allow for subsequent modification to Island Park Drive intersection modification—NCC made no error when decided, pursuant to EARPGO, s. 12(c) that proposal would have insignificant or mitigable effects—Commissioners’ decision not to refer proposal to public review panel perfectly legal as taken in good faith, taking into account relevant considerations, having regard to purposes of Guidelines Order—NCC staff made recommendation on basis of all public responses NCC received regarding proposal—No concerns discounted or ignored—No evidence Commissioners relied on irrelevant considerations—No basis to argument final reconstruction decision illegal as it allegedly deferred actual decision—On basis of all evidence, assessment took place when environmental impacts could be fully considered—Environmental Assessment Review Process Guidelines Order, SOR/84-476, ss. 12, 13—National Capital Act, R.S.C., 1985, c. N-4, ss. 10 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 45, s. 3), 11—Canadian Environmental Assessment Act, R.S.C., 1985, c. C-15.

COMMUNITY BEFORE CARS COALITION V. NATIONAL CAPITAL COMMISSION (T-1830-96, T-2481-96, T-2865-96, T-2886-96, Muldoon J., order dated 7/8/97, 81 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION***Capital Gains*

Kubicek, U.S. resident, and wife buying cottage in Ontario in 1967—Upon wife’s death in 1981 Kubicek becoming sole owner—On his death in 1992 deemed to have disposed of cottage for face market value—Canada-United States Income Tax Convention, Art. XIII(9) providing amount of gain liable to tax reduced by proportion of gain attributable on monthly basis to period ending on December 31 of year in which Convention entering into force, or such greater portion of gain as is shown to be reasonably attributable to that period—December 31, 1971 reference point for determining Canadian tax consequences of disposition of capital

**INCOME TAX—Continued**

property—Tax Court holding, as “gain” defined in neither Convention nor Income Tax Act, deductions from capital gain should run from date of original purchase of property—Application for judicial review allowed—In interpreting treaty, paramount goal to find meaning of words in question—Involves looking to language used, intentions of parties—Convention, Art. III(2) and Income Tax Conventions Interpretation Act, s. 3 providing when term not defined in Convention, i.e. “gain”, should be given meaning in tax legislation of taxing state—Meaning not same as definition—Meaning of “gain” from Income Tax Act, s. 40(1), setting out method to be used by taxpayer for calculating capital gain for Canadian income tax purposes—Concept of gain in Art. XIII(9) falling to be determined by domestic Canadian law—Tax Court relying on Technical Explanation of Convention produced by United States Treasury Department—Technical Explanation domestic American document of interest to Court, but not necessarily decisive of issue—Should not be treated as if treaty or statute—Tax Court’s interpretation of Explanation erroneous—Ordinary meaning of “gain” for purposes of Art. XIII gain subject to tax—Calculation of reduction in capital gain tax beginning when gain first began to accrue for Canadian income tax purposes i.e. December 31, 1971 starting date—More consistent with purposes behind Convention, avoidance of double taxation and proper allocation of tax between Canada and U.S., than literal meaning advanced by Tax Court Judge—Applicant correct in reassessment—Income Tax Conventions Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-4, s. 3—Canada-United States Tax Convention, 1984, S.C. 1984, c. 20, Schedule I, Arts. III(2), XIII(9) (as am. by Schedule II, s. 3)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 40(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 19).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. KUBICEK ESTATE (A-671-96, MacGuigan J.A., judgment dated 26/9/97, 7 pp.)

*Deductions*

Appeal from Trial Division decision ([1994] 3 F.C. D-33) dismissing action challenging notice of reassessment for appellant’s 1980 taxation year—Determination by taxpayer of “earned depletion base” under Income Tax Regulations, s. 1205 to be done on basis of computation to be performed at end of taxation year only—Amendment to Regulations, s. 1205(b) must accordingly apply to any determination of depletion base to be made and in fact made after that date, that is, for taxpayers whose taxation year ends after December 11, 1979, for 1979 year and all subsequent years—Not broad application of amendment but application consistent with terms thereof, taking strictly into account date on which provision came into force as clearly intended by Parliament—Such application not in any way running counter to objectives contemplated by provision—Immediate application of amendment creating no inequality between similarly situated taxpayers—Appeal dismissed—Income

**INCOME TAX—Continued**

Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 1205(b) (as am. by SOR/81-974, s. 6).

ALCAN ALUMINIUM LTD. V. CANADA (A-292-94, Marceau J.A., judgment dated 17/9/97, 3 pp.)

Judicial review of Tax Court’s decision mortgage payments deductible—Taxpayer, former wife separated—In 1989 British Columbia Supreme Court (B.C.S.C.) ordering taxpayer to pay interim spousal maintenance in form of monthly mortgage payments as well as interim child support—In 1991 second order providing for sale of matrimonial home—Court also ordered taxpayer to pay lump sum spousal maintenance, maintenance arrears—Court also stating any spousal, child support payments made by way of mortgage payments on matrimonial property deemed periodic maintenance payments pursuant to Income Tax Act—Third order in 1993 amending second order to include all mortgage payments made between 1989 and 1990 so that all such payments deemed to be periodic payments—Fourth order in 1994 amending first order so that taxpayer ordered to pay interim spousal maintenance in form of monthly mortgage payments on matrimonial home commencing with payment for November 1989, and such payments deemed periodic maintenance payments pursuant to Income Tax Act, ss. 60.1(2), 56.1(2)—Tax Court holding as recipient spouse having discretion at time entered into support agreement, sufficient to characterize support payments as discretionary, thus bringing them within deduction framework in s. 60.1(1)—Application dismissed—Where spouse making directed support payments pursuant to agreement or court order, Income Tax Act deeming such payments to be allowance for purposes of Act where agreement or court order specifically mentioning ss. 60.1(2), 56.1(2)—Fourth order only order in which ss. 60.1(2), 56.1(2) mentioned—Whether fourth order intended to apply retroactively—Usually court order effective from date on which made unless providing otherwise—B.C.S.C. not explicitly stating fourth order to apply retroactively, but specifically contemplating nature of mortgage payments made since 1989 by taxpayer—At time fourth order made in 1993, matrimonial home sold, no more mortgage payments would be made by taxpayer—If fourth order not intended to have retroactive effect, would be moot—Indicator of retroactivity—May even defeat presumption against retroactivity—Perverse to interpret Court’s ruling so as to render it moot from inception—No other reasonable interpretation than to assume B.C.S.C. intending fourth order to have been made *nunc pro tunc*—All mortgage payments made pursuant to first, second, third orders deemed to be allowances under s. 60.1(2)—Mortgage payments made pursuant to Court order as amended deductible—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 56.1(2), 60.1(2).

CANADA V. LARSSON (A-623-96, McDonald J.A., judgment dated 5/8/97, 10 pp.)

**INCOME TAX—Concluded**

Application for judicial review of Tax Court of Canada decision mortgage interest charges on respondent's former residence constituting moving expenses within meaning of Income Tax Act, s. 62—In early 1990, respondent, living in Montréal, accepting job in Outaouais region—During 1991 taxation year, respondent paying \$9,321 in interest on mortgage on Montréal residence—Minister disallowing deduction thereof under Act, s. 62—Tax Court of Canada overturning Minister's decision—According to ordinary meaning of words used in Act, s. 62(1), provision includes expenses incurred for physically moving, changing residence, and certain other expenses directly related to actual move and resettlement, not amount intended to compensate for incidental damages unrelated to actual move to, resettlement in new residence—Thus, s. 62(1) excludes interest expenses on former residence not pertaining directly to physical move of taxpayer and family, but instead pertaining to bank loan taken out on former residence—Contrary to conclusion reached by Tax Court Judge, costs of cancelling lease not comparable to interest expenses on former residence—Application allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 62(1) (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 21(1)).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. SÉGUIN (A-52-97, Desjardins J.A., judgment dated 15/9/97, 5 pp.)

**JUDGES AND COURTS**

Application to quash respondent's refusal to pay applicant's travel expenses—Applicant judge of Ontario Court of Justice (General Division) performing judicial duties in Hamilton, Ontario since 1990—Prior thereto, judge of County and District Courts of Ontario in Hamilton since 1984—Moving residence to Etobicoke, Ontario, located not in Central South Region of Ontario, but in Metropolitan Toronto Region—In 1989-1990, Ontario government reorganized provincial courts—Judges all sworn in as judges of newly amalgamated superior court of record—Provinces constitute, organize, maintain superior courts of both civil, criminal jurisdiction, and Dominion appointing judges under Constitution Act, 1867, s. 96, and paying salaries, allowances, pensions of all superior court judges under s. 100—Judges Act providing for residence requirements of s. 96 judges until 1990 when repealed by Ontario Courts Amendment Act, 1989—Application allowed—Judges Act, s. 36(2) cannot be invoked to refuse applicant's claim—S. 36 relating only to judges of Nova Scotia, Prince Edward Island and British Columbia, but not Ontario—Irrelevant to Ontario judges' travel allowance claims—In carving exception for statute's negation in s. 36(1) of travel allowances for s. 96 judiciary in three named provinces, s. 36(2) emphasizing judge's right to be paid travel allowance under s. 34(1)—S. 34(1) providing judge who for purposes of performing any function or duty in that capacity attending at any place other than in immediate vicinity of which judge by law obliged to

**JUDGES AND COURTS—Concluded**

reside entitled to be paid reasonable travel expenses—No law in force in Ontario obliging judge to reside at any particular place—"Obliged by law to reside" not applicable in Ontario—Thus applicant having right to be paid travel allowance under s. 34(1)—Legislative oversight not conferring upon any Court jurisdiction to legislate—Straightforward literal interpretation of s. 34(1) in circumstances of lacuna in Ontario legislation not leading to absurdity because neither Court nor respondent can conclusively assert Parliament's intention in regard to Ontario judges—Either federal or provincial legislature could enact regulations, but both decline to do so—Applicant entitled to travel allowances since 1990, for travel by least expensive, but dignified mode of travel—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 96, 100—Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, ss. 34 (as am. by S.C. 1992, c. 51, s. 12), 36 (as am. *idem*, s. 14)—Ontario Courts Amendment Act, 1989, S.C. 1990, c. 17, s. 28.

BECKETT V. CANADA (COMMISSIONER OF FEDERAL JUDICIAL AFFAIRS) (T-1516-95, Muldoon J., order dated 18/9/97, 11 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Applications for judicial review of two Canada Labour Relations Board decisions on respondent union's application for certification covering certain employees of applicant telephone company—Neither initial decision of October 24, 1996 combining, within single bargaining unit to be represented by respondent, 305 first-line supervisors and 84 first-line managers, while excluding second-tier managers, nor second decision dismissing application for review filed under Canada Labour Code, s. 18 tainted by error going to Board's jurisdiction or involving principle of natural justice or procedural fairness—Federal legislation under which Board acted much less restrictive than Quebec legislation as to possibility of combining managers with subordinates provided all recognized as employees and sufficient community of interest among them—At issue Board's jurisdiction to determine appropriate bargaining unit, jurisdiction consistently regarded as virtually sacrosanct by Supreme Court of Canada—Concerning second decision, not imposed jurisdiction but discretionary authority, for exercise of which Board has adopted firm policy—Board members who heard application for review fully entitled to conclude requisite conditions for exercise of power of review nonexistent, latter being exceptional power required, absent allegation of new facts, to be exercised with care and for cause—Applications dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 18.

QUÉBEC-TÉLÉPHONE V. SYNDICAT DES AGENTS DE MAÎTRISE DE QUÉBEC-TÉLÉPHONE (A-907-96, A-17-97, Marceau J.A., judgment dated 15/9/97, 5 pp.)



## MARITIME LAW

## TORTS

Action, pursuant to Canada Shipping Act, ss. 646, 647, for damages arising as result of wrongful death of husband when his fishing vessel, *Bona Vista*, colliding with tug/barge combination *Arctic Taglu/Link 100*—As two vessels approaching each other on almost reciprocal courses, *Bona Vista* suddenly making abrupt turn to port across bow of *Link 100*—Tug *Arctic Taglu* pushing barge *Link 100*—Tug and barge having combined length of 142 metres—Notch cut into barge's stern, into which bow of *Arctic Taglu* could fit—Tug/barge owner initially contemplating using 'Intercom system' to connect two vessels—Transport Canada employee Burnside of opinion tug and barge would form composite unit, and should carry lighting systems allowing it to be lit as composite unit when pushing ahead—Subsequently different member of Coast Guard, Capt. Keeper, approved lighting arrangements for *Arctic Taglu/Link 100* based on tug/barge owner's assertion not composite unit—Capt. Keeper neither inspecting barge nor seeing diagrams of proposed hydraulic ram connection—Simply provided with lighting plans for approval entitled "Trailer Integrated Tug/Barge"—Instead of Intercom system, custom made system installed on *Arctic Taglu/Link 100*—Ability to unite tug/barge so as to avoid any independent lateral movement that could cause navigation lights to be misaligned over length of tug/barge combination critical factor when considering tug and barge to be composite unit—In normal operation of custom designed system, two vessels rigidly connected—When tug and barge used in pushing configuration, operated as composite unit—As result of conversation with Capt. Wade of Ottawa office, Capt. Keeper indicating barge should only be lighted in accordance with international rules, not in accordance with Canadian modifications—Capt. Wade of opinion Canadian modifications only applied when impracticable to comply with international rules—Barge lit in accordance with Collision Regulations, s. 24(f)(i) (barge being pushed ahead under international rules)—Tug/barge combination of this type uncommon on west coast of British Columbia—Lighting arrangement used by *Arctic Taglu* confusing for mariners who had never seen it before—Owners, operators of tug adopting practice of panning searchlight, mounted on tug, along length of barge when approaching vessel apparently uncertain as to what encountering—Mariner could interpret panning of searchlight as indication something in water ahead could not see that was danger to vessel—Use of searchlight, when *Bona Vista* approaching and close to *Arctic Taglu/Link 100*, causing *Bona Vista*'s abrupt turn to port—Although *Bona Vista* not itself properly lighted, mate on *Arctic Taglu* not confused, misled by lighting; able to ascertain *Bona Vista*'s course, speed without requesting presence of second person in wheelhouse—Weather good, sea calm, visibility clear—Plaintiff's husband's fatigue playing some role in accident—Under collision rules, *Arctic*

## MARITIME LAW—Continued

*Taglu/Link 100* obligated to keep out of way of *Bona Vista*, *Bona Vista* obligated to maintain course, speed—Neither vessel navigating in accordance with strict compliance with rules—Both navigating so as to get themselves into close quarters situation—That only one person in wheelhouse in *Arctic Taglu/Link 100* contributing to development of situation—(1) Collision occurring as result of use of searchlight in way signalling danger to *Bona Vista*—Capt. Keeper's failure to adequately investigate whether *Arctic Taglu/Link 100* composite unit in pushing mode significant contributing factor to accident—Tug/barge owner's less than candid representations to Capt. Keeper playing role—Capt. Wade's misinterpretation of lighting requirements for barges being pushed by tugs and alleged non-application of Canadian modifications also likely playing some role—Failure of tug/barge to keep further away from *Bona Vista*, failure of owners, operators to ensure two people on watch at all times, contributing to accident—Plaintiff's husband's fatigue, failure to navigate course keeping *Bona Vista* at greater distance from *Arctic Taglu/Link 100* also contributing to accident—Defendants 85% at fault for cause of accident; plaintiff's husband 15% at fault—(2) Tests for determining Crown liability: (i) whether sufficiently close relationship between parties so that in reasonable contemplation of government decision-maker carelessness on its part might cause damage to plaintiff; and if so (ii) are there any considerations that ought to negate or limit scope of duty, class of persons to whom owed, or damages to which breach of duty giving rise—Standard of care expected of government inspector that of reasonable person—Reasonably foreseeable that if those making decision as to what lights vessel should carry acting carelessly, harm could arise to individuals—Duty of care existed—No explicit exemption from liability excusing carelessness on part of those approving lighting arrangement—Canada Shipping Act, s. 311 requiring steamship inspector to satisfy himself steamship having lights required—Decision must be made in reasonable, not careless, way—To determine appropriate lighting, must first determine whether tug/barge combination composite unit—Requires examination of plans, physical inspection of vessels—Capt. Keeper acting carelessly when approved lighting based on owner's representations alone, especially when alerted to fact different connection of same vessels earlier considered—Negligent in not doing more thorough investigation—Capt. Wade's view international rules taking precedence over Canadian modifications completely contrary to text of Collision Regulations—Wade careless in interpretation of Regulations—(3) Provincial fatal accidents legislation useful guides in interpreting Canada Shipping Act, s. 647(2)—Under such legislation, dependants of deceased entitled to compensation for loss of pecuniary benefit would have received but for death of deceased—Compensation assessed on basis of actual loss suffered, as distinct from needs—Plaintiff claiming loss of financial support, special damages for estate, funeral expenses, separate claim for

**MARITIME LAW—Concluded**

management fee—Calculation made of probable amount of deceased's disposable income had he lived—Broken down into probable disposable income up to date of trial, and thereafter—Reduction made for personal consumption of deceased and amount consumed by infant son (also killed in collision)—Sufficient lump sum calculated to give plaintiff financial support comparable to that lost as result of death of husband—Court must consider taxes payable on income generated and "gross-up" capital amount to ensure plaintiff net income stream equivalent to pecuniary benefit deceased would otherwise have provided—Lastly, Court having discretion to ensure amount so calculated fair and just—Plaintiff's husband self-employed commercial diver—Harvested red, green sea urchins, sea cucumbers, geoducks (large clams)—Well-educated, intelligent, hard-working, entrepreneurial—Very productive seafood harvester—Had acquired own vessel, sea cucumber licence, red sea urchin licence, attempting to purchase green sea urchin licence at time of death—From February 1992 until July 1993, purchased family home, paid off family, bank loans—Family net worth \$213,000—Probable plaintiff's husband would have earned \$50,000 in 1993, \$75,000 in 1994, \$100,000 in 1995 and \$150,000 by 1996 net of expenses, but before payment of taxes—Income should be calculated to age 65, initially from seafood harvesting, and later from managing business—Income now received from lease of licences deducted from financial support would have received—Consumption rate of plaintiff's husband, son assessed at 32% until son reaching age 25, when reduced to 28% for husband alone—At least \$1,000 allowed for husband's provision of household services i.e. doing major shopping for family, preparing special family meals, renovating, with no reduction because some of services might benefit only him, son or because might be less productive than paid worker—No reduction attributable to contingency Kajats might divorce—Marriage solid—Reduction made to take into account joint mortality rates, in accordance with generally accepted accounting principles—Statistical discount for possibility of remarriage not appropriate in this case—Work environment such that 15% deduction should be made in addition to adjustment for joint mortality—Appropriate case in which to award management fee of 0.75% of fees under management per annum—Although intelligent, competent individual, plaintiff's field not management—Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 311, 646, 647—Collision Regulations, C.R.C., c. 1416.

KAJAT V. ARCTIC TAGLU (THE) (T-1724-94, Reed J., judgment dated 26/8/97, 40 pp.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

At issue patents for different embodiments, improvements on dual action agitator for clothes washing machines—

**PATENTS—Continued**

Plaintiffs alleging in 1995, on expiry of its U.S. dual action agitator patents, defendants launching new agitator copying plaintiffs' agitator—Introducing agitators, washers without licence or consent of plaintiffs while patent '803 still in force in Canada—Necessary to (i) construe patent to discern what invention disclosed by it actually is; (ii) determine validity, bearing in mind statutory presumption of validity of patent, thus imposing certain onus on defendants to disprove validity; (iii) address question of infringement—(1)(i) Whether "removability" of upper auger invention in '803 patent—Court looking at claims first when construing patent—Title of patent insufficient indicator of essence of patent—Claims describing two-part agitator with one-way clutch located between two parts—Plain, unambiguous—"Removability" feature, advantage, but not essence, of invention—Intention of inventor revealing substance of invention—Intention gleaned by reading patent as whole, bearing in mind claims first, foremost defining invention—Unclear whether invention intended to be merely removable upper auger accessory for agitator, or entire agitator consisting of removable upper auger accessory plus lower oscillating agitator, attachments—Where more than one construction may reasonably be reached, Court should favour one upholding patent—Summary of Invention as set out in patent clearly, unequivocally defining invention of '803 patent as unique drive mechanism connecting lower agitator to upper auger in absence of drive shaft, not removable sleeve—Removability not invention—(ii) That validity of '803 patent in Canada not attacked until 16 years after inception, and after expiry in United States, imposing heavy onus on defendant to prove invalidity—But onus shifting to patentee once attacking party showing some evidence of invalidity on balance of probabilities—Defendants not showing, even on balance of probabilities, '803 patent invalid—Presumption of validity prevailing—(iii) Burden of establishing infringement on balance of probabilities on plaintiffs—That defendants' agitator not removable not defence to allegation of infringement—Defendants' non-removable auger "minor variant"—Removability not materially affecting how invention working in large loads—Although element identified as "sleeve" in claims of '803 patent not present on defendants' agitator, upper auger of defendants' agitator falling within scope of '803 patent—But not determinative of infringement—That defendants' agitator having flex vanes on lower oscillating portion determinative of infringement—'803 patent mute on type of vanes to be used—Dual action agitator with flex vanes cannot be invention disclosed by '803 patent as at time of invention use of flex vanes not contemplated with dual action agitation—'803 patent only contemplating rigid vanes—Agitator with flex vanes, although not specifically excluded from '803 patent, not included in '803 patent—Not infringed by defendants' agitator—(2)(i) As language of '734 patent clear, unambiguous, easily understandable, no need to look

**PATENTS—Concluded**

further than claims of patent to aid in its construction—Patent for unidirectional upper auger and oscillating lower agitator equipped with flex vanes, powered by one-way clutch—Major differentiating characteristics of '734 patent requirements vanes on lower agitator be flexible, but need not be co-axially aligned to lower agitator, and drive continuously and/or intermittently rotating in one direction—(ii) Only novelty, inventiveness of '734 patent, and whether sufficient evidence of invalidity to defeat statutory presumption of validity at issue—Defendants not producing evidence tending to disprove on balance of probabilities novelty of addition of flex vanes to dual action environment—Presumption of novelty of '734 patent prevailing in absence of evidence to contrary—As to inventiveness, question whether, by putting together all elements of '734 patent, patentee producing inventive “combination”, or mere aggregation of well-known elements—If former, next question whether addition of flex vanes obvious—Addition of upper auger or flex vanes creating new, common result—Elements combine for unitary result—Advance disclosed in '734 patent not mere aggregation of previously known parts—Defendants not disproving inventiveness—Use of flex vanes on dual action agitator not obvious—That took six months to develop inventive step of adding flex vanes to dual action agitator evidence of serious thought, research, experimentation—Improvement to patented invention patentable if has novelty, utility, invention—As '734 patent not merely aggregation of previously known parts, impossible to isolate flex vanes from rest of invention—Invention not merely substitution of flex for rigid vanes—No need to analyze whether substitution obvious—Contents of patent coming into public domain only after patent issued—Due to issuance dates of three patents, knowledge contained in '401, '903 patents in public domain for just over two years before '734 patent issued—This knowledge not in public domain at time of actual invention disclosed in '734 patent—General rule co-pending patents may not be cited as prior art against each other—Applications co-pending—'401, '803 patents not prior art even though cited as prior art in '734 patent, because co-pending at time of invention—Defendants not establishing any evidence tending to prove on balance of probabilities '401, '803 patents can be considered prior art to '734 patent—As '734 patent for entirely different invention than inventions disclosed in '401, '803 patents, no double-patenting—Defendants not showing on balance of probabilities invention disclosed in '734 patent lacking novelty or inventiveness in any way—No evidence tending to dissolve presumption of validity—'734 patent therefore valid—(iii) Defendants' agitator falling substantively within claims of '734 patent—Defendants guilty of infringement.

WHIRLPOOL CORP. V. CAMCO INC. (T-2028-95, Cullen J., judgment dated 18/8/97, 57 pp.)

**PRACTICE****COSTS**

Motion by respondent Rhodiapharm Inc. under R. 1618 asking Court to award costs on solicitor and client basis—Respondent submitting applicants filed application for judicial review, knowing application entirely frivolous and vexatious in fact and in law—Where application filed for sole purpose of causing economic injury to another party, applicant should be ordered to pay costs in accordance with tariff, even on solicitor and client basis, should application subsequently be discontinued—Discontinuance of application not aggravating or special circumstance—Combined effect of RR. 1616, 1618 to permit party in good faith to withdraw application without having to attend hearing on merits—Both factual and legal justifications for applicants' application of December 20, 1996—Satisfied from procedural documents as whole Rhodiapharm concerned only with suppositories, applicants made “business decision” to withdraw application, since suppository market representing small part of their business—Not plain and obvious applicants filed and withdrew application for frivolous and vexatious reasons—Thus, no special reasons within meaning of R. 1618—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1616 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1618 (as enacted *idem*).

HOFFMANN-LA ROCHE LTD. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-2806-96, Morneau P., order dated 18/9/97, 8 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Action alleging notice of hearing into alleged improper conduct by RCMP members in dealing with labour unrest at Yellowknife Giant Mine strike, lockout in 1992 defamatory—Union filing complaints alleging plaintiffs used excessive force in pointing, discharging firearms at strikers on mine property—Even though investigators concluding all that was done was reasonable in circumstances, no excessive force used, Commissioner deciding to institute hearing to inquire into complaints—Notice referring to plaintiffs “who demonstrated excessive force”—Plaintiffs exonerated at conclusion of hearing—Motion dismissed, but all references to Jean-Pierre Beaulne, Q.C. as defendant deleted—In motion to strike, test whether plain and obvious or beyond doubt, action will not succeed—Only when action certain to fail by reason of radical defect should material be struck out—Allows court to differentiate between situation in which law might evolve, progress i.e. malicious prosecution, and futile proceeding—(1) Statement of claim, paragraph 3 alleging defendant maliciously, without probable cause and in excess of legislative authority, sending out notice of

**PRACTICE—Continued**

hearing naming plaintiffs—Statutory breach should be considered in context of general law of negligence—Duty to make discretionary decisions in good faith, with no ulterior or improper purpose—Paragraph 3 might be read as claim in tort or as merely setting out background upon which to build case for defamation—Not plain, obvious plaintiffs not able to meet elements required to establish malicious prosecution set out in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 193—(i) Proceedings terminated in plaintiffs' favour—(ii) May be absence of reasonable, probable cause for hearing, given investigators' reports showing no reason to pursue plaintiffs—(iii) Actions of Commission, particularly wording of notice of hearing, inferring malice, and in addition material generated by Commission itself (indicating concern about what television, movie industry might make of strike and tragic fatal explosion and desire to increase Commission's profile) may show agendas other than that of carrying purpose of RCMP Act into effect—Unable to say action doomed to failure—(2) Statement of claim, paragraph 7 alleging defamation—Defamation communication tarnishing one's good name, impairing standard in community or causing one to be pitied, even though statement such that no one believing it to be true—Question whether reasonable person, reading notice of hearing would conclude plaintiffs guilty—Many reasonable people tend to believe what they read and to act accordingly; and statement may be defamatory even if no one believing it to be true—Legislative requirement for publication of notice of hearing not giving Commission licence to make extraneous comments in notice of hearing—Notice of hearing might well be reasonably capable of defamatory meaning—Once notice of hearing issued, sent out as press release, damage done—(3) Application of test in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 766 to determine Federal Court's jurisdiction over Commission Chairman—Claim against Chairman based in tort—Existence of claim not depending on federal law, legislation—Should be litigated in court having jurisdiction between individuals, not in Federal Court—Court not having jurisdiction over Jean-Pierre Beaulne, Q.C.—Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-9.

MASSEY v. CANADA (T-807-96, Hargrave P., order dated 10/6/97, 21 pp.)

Defendants seek motion under R. 419 on ground Court lacking jurisdiction—Plaintiff seeking to strike notice of motion on grounds motion to strike for lack of jurisdiction should be brought under R. 401 (dealing with conditional appearances) and not R. 419—As pointed out in *Bunker Ramo Corp. v. TRW Inc.*, [1980] 2 F.C. 488 (T.D.), where Court's jurisdiction challenged, *rationae materiae*, no practical need to file conditional appearance as can be no attainment to jurisdiction—Where Court's jurisdiction *rationae personae* challenged, conditional appearance should

**PRACTICE—Concluded**

be entered—Fact Court may not have jurisdiction in action between subjects matter of jurisdiction *rationae materiae*—However, might be considered as challenge to Court's jurisdiction *rationae personae* and therefore might have been preferable to seek leave to file conditional appearance—Where motion filed to employ R. 419(1)(a), if found Court has jurisdiction defendants have attorned—Case not founded on contract as no evidence of any consensus—Doctrine of legitimate expectation could be applicable in income tax case to provide some relief under Act—While information in Website and declaration of Taxpayer Rights do not appear in legislation, cause of action based on legitimate expectation might exist as information in Website put there by civil servant—Court without jurisdiction for action in tort as latter not sustained by sufficient information—No cause of action within jurisdiction of Court has been shown against two civil servants mentioned in style of cause, therefore statement of claim struck as regards civil servants—Leave granted to file amended statement of claim against Crown, in accordance with reasons—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 401, 419.

BARRONS v. CANADA (T-104-97, Giles A.S.P., order dated 26/8/97, 6 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Judicial review of Umpire's order dismissing respondent's appeal from Board of Referee's decision, but applying *Morin v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 724 (F.C.A.) to rescind penalty imposed—Application allowed—Umpire failed to apply first requirement established in *Morin*: one must first conclude Commission exercised discretionary power in non-judicial manner when imposing a penalty upon claimant—Umpire not only neglecting to indicate any factor Commission ought to have considered when imposed penalty, but also specifically finding Board not making any reversible error—Not allowed to merely substitute his opinion for that of Commission, Board of Referees.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. LONGSWORTH (A-769-96, Denault J.A., *ex officio*, judgment dated 23/9/97, 2 pp.)

Application for judicial review of Umpire's decision under Unemployment Insurance Act—In contradicting unanimous decision of Board of Referees, Umpire exceeded limits of power of review under Act—Undeniable successive breaches, albeit minor, can constitute misconduct, but more doubtful "peccadillos" become misconduct through repetition—Board of Referees, pivot of entire system put in place by Act for purpose of verifying and interpreting facts, must make assessment—On basis of facts it found and testimony it heard, Board of Referees refused to concede applicant's

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued**

breaches, even considered in conjunction, could constitute misconduct within meaning of Act, s. 28, even though employer may have thought them sufficient to merit dismissal—Hard to see how employer, having fired employee for work-related conduct, would confess breach on which reaction based not connected with contract of employment and not really important to him—Application

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 21; 1993, c. 13, s. 19).

GUAY V. CANADA (EMPLOYMENT AND INSURANCE COMMISSION) (A-1036-96, Marceau J.A., judgment dated 16/9/97, 3 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Contrôle judiciaire de l'ordonnance d'un juge-arbitre rejetant l'appel de l'intimé contre la décision du conseil arbitral, mais rescindant la pénalité infligée en appliquant l'arrêt *Morin c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 724 (C.A.F.)—Demande accueillie—Le juge-arbitre a omis de satisfaire à la première exigence établie dans l'affaire *Morin*: il faut d'abord pouvoir conclure que la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une façon non judiciaire lorsqu'elle a imposé une pénalité au prestataire—Non seulement le juge-arbitre a-t-il négligé d'indiquer quels facteurs la Commission aurait dû prendre en considération lorsqu'elle a infligé la pénalité, mais il a précisé conclu que le conseil n'avait commis aucune erreur susceptible de révision—Il ne lui était pas loisible de substituer sa propre opinion à celle de la Commission et du conseil arbitral.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LONGSWORTH (A-769-96, juge Denault, J.C.A., de droit, jugement en date du 23-9-97, 2 pp.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un juge-arbitre agissant sous l'autorité de la Loi sur l'assurance-chômage—En contredisant, comme il l'a fait, la décision unanime du conseil arbitral, le juge-arbitre n'a pas respecté les limites dans lesquelles la Loi assoit son pouvoir de contrôle—Il est incontestable que des manquements successifs, même mineurs, peuvent constituer de l'inconduite, mais il est plus douteux que des «peccadilles» se transforment en inconduite parce que répétées—C'est le conseil arbitral, le pivot de tout le système mis en place par la Loi pour ce qui est de la vérification des faits et de leur interprétation, qui est celui qui doit apprécier—Sur la base des faits qu'il avait constatés et des témoignages qu'il avait entendus, le conseil arbitral avait refusé d'admettre que les manquements du requérant, même considérés ensemble, aient pu constituer de l'inconduite au sens de l'art. 28 de la Loi, peu importe que l'employeur ait pu trouver là matière à congédiement—Il est difficile d'imaginer qu'après avoir mis son employé à la

## ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

porte pour comportement au travail, l'employeur avoue que le manquement à la base de sa réaction n'était pas rattaché au contrat d'emploi et n'était pas pour lui tellement important—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 21; L.C. 1993, ch. 13, art. 19).

GUAY C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'ASSURANCE) (A-1036-96, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 16-9-97, 3 p.)

## BREVETS

### CONTREFAÇON

Le litige porte sur des brevets correspondant à différentes variantes et à divers perfectionnements d'un agitateur à double effet pour machines à laver les vêtements—Les demanderesse allèguent que, en 1995, à l'expiration de leurs brevets américains portant sur l'agitateur à double effet, les défenderesses ont lancé un nouvel agitateur copiant le leur—Des laveuses munies de l'agitateur ont été offertes sur le marché sans l'autorisation ou le consentement des demanderesse, alors que le brevet canadien 803 n'avait pas encore expiré—La Cour doit (i) interpréter le brevet pour déterminer en quoi consiste l'invention qu'il divulgue, (ii) déterminer s'il est valide compte tenu de la présomption légale de validité, l'opposant étant donc tenu de réfuter la validité jusqu'à un certain point et (iii) se pencher sur la question de la contrefaçon—(1)(i) Le «caractère amovible» de la chemise supérieure constitue-t-il l'invention visée par le brevet 803?—Lorsqu'elle est appelée à interpréter un brevet, la Cour se penche en premier lieu sur les revendications—Le titre du brevet n'est pas, en lui-même, un indice suffisant de l'essence du brevet—Les revendications décrivent un agitateur en deux pièces doté d'un embrayage unidirectionnel situé entre celles-ci—Elles sont claires et non équivoques—Le «caractère amovible» est un avantage

**BREVETS—Suite**

de l'invention, et non l'essence de celle-ci—La substance de l'invention ressort de l'intention de l'inventeur—La Cour doit considérer le brevet dans son ensemble en tenant pour acquis que ce sont les revendications qui définissent avant tout l'invention—Il n'est pas évident que l'intention de l'inventeur était de créer seulement un accessoire d'agitation, à savoir une chemise supérieure amovible ou un agitateur complet se composant d'une chemise supérieure amovible ainsi que d'une partie inférieure oscillante et des accessoires—Lorsque plus d'une interprétation raisonnable est possible, la Cour retient celle qui est de nature à valider le brevet—Le résumé de l'invention, qui figure dans le brevet lui-même, dit clairement et sans équivoque que l'invention du brevet 803 correspond au mécanisme unique d'entraînement reliant la partie inférieure de l'agitateur à la chemise supérieure en l'absence d'un arbre d'entraînement, et non à un manchon amovible—Le caractère amovible ne constitue pas l'invention—(ii) La validité du brevet 803 au Canada n'ayant été contestée que 16 ans après l'octroi du brevet, après l'expiration de celui-ci aux États-Unis, la preuve d'invalidité avancée par la partie défenderesse doit être très probante—Toutefois, il incombe au breveté d'établir la validité du brevet une fois que la partie qui la conteste offre une certaine preuve à l'appui de sa thèse, selon la prépondérance des probabilités—Les défenderesses n'ont fourni aucun élément de preuve qui montre, même selon la prépondérance des probabilités, que le brevet 803 est invalide—La présomption de validité prévaut—(iii) Il incombe aux demanderesse d'établir la contrefaçon suivant la prépondérance des probabilités—Le seul fait que l'agitateur des défenderesses ne soit pas amovible ne permet pas de repousser l'allégation de contrefaçon—La chemise non amovible des défenderesses constitue une «variante mineure»—Le caractère amovible n'a pas une incidence importante sur le fonctionnement de l'invention dans le cas des grosses lessives—Bien que l'agitateur des défenderesses ne soit pas muni de l'élément appelé «manchon» dans les revendications du brevet 803, la chemise supérieure de l'agitateur des défenderesses est néanmoins visée par le brevet 803—Cela ne constitue toutefois pas un facteur déterminant quant à la contrefaçon—Le fait que l'agitateur des défenderesses soit muni d'ailettes flexibles sur sa partie inférieure oscillante constitue un facteur déterminant quant à la contrefaçon—Le brevet 803 est muet sur le type d'ailettes devant être utilisé—Un agitateur à double effet doté d'ailettes flexibles ne peut pas constituer l'invention divulguée dans le brevet 803 parce que, au moment de l'invention de l'agitateur à double effet, l'utilisation d'ailettes flexibles avec ce type d'agitateur n'était pas envisagée—Seules des ailettes rigides étaient envisagées dans le brevet 803—Bien que le brevet 803 n'exclue pas expressément l'agitateur à ailettes flexibles, il ne l'englobe pas—L'agitateur des défenderesses ne contrefait pas le brevet—(2)(i) Le libellé des revendications du brevet 734 étant clair, non équivoque et facile à comprendre, il n'est pas nécessaire d'aller au-delà des revendications pour faciliter l'interpréta-

**BREVETS—Suite**

tion du brevet—Le brevet porte sur la chemise supérieure unidirectionnelle et la partie inférieure oscillante d'un agitateur muni d'ailettes flexibles et actionné par un embrayage unidirectionnel—Les caractéristiques particulières énoncées dans le brevet 734 se rapportent principalement au caractère flexible des ailettes de la partie inférieure de l'agitateur, sans aucune mention de leur alignement coaxial par rapport à celle-ci, et à la transmission continue ou par intermittence d'un mouvement dans une direction donnée par le mécanisme d'entraînement—(ii) Les questions en litige qui demeurent non résolues sont la nouveauté et le caractère inventif de l'invention divulguée dans le brevet 734, et le fait de savoir si la preuve d'invalidité suffit à repousser la présomption légale de validité—Les défenderesses n'ont pas présenté un élément de preuve qui, selon la prépondérance des probabilités, tende à réfuter la nouveauté de l'ajout d'ailettes flexibles à l'agitateur à double effet—La présomption de nouveauté du brevet 734 prévaut en l'absence de preuve à l'effet contraire—En ce qui a trait au caractère ou à l'esprit inventif, la question qui se pose est de savoir si, en rassemblant tous les éléments du brevet 734, le breveté a produit une «combinaison» qui est inventive, ou s'il s'agit d'une simple juxtaposition d'éléments bien connus—Si la combinaison n'est pas une simple juxtaposition, une deuxième question se pose, celle de savoir si l'ajout d'ailettes flexibles était évident—L'adjonction de la chemise supérieure ou des ailettes flexibles à l'agitateur crée un nouveau résultat commun—Les éléments s'unissent en vue d'un résultat unitaire—Le progrès divulgué dans le brevet 734 n'est pas qu'une simple juxtaposition d'éléments déjà connus—Les défenderesses n'ont pas présenté d'éléments de preuve qui réfutent l'existence de tout esprit inventif—L'utilisation d'ailettes flexibles de pair avec un agitateur à double effet n'était pas évidente—Le fait qu'il ait fallu six mois pour mettre l'idée au point est l'indice d'une réflexion, d'une recherche ou d'une expérimentation sérieuse—Pour être brevetable, le perfectionnement d'une invention brevetée doit présenter le caractère de la nouveauté, de l'utilité et de l'invention—Le brevet 734 n'étant pas simplement la juxtaposition d'éléments déjà connus, il est impossible d'isoler les ailettes flexibles du reste de l'invention—L'invention ne consiste pas uniquement à remplacer les ailettes rigides par des ailettes flexibles—Il n'est pas nécessaire de déterminer si la substitution était évidente—Le contenu du brevet n'entre dans le domaine public qu'après la délivrance du brevet—Vu les dates de délivrance des trois brevets, les connaissances que renfermaient les brevets 401 et 803 étaient dans le domaine public depuis seulement deux ans lorsque le brevet 734 a été délivré—Ces connaissances n'étaient pas dans le domaine public lorsque l'invention visée par le brevet 734 a vu le jour—La règle générale veut que les brevets faisant l'objet de demandes en même temps ne puissent être invoqués à titre d'antériorité—C'était le cas en l'espèce—Même si les brevets 401 et 803 sont énumérés au nombre des antériorités dans le brevet 734, il ne s'agit pas d'antériorités, car ils faisaient l'objet de demandes



**BREVETS—Fin**

contemporaines au moment de l'invention—Les défenderesses n'ont pas présenté quelque élément de preuve qui tende à prouver, selon la prépondérance des probabilités, que les brevets 401 et 803 peuvent être considérés comme des antériorités du brevet 734—Le brevet 734 ayant pour objet une invention totalement différente de celles divulguées dans les brevets 401 et 803, il n'y a pas double brevet—Les défenderesses n'ont pas établi, suivant la prépondérance des probabilités, que l'invention divulguée dans le brevet 734 ne revêt aucun caractère nouveau ou inventif—Aucune preuve ne tend à réfuter la présomption de validité—Le brevet 734 est donc valide—(iii) L'agitateur des défenderesses correspond à la substance des revendications du brevet 734—Les défenderesses sont donc coupables de contrefaçon.

WHIRLPOOL CORP. C. CAMCO INC. (T-2028-95, juge Cullen, jugement en date du 18-8-97, 68 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****EXCLUSION ET RENVOI***Personnes non admissibles*

Contrôle judiciaire de la décision de la SAI concluant que l'art. 19(1)f) de la Loi sur l'immigration portait présomption simple et que le mari de l'intimée l'avait réfutée—Elle a fait droit à l'appel par ce motif que le refus du droit d'établissement n'était pas valide—Cette décision s'appuyait principalement sur la lettre d'un ancien ambassadeur des États-Unis en Somalie, qui y affirme qu'il connaît M. Adam et que c'est quelqu'un de bien—Et que si celui-ci était bien un membre du gouvernement de Siyad Barré, il n'avait guère d'influence sur les politiques touchant les droits de la personne et prônait ouvertement les changements pacifiques—Aux termes de l'art. 19(1)f), sont personnes non admissibles celles qui, à un rang élevé, font ou ont fait partie ou sont ou ont été au service d'un gouvernement qui, de l'avis du ministre, se livre ou s'est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou à des crimes de guerre ou contre l'humanité, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national—Il ressort des preuves produites que le mari de l'intimée était un membre du gouvernement Barré et que de ce fait, il tombe sous le coup de l'art. 19(1)f)—Bien que cette disposition ne porte pas présomption simple, la SAI n'a commis aucune erreur—Seule la ministre a le pouvoir discrétionnaire d'appliquer ou non l'exception au vu des preuves produites—Mauvaise foi ou décision au mépris des preuves de la part du délégué de la ministre—La lettre de l'ancien ambassadeur des États-Unis est fort probante, peut-être décisive—Elle aurait dû être prise en compte dans la décision de la ministre—De la passer sous silence fait de cette décision une décision absurde—La ministre doit motiver sa décision

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

dans les cas où la décision est visiblement absurde ou l'absence de motifs fait craindre qu'elle n'a pas du tout exercé son pouvoir discrétionnaire en la matière—Recours en contrôle judiciaire rejeté en partie et affaire renvoyée pour nouvelle instruction—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)f) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. ADAM (IMM-3380-96, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 29-8-97, 4 p.)

Requête visant à obtenir la radiation des parties de la déclaration dans lesquelles on demande des déclarations et la suspension du reste de l'action, soit la partie dans laquelle des dommages-intérêts sont sollicités, vu qu'on a refusé de lui accorder le statut de résidente permanente pour le motif qu'elle n'est pas admissible en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration—La demanderesse cherche à obtenir a) une déclaration portant que l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi est incompatible avec les art. 7 et 15(1) de la Charte et que cette disposition est donc inopérante conformément à l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982; b) une déclaration portant que le refus de la défenderesse de faire droit à la demande de résidence permanente pour le motif qu'elle n'est pas admissible en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi constitue une violation des droits que lui reconnaissent les art. 7 et 15(1) de la Charte; c) une déclaration portant qu'elle a droit au statut de résidente permanente au Canada; d) s'il est conclu que l'art. 19(1)a)(ii) est inopérant en vertu de l'art. 52(1) et que la déclaration d'invalidité est suspendue de façon à permettre à la défenderesse de modifier les dispositions contestées, une exemption constitutionnelle de l'application de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi—L'alinéa a) de la demande ne vise pas à première vue un office fédéral, mais plutôt la contestation d'une disposition législative fédérale—Une déclaration de ce genre peut être demandée dans une action—L'alinéa b) de la demande se rapporte à la contestation de la décision d'un office et la déclaration ne devrait à bon droit être demandée que dans le cadre d'un contrôle judiciaire—Les alinéas b) et c) de la demande de réparation doivent donc être radiés—Les alinéas a) et d) de la demande peuvent à juste titre être maintenus dans une action visant à faire déclarer la disposition législative inopérante et à obtenir des dommages-intérêts, vu que la question de savoir si des dommages-intérêts peuvent être accordés à l'égard de mesures prises avant qu'une disposition législative soit jugée inconstitutionnelle est une question qui relève du juge président l'audience—L'action en dommages-intérêts n'est ni radiée ni suspendue—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)a)(ii)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi du Canada de 1982, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15—Loi constitutionnelle de

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

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

CHESTERS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1316-97, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 9-7-97, 4 p.)

*Renvoi des résidents permanents*

Demande de contrôle judiciaire de l'avis du ministre, fondé sur l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration, selon lequel le requérant constitue un danger pour le public au Canada—Le requérant a été admis au Canada avec ses parents et ses quatre frères et sœurs—Il a conservé le statut de résident permanent sans obtenir la citoyenneté canadienne—En août 1992, le requérant a été reconnu coupable, sous le régime des art. 153(1a) et 151 du Code criminel, de deux chefs d'accusation d'exploitation sexuelle, et d'un chef d'accusation de contact sexuel—Par suite de ces condamnations criminelles, le requérant a fait l'objet d'une ordonnance en vue de son expulsion du Canada—Le 10 juillet 1995, le projet de loi C-44, ajoutant l'art. 70(5) à la Loi sur l'immigration, est entré en vigueur—Un résident permanent qui, de l'avis du ministre constitue un danger pour le public au Canada ne peut interjeter appel devant la section d'appel concernant une mesure d'expulsion qui a été prise contre lui—L'audition de l'appel du requérant devant la section d'appel n'était pas commencée quand l'art. 70(5) est entré en vigueur, mais elle a commencé cinq mois plus tard—Étant donné que l'audition de l'appel du requérant n'a pas commencé avant le 10 juillet 1995, date à laquelle l'art. 70(5) est entré en vigueur, le ministre était en droit d'émettre son avis, comme il l'a fait le 10 janvier 1996—Une fois que le ministre a fait connaître son avis sur le danger que représente le requérant, la section d'appel n'a plus compétence pour connaître de l'appel—Comme l'indique le juge Strayer, J.C.A., dans *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), une fois que le ministre a communiqué sa décision sous le régime de l'art. 70(5), le pouvoir discrétionnaire de la section d'appel est remplacé par celui du ministre—Comme le ministre était en droit d'émettre son avis concernant le requérant en vertu de l'art. 70(5), il n'a commis aucune erreur de droit susceptible de contrôle—La Cour rejette l'argument du requérant selon lequel en ne motivant pas sa décision le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière non appropriée et contraire aux principes de justice naturelle—Rien dans la preuve ne laisse entendre que la décision du ministre, prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, était manifestement absurde, qu'il a outrepassé sa compétence ou a fait preuve de mauvaise foi—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(5) (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13)—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151, 153.

NOPPERS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-682-96, juge MacKay, ordonnance en date du 9-9-97, 14 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de réexamen des conditions d'une ordonnance ([1977] A.C.F. n° 456 (Q.L.)) annulant la décision d'un agent des visas qui avait refusé au requérant sa demande de visa fondée sur des raisons d'ordre humanitaire—L'ordonnance ne traitait pas de la question de savoir si l'affaire soulevait des questions graves de portée générale pouvant être certifiées—Le ministre intimé présente une requête pour que les conditions de l'ordonnance initiale soient modifiées afin de certifier trois questions—Les questions en litige sont les suivantes: (1) Quelles sont les formalités procédurales à suivre pour présenter une requête en vue de faire certifier des questions graves de portée générale une fois que l'ordonnance initiale a été rendue? (2) Les questions soulevées par l'intimé soulèvent-elles des questions graves de portée générale?—Requête accueillie—(1) Il n'est pas inconcevable qu'une question grave puisse demeurer invisible jusqu'après le prononcé de la décision relative à une demande de contrôle judiciaire—Une question de portée générale peut être certifiée après le prononcé des motifs du jugement—La Règle 1733 de la Cour fédérale peut être invoquée aux fins de la certification dans des circonstances exceptionnelles—La Cour note qu'elle a négligé de demander aux parties si elles avaient des questions à faire certifier—Le ministre a mis à l'épreuve les limites de l'équité en refusant ou en étant incapable de fournir au requérant les questions proposées pour la certification jusqu'au tout dernier moment; toutefois, cette question est théorique étant donné que la Cour a prévu un autre jour d'audience pour examiner les questions proposées—La Cour a quelques réserves à exprimer sur la question de savoir s'il s'agit d'un cas dans lequel les questions graves de portée générale n'étaient pas apparentes pendant l'audience—La demande en vue d'un nouvel examen se fondant sur le fait qu'une question grave de portée générale n'a pas été certifiée n'est pas sans précédent—(2) Le contenu des questions—La première question proposée (quand il évalue une demande d'examen pour des raisons d'ordre humanitaire présentée sous le régime de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration et fondée uniquement sur le risque que le requérant pourrait courir en cas de retour dans son pays d'origine, un agent d'immigration peut-il tenir compte de l'avis d'un agent de révision des revendications refusées pour parvenir à sa décision?) a déjà fait l'objet d'une réponse dans la jurisprudence: *Al-Joubeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 109 F.T.R. 235 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—La deuxième question proposée (le temps que prend un agent d'immigration pour évaluer une demande d'examen pour des raisons d'ordre humanitaire fondée sur l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration, après avoir examiné l'avis d'un agent de révision des revendications refusées sur l'existence d'un risque pour le requérant en cas de retour dans son pays d'origine, constitue-t-il une indication que celui-ci a fait obstacle à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire?) dépend d'une nuance dans l'argument relatif à l'exercice du pouvoir discrétionnaire—L'intervalle d'un jour entre la décision de l'agent des visas et l'évaluation de l'agent de révision des

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

revendications refusées est une preuve que l'agent a effectivement fait obstacle à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—La question fondamentale est de savoir si la question proposée aux fins de la certification dépend uniquement d'une question de fait ou si l'intervalle de temps soulève en fait une question de droit de portée générale et distincte—La question se situe apparemment dans la zone grise entre les questions de fait et de droit et, en pareil cas, il est préférable de laisser à la Cour d'appel le soin de trancher définitivement la question—La question soulève un point de droit qui mérite d'être certifié—La question suivante est certifiée: le laps de temps qui s'écoule entre une évaluation par un agent d'immigration d'une demande pour des raisons d'ordre humanitaire fondée sur l'article 114(2) de la Loi sur l'immigration et la prise en considération par cet agent de l'opinion d'un agent de révision des revendications refusées au sujet du risque présumé que le requérant pourrait courir en cas de retour dans son pays d'origine, constitue-t-il une indication (démonstration) que l'agent d'immigration a fait obstacle à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire?—La troisième question (quand un agent d'immigration a évalué une demande d'examen pour des raisons d'ordre humanitaire sous le régime de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration, a-t-il l'obligation de mentionner expressément dans sa décision ou dans un affidavit les éléments de preuve fournis par le requérant qu'il a examinés?) n'est pas une question de portée générale qui transcende les intérêts des parties parce que la jurisprudence y a déjà répondu dans *Hassan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (C.A.F.)—La deuxième question posée par la Cour est la suivante: l'expression «donner aux parties la possibilité de lui demander de certifier que l'affaire soulève une question grave de portée générale, tel que le prévoit l'art. 83 de la Loi» aux termes de l'art. 18(1) des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration signifie-t-elle que c'est au seul juge saisi du contrôle judiciaire qu'il incombe de demander aux parties si elles souhaitent proposer une question aux fins de la certification ou une partie en cause doit-elle déclarer à la Cour que l'instance soulève une telle question?—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., Règle 1733—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 29; ch. 29, art. 14; L.C. 1990, ch. 38, art. 1; 1992, ch. 49, art. 102; 1994, ch. 26, art. 36)—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, 1993, DORS/93-22, art. 18(1).

OGUNFOWORA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2761-96, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 9-9-97, 12 p.)

## STATUT AU CANADA

*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a conclu que la requérante n'était pas une réfugiée

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

au sens de la Convention—La requérante est une femme âgée de 35 ans qui vient de la Somalie et qui est membre de la tribu hawiyé et du clan Habr Gedir—Son clan a été persécuté par les troupes gouvernementales en 1989—Le fils et le père de la requérante ont été tués par l'armée—La requérante s'est enfuie dans diverses régions de refuge en Somalie avant de venir au Canada—Elle a revendiqué le statut de réfugiée au sens de la Convention du fait de sa race, de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social, soit celui de la tribu hawiyé et du clan Habr Gedir—Par suite des changements survenus dans la situation du pays, le tribunal a conclu que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—Le tribunal a conclu que la requérante ne risquait plus raisonnablement d'être persécutée parce qu'une possibilité de refuge intérieur (PRI) s'offrait à elle, c.-à-d. qu'il serait raisonnable pour la requérante de chercher refuge dans les régions où elle avait déjà vécu pendant qu'elle essayait d'échapper aux attaques—Le tribunal a rejeté la crainte que la requérante avait d'être violée en Somalie si elle y retournait—Il est ressorti de la preuve documentaire que le clan Habr Gedir était partagé en deux factions qui se font la guerre—Demande accueillie—Pour qu'il existe une PRI, la région sûre doit être une région dans laquelle on ne risque pas réellement d'être sérieusement en danger et que, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il ne doit pas être déraisonnable pour la personne concernée de se rendre dans cette région—Il faut notamment tenir compte de la possibilité pratique pour la personne concernée de se rendre dans la région en cause, de sa capacité de s'y rendre légalement et de la stabilité de ladite région—1) Le tribunal n'a absolument pas fait mention d'éléments de preuve contradictoires concernant la condition de la femme en Somalie, en particulier des questions de viol, de violence contre les femmes, d'érosion des droits de la femme, et de la nécessité que la personne en cause, pour obtenir une protection adéquate, soit fortement appuyée par sa famille—Les questions de poids de la preuve relèvent de la compétence du tribunal, mais ce dernier doit au moins mentionner pourquoi il accorde peu d'importance aux éléments de preuve documentaire contradictoires qui influent profondément sur la revendication ou pourquoi il les rejette—2) Pour qu'une PRI soit viable, il doit être physiquement possible pour le requérant de se rendre dans la région en cause—Cela comporte une appréciation de la façon dont le requérant doit se rendre dans cette région—S'il est dangereux pour le requérant de se rendre dans la région en question, il est impossible de dire que la PRI est une possibilité pratique—Rien ne montre que le tribunal se soit arrêté à la possibilité pratique pour la requérante de se rendre en fait dans la région visée par la PRI—La requérante devrait fort probablement se rendre à pied dans la région visée par la PRI—On a présenté au tribunal une preuve tendant à montrer qu'il y a des bandes de voleurs et de miliciens armés qui rôdent dans le pays et que les femmes risquent d'être violées par des hommes n'appartenant pas à leur

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

propre clan—Le tribunal a tenu compte de la sécurité des femmes uniquement dans la région visée par la PRI contrôlée par les Habr Gedir—Dans les circonstances de l'espèce, il fallait examiner la crainte de la requérante compte tenu du fait qu'elle devait se rendre dans la région visée par la PRI—Il existait une preuve de persécution des femmes pour des motifs prévus par la Convention en essayant de se rendre dans la région où une PRI s'offrent à elles—3) Le critère pour déterminer si la PRI est raisonnable est celui de savoir si la requérante peut raisonnablement et sans préjudice excessif trouver un refuge—Le tribunal ne semble pas avoir tenu compte du témoignage que la requérante a présenté au sujet du fait que son père et son fils avaient été tués—Les liens familiaux intimes de la requérante en Somalie ont tragiquement été rompus—Il existe une preuve d'hostilités continues entre les clans, et même de lutte à l'intérieur des clans eux-mêmes—La requérante serait jetée seule dans pareil milieu sans l'appui ou la protection de sa famille—4) Les changements qui surviennent dans la situation d'un pays doivent être appréciés selon les répercussions qu'ils ont sur la situation du revendicateur—Le fait que le tribunal conclut que des changements sont survenus dans la situation d'un pays ne met pas pour autant un terme à la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—Le tribunal a commis une erreur relativement à plusieurs éléments cruciaux de la PRI—Les conclusions erronées portaient sur des éléments essentiels de la revendication de la requérante—Cela constitue une erreur de droit sérieuse qui a donné lieu à une décision manifestement déraisonnable.

DIRSHE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2124-96, juge Cullen, ordonnance en date du 2-7-97, 10 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

L'appelante était-elle tenue de payer la taxe de vente fédérale sur des marchandises vendues à des détaillants?—L'appelante a payé les taxes en question et demandé un remboursement au motif qu'elle les avait acquittées par erreur—Le M.R.N. a refusé le remboursement—Refus confirmé par la Section de première instance—En vertu de l'art. 50(1a) de la Loi sur la taxe d'accise, le fabricant ou le producteur qui vend des marchandises produites ou fabriquées au Canada doit payer la taxe de consommation ou de vente applicable sur le prix de vente ou sur la quantité vendue de toutes marchandises, à moins que cette vente ne tombe sous le coup des exemptions prévues à l'art. 50(5)—Les marchandises ont de toute évidence été «produites ou fabriquées au Canada» en vertu de la deuxième disposition créant une présomption à l'art. 2(3)—L'appelante est de

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

toute évidence le «fabricant ou producteur» au sens de la définition énoncée à l'art. 2(1*i*)—Le juge de première instance [(1994), 77 F.T.R. 122 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] a conclu qu'il y avait un défaut mineur dans Loi—Lorsqu'il est question d'une loi fragmentée comme la Loi sur la taxe d'accise, la Cour devrait répugner à comparer à la loupe les termes de dispositions conçues à des époques différentes et dans un contexte différent, et destinées à traiter de questions différentes—Une rédaction imparfaite ne devrait pas servir à annuler une disposition législative si celle-ci peut être interprétée de façon que le sens qui lui est donné découle raisonnablement bien, bien qu'imparfaitement, des termes utilisés par le législateur dans le contexte pertinent, et est compatible avec l'objet principal et clairement exprimé de la Loi—L'interprétation par le juge de première instance de l'effet combiné des art. 2(1), 2(3) et 50(1a) est parfaitement étayée par les termes utilisés et elle est compatible avec l'objet de la Loi—Appels rejetés—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 2, 50.

W.R. MCRAE Co. c. CANADA (A-207-94, A-266-96, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 13-6-97, 9 p.)

**LOI SUR LES DOUANES**

Appel d'une décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) a conclu que certaines sommes payées par l'appelante en conformité avec des ententes de distribution exclusive faisaient partie de la valeur en douane de chaussures que l'appelante importait au Canada et que ces sommes étaient par conséquent assujetties à des droits de douane en vertu de l'art. 48(5)a(iv) de la Loi sur les douanes—Ententes accordant à Reebok Canada le droit exclusif d'utiliser et d'autoriser l'utilisation de certaines marques de commerce de Reebok International Inc. et de Rockport Co. en contrepartie du paiement à Reebok International Ltd. (RIL US) d'une redevance calculée en fonction d'un pourcentage du «prix de vente net» et, à Rockport Co., d'une redevance correspondant à un pourcentage du «prix de vente brut»—L'appel est rejeté—La première question litigieuse est celle de savoir si le TCCE a commis une erreur de droit dans son interprétation de l'art. 48(5)a(iv) en interprétant de façon erronée l'expression «en tant que condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada» qui y est employée—Le TCCE n'a pas commis d'erreur dans son interprétation—Le sens à attribuer au terme «condition» dépend du contexte dans lequel il est employé et des objets généraux des dispositions législatives en question—Les sommes que RIL US et Rockport devaient payer aux termes des ententes en question étaient des redevances au sens de l'art. 8(5)a(iv)—La décision du TCCE va dans le même sens que la jurisprudence actuelle sur cette disposition et son prédécesseur: *Polygram Inc. c. Sous-ministre du Revenu national pour les*

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

*douanes et l'accise et autre*, appels n<sup>os</sup> AP-89-151 et AP-89-165 et *Signature Plaza Sport Inc. c. Ministre du Revenu national (douanes et accise)* (1990), 32 F.T.R. 287 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—La deuxième question en litige est celle de la détermination de la valeur transactionnelle des marchandises en vertu de l'art. 48 de la Loi—L'art. 48 n'exige pas que le montant effectif de la redevance soit déterminé au moment de l'importation ou à tout autre moment précis, à condition toutefois qu'il puisse être déterminé, comme il peut l'être en l'espèce à l'aide du relevé des versements que l'appelante a faits à RIL US et à Rockport—Les versements ont lieu après l'importation des marchandises, mais il se peut que le Ministère ait l'habitude de calculer les droits en fonction de la valeur transactionnelle et d'estimer au moment de l'importation les redevances payables sur les marchandises, sous réserve de rajustements ultérieurs en fonction du montant de redevances effectivement payé—La troisième question en litige concerne l'interprétation de l'expression «redevances et droits de licence» à l'art. 48(5)a)(iv) de la Loi—Le rôle du TCCE aux termes de cette disposition consistait à déterminer si les versements en litige en l'espèce tombaient sous le coup de cette disposition—C'est bien ce que le TCCE a fait et il n'a pas commis d'erreur en le faisant—Le TCCE n'a pas commis d'erreur en concluant qu'aux termes des ententes Reebok et Rockport, les redevances prévues étaient versées pour des marques de commerce et constituaient des redevances au sens de l'art. 48(5)a)(iv)—Le TCCE n'a pas commis d'erreur en concluant que les paiements constituaient des «redevances . . . relat[ives] aux marchandises» au sens de l'art. 48(5)a)(iv)—Le TCCE a implicitement conclu que les paiements prévus aux ententes Reebok et Rockport étaient des redevances relatives aux marchandises qui étaient importées—Les ententes qualifiaient ces paiements de «redevances» qui étaient versées en contrepartie de l'avantage découlant de la vente de marchandises portant les marques de commerce, et les ententes prévoyaient que les paiements étaient fonction du prix de vente net ou du prix de vente brut des marchandises en question—La décision que le TCCE a rendue à cet égard n'était manifestement pas abusive ou rendue sans égard à la preuve—La quatrième question en litige concerne les conclusions de fait tirées par le TCCE et les éléments de preuve portés à sa connaissance—Le TCCE a respecté les limites de son pouvoir discrétionnaire et a tenu compte des éléments de preuve qui lui étaient soumis en tirant les inférences et les conclusions de fait qu'il a tirées au sujet des redevances et des contrats de licence—Sa conclusion était logique sur le plan commercial et était justifiée par la preuve—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 48(5)a)(iv).

REEBOK CANADA C. SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE (T-864-94, juge MacKay, jugement en date du 30-6-97, 16 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL****DROITS ANCESTRAUX OU ISSUS DE TRAITÉS**

Examen judiciaire d'ordonnances de modification des contingents de saumon coho pour la pêche sportive dans les eaux de la Colombie-Britannique—Les ordonnances de modification ont pour effet d'accroître la taille des poissons pouvant être gardés par les titulaires d'un permis; elles contingentent les prises quotidiennes et saisonnières de cohos pour les détenteurs de permis; interdisent la pêche du coho dans certains secteurs et à certaines époques—Selon les requérants, les ordonnances de modification ne tiennent pas compte de leur droit ancestral de pêcher le coho—Ils revendiquent le droit ancestral de pêcher le coho à des fins de subsistance, ainsi qu'à des fins sociales et rituelles dans le bassin des lacs Shuswap de temps immémorial—Reconnaissant la nécessité d'assurer une meilleure conservation des stocks de coho dans les rivières en question, le ministère des Pêches et Océans a conçu un plan de conservation après s'être concerté avec tous les intéressés, y compris les requérants—Ce plan interdit toute pêche commerciale du coho—Il réduit sensiblement par rapport aux années précédentes les prises totales autorisées de cohos—Les requérants font valoir que l'allocation d'un contingent à la pêche sportive, même si celui-ci est sensiblement plus bas que les années précédentes, alors même qu'ils ne parviennent pas à subvenir à leurs besoins, porte une atteinte injustifiée à leurs droits ancestraux—Les requérants estiment que l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 leur donne le droit de pêcher 2 300 saumons cohos—Pour les trois bandes en question, le permis communautaire réduit à 85 saumons cohos le maximum des prises autorisées dans les rivières en question—Deux questions essentielles: (1) l'existence du droit ancestral revendiqué est-il effectivement établi; (2) si oui, a-t-il été enfreint de manière injustifiable par les ordonnances de modification; deux questions accessoires: i) la nature des procédures engagées; ii) la compétence de la Cour pour rendre certaines des ordonnances sollicitées—i) Selon l'intimé, la procédure de contrôle judiciaire n'est pas celle qui convient s'agissant d'établir l'existence de droits ancestraux qui seraient garantis par l'art. 35(1)—Il fait valoir que cette démarche ne permet pas un recours suffisant aux témoignages d'experts et que, vu les limites qui lui sont inhérentes, la preuve par affidavit ne donne, à aucune des parties, suffisamment l'occasion d'établir les faits nécessaires au règlement des questions d'ordre constitutionnel—La nature de la procédure et des limites qui lui sont inhérentes peuvent effectivement entraîner des difficultés, mais les requérants qui ont besoin de pouvoir contester, par une procédure expéditive, des décisions gouvernementales leur paraissant enfreindre des droits importants, ne doivent pas se voir refuser le recours d'une demande de contrôle judiciaire—ii) Le pouvoir qu'a la Cour d'ordonner une telle mesure est limité par l'art. 18.1(3)—La Cour peut prononcer un jugement déclaratoire ou infirmer les ordonnances de

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

modification et renvoyer la question pour nouvel examen—Elle n'a pas compétence pour imposer ou ordonner des mesures précises de conservation—(1) Le critère applicable en matière de droits ancestraux garantis par l'art. 35(1): il doit s'agir d'une activité relevant d'une pratique, d'une coutume ou d'une tradition faisant partie intégrante de la culture caractéristique du groupe autochtone qui revendique ce droit—Il doit être démontré que cette pratique remonte à la période antérieure au contact avec les Européens et qu'elle s'est poursuivie par la suite—Les requérants ont présenté le témoignage d'une ancienne de la bande, ainsi que d'un ancien chef—Le témoignage ne porte pas sur des pratiques antérieures aux premiers contacts avec les peuples Blancs—La preuve ne permet pas de démontrer que le droit revendiqué est effectivement un droit ancestral bénéficiant des garanties de l'art. 35(1)—Il faut plus que des croyances ne se référant pas à des circonstances de fait susceptibles de les fonder pour satisfaire aux exigences de la preuve—Ce n'est pas l'absence de toute preuve contraire qui importe—S'il peut sembler que d'autres affaires ont déjà établi l'existence d'un droit ancestral général de pêcher aux fins dont il est fait état en l'espèce, les droits ancestraux doivent être constatés de manière spécifique et non pas générale—Les permis de pêche communautaire constituent une autre mesure utilisée pour la mise en œuvre du plan de conservation—Si l'on ne sait guère quelle serait la quantité nécessaire, les besoins traditionnels des requérants dépassent leur part des 85 poissons qu'ils sont autorisés à pêcher en vertu du permis de pêche communautaire—On relève deux faiblesses dans l'argument voulant que les ordonnances de modification aient porté une atteinte injustifiable à leur droit traditionnel—(a) Ce ne sont pas les ordonnances en cause qui portent autorisation des activités de pêche sportive et récréative, mais le Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique—Si les ordonnances de modification étaient annulées, les mesures antérieures applicables à 1996 seraient remises en vigueur et autoriseraient, au titre de la pêche sportive, la prise d'un plus grand nombre de cohos que n'est autorisé par le plan de 1997—(b) Pour faire droit à la thèse de la violation, avancée par les requérants, il faudrait retenir l'idée que toute activité de pêche sportive est de nature à nuire au coho de la rivière Thompson—Les fonctionnaires du MPO chargés d'élaborer le plan de gestion du saumon coho de 1997 ne pensent pas que ce plan nuira aux cohos revenant dans le bassin de la Thompson—Le plan n'a été adopté qu'après concertation avec toutes les parties intéressées—Le principal objectif des requérants avait été soumis à l'attention du ministre, qui avait rejeté cette solution et adopté le plan actuel—Après la conservation du coho sauvage, «la plus haute priorité au niveau des prises» est accordée aux besoins des Autochtones—La responsabilité à cet égard est ainsi reconnue par le MPO—Rien ne porte à penser que le MPO finirait par restreindre de manière déraisonnable la pêche à des fins de subsistance et à des fins sociales et rituelles—La preuve n'établit pas que le droit des

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

requérants de pêcher le coho dans les rivières Salmon, Eagle, Adams et Thompson est un droit ancestral—(2) Les ordonnances de modification ne portent pas atteinte au droit traditionnel dont il est fait état en l'espèce—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. 35—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique, DORS/96-137.

BANDE NESKONLITH C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) (T-1497-97, juge MacKay, ordonnance en date du 22-9-97, 20 p.)

**DROIT MARITIME****RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Action intentée en vertu des art. 646 et 647 de la Loi sur la marine marchande du Canada pour obtenir des dommages-intérêts par suite de la mort du mari, occasionnée par une faute, après la collision entre son bateau de pêche, le *Bona Vista*, et la combinaison de remorqueur et chaland, l'*Arctic Taglu/Link 100*—Alors que les deux navires s'approchaient l'un de l'autre sur des routes à peu près opposées, le *Bona Vista* a abattu brusquement sur bâbord en travers la proue du *Link 100*—Le remorqueur *Arctic Taglu* poussait le chaland *Link 100*—Le remorqueur et le chaland avaient une longueur combinée d'environ 142 mètres—On avait pratiqué une encoche dans la poupe du chaland pour que la proue de l'*Arctic Taglu* puisse y être fixée—Le propriétaire du remorqueur et du chaland avait initialement prévu utiliser un «système d'intercommunication» pour relier les deux navires—M. Burnside de Transports Canada était d'avis que le remorqueur et le chaland constitueraient une unité composite et devraient être équipés de feux qui leur permettraient d'être éclairés comme une unité composite lorsque le remorqueur pousse vers l'avant—Par la suite, un autre membre de la Garde côtière, le capitaine Keeper, a approuvé les feux de l'*Arctic Taglu/Link 100* en se fondant sur l'assertion du propriétaire que le remorqueur et le chaland ne constituaient pas une unité composite—Le capitaine Keeper n'a pas inspecté le chaland, ni vu de diagrammes du béliet hydraulique de raccordement qui était proposé—On avait simplement soumis à son approbation les plans d'éclairage intitulés «Combinaison intégrée de remorqueur et chaland»—À la place du système d'intercommunication, on a installé sur l'*Arctic Taglu/Link 100* un système fait sur mesure—Le facteur critique lorsqu'on doit décider si un remorqueur et un chaland constituent une unité composite est la possibilité de les unir de façon à éviter tout mouvement latéral indépendant qui pourrait amener les feux de navigation à se désaligner sur la longueur de la combinaison de remorqueur et chaland—En temps normal, lorsque le

**DROIT MARITIME—Suite**

système fait sur mesure est utilisé, les deux navires sont reliés rigidement—Lorsque le remorqueur pousse le chaland, il s'agit d'une unité composite—Après avoir eu une conversation avec le capitaine Wade du bureau d'Ottawa, le capitaine Keeper a indiqué que le chaland ne devait être éclairé que conformément aux règles internationales et non conformément aux modifications canadiennes—Le capitaine Wade était d'avis que les modifications canadiennes ne s'appliquaient que lorsqu'il était impossible de se conformer aux règles internationales—Le chaland était éclairé conformément à l'art. 24f(i) du Règlement sur les abordages (chaland poussée conformément aux règles internationales)—La combinaison de remorqueur poussant un chaland est rare sur la côte ouest de la Colombie-Britannique—Les feux que l'*Arctic Taglu* utilisait créaient de la confusion chez les marins qui ne les avaient jamais vus auparavant—Les propriétaires et exploitants du remorqueur avaient pris l'habitude d'utiliser un projecteur, installé sur le remorqueur, pour éclairer l'avant sur toute la longueur du chaland lorsque les navires qui venaient dans sa direction semblaient incertains de ce qui se trouvait devant eux—Un marin pouvait interpréter le déplacement du projecteur comme une indication qu'il y avait quelque chose dans l'eau à l'avant qu'il ne pouvait voir et qui constituait un danger pour son navire—L'utilisation du projecteur, tandis que le *Bona Vista* s'approchait et se trouvait tout près de l'*Arctic Taglu/Link 100*, a amené le *Bona Vista* à abattre brusquement sur bâbord—Le *Bona Vista* n'était pas lui-même suffisamment bien éclairé, mais selon le capitaine en second de l'*Arctic Taglu*, cet éclairage n'avait créé chez lui aucune confusion et ne l'avait jamais trompé; il avait été en mesure de déterminer la route et la vitesse du *Bona Vista* sans exiger la présence à ses côtés d'une deuxième personne dans la timonerie—Les conditions météorologiques étaient bonnes, la mer était calme et la visibilité était claire—La fatigue du mari de la demanderesse a été un élément contributif de l'accident—Selon les règles sur les abordages, l'*Arctic Taglu/Link 100* était tenu de s'écarter de la route du *Bona Vista*, lequel devait maintenir son cap et sa vitesse—Aucun des navires ne se conformait strictement aux règles—Tous deux naviguaient de façon à se retrouver dans une situation très rapprochée—La présence d'une seule personne de quart dans la timonerie de l'*Arctic Taglu/Link 100* a sans doute contribué à mettre les deux navires dans cette situation—(1) L'abordage est attribuable à l'utilisation du projecteur d'une manière qui signalait la présence d'un danger au *Bona Vista*—L'omission du capitaine Keeper de bien s'assurer que l'*Arctic Taglu/Link 100* constituait une unité composite dès lors qu'il s'agissait de poussage est un facteur qui a contribué de façon significative à l'accident—Les assertions moins que franches du propriétaire de la combinaison de remorqueur et chaland au capitaine Keeper ont joué un rôle—La mauvaise interprétation par le capitaine Wade des exigences relatives à l'éclairage des chalands qui sont poussés par des remorqueurs et la prétendue inapplication des modifications canadiennes ont sans doute elles aussi joué un certain

**DROIT MARITIME—Suite**

rôle—L'omission de l'*Arctic Taglu/Link 100* de se tenir plus éloigné du *Bona Vista* et l'omission de la part de ses propriétaires et exploitants de veiller à ce qu'il y ait toujours deux personnes de quart ont contribué à l'accident—La fatigue du mari et son omission de maintenir le cap de façon à tenir le *Bona Vista* à plus grande distance de l'*Arctic Taglu/Link 100* ont également contribué à l'accident—Les défendeurs sont responsables dans une proportion de 85 % de la cause de l'accident et le mari de la demanderesse est responsable dans une proportion de 15 %—(2) Les critères applicables pour déterminer la responsabilité de la Couronne sont les suivants: (i) existe-t-il entre les parties des relations suffisamment étroites pour que l'autorité décisionnelle gouvernementale ait pu raisonnablement prévoir que son manque de diligence pourrait causer des dommages à la partie demanderesse; et, dans l'affirmative, (ii) existe-t-il des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu—La norme de diligence que l'on attend d'un inspecteur gouvernemental est celle de la personne raisonnable—Il était raisonnablement prévisible que, si les personnes qui prenaient la décision de savoir de quels feux un navire devait être muni agissaient de manière négligente, un préjudice pourrait être causé à autrui—Il y avait une obligation de diligence—Il n'existe aucune disposition législative expresse portant exonération de responsabilité qui excuserait le manque de diligence de la part de ceux qui ont approuvé les feux—L'art. 311 de la Loi sur la marine marchande du Canada dispose qu'un inspecteur de navires à vapeur doit s'assurer que le navire est muni des feux de navigation exigés—La décision doit être prise de façon raisonnable et non de manière négligente—Pour déterminer les feux appropriés, il faut d'abord décider si la combinaison de remorqueur et chaland constitue ou non une unité composite—Il faut procéder à l'examen des plans et inspecter physiquement les navires—Le capitaine Keeper a agi de manière négligente lorsqu'il a approuvé les feux en se fondant seulement sur les déclarations du propriétaire, spécialement après avoir été informé du fait qu'un raccordement différent des mêmes navires avait été examiné antérieurement—Il a fait preuve de négligence en n'effectuant pas un examen plus approfondi—L'opinion du capitaine Wade selon laquelle les règles internationales avaient préséance sur les modifications canadiennes était tout à fait contraire au texte du Règlement sur les abordages—Ce dernier a fait preuve de négligence dans son interprétation du Règlement—(3) Les lois provinciales en matière d'accidents mortels peuvent servir utilement de lignes directrices pour interpréter l'art. 647(2) de la Loi sur la marine marchande du Canada—Ces lois prévoient que les personnes à charge du défunt ont le droit d'être indemnisées pour la perte de l'avantage pécuniaire qu'elles auraient reçu, n'eût été la mort du défunt—L'indemnité est fondée sur la perte réellement subie, par opposition aux besoins—La demanderesse réclame des dommages-intérêts pour la perte de

**DROIT MARITIME—Suite**

soutien financier et des dommages-intérêts particuliers pour les dépenses relatives à la succession et les frais funéraires, et réclame de façon distincte des honoraires de gestion—On a calculé le montant probable du revenu disponible du défunt s'il avait vécu—Ce montant a été réparti en deux, soit le revenu disponible probable jusqu'à la date du procès et le revenu disponible probable par la suite—On en a déduit une fraction au titre de la consommation personnelle du défunt et le montant qui aurait été consommé par le garçonnet (qui a également péri dans l'abordage)—On a calculé une somme forfaitaire suffisante qui, investie, donnera à la demanderesse un soutien financier comparable à celui qu'elle a perdu par suite du décès de son mari—La Cour doit examiner l'impôt payable sur le revenu produit et la question de la «majoration» du capital pour s'assurer que le revenu net de la demanderesse est équivalent à l'avantage pécuniaire que le défunt aurait autrement fourni—En dernier lieu, la Cour jouit du pouvoir discrétionnaire de modifier la somme ainsi calculée pour s'assurer qu'elle est juste et équitable—Le mari de la demanderesse était un plongeur commercial indépendant—Il pêchait l'oursin rouge et l'oursin vert, le concombre de mer et la panope (une grosse palourde)—Il était instruit, intelligent et travailleur, et avait l'esprit d'entreprise—Il était un pêcheur de fruits de mer très productif—Au moment de sa mort, il avait acheté son propre navire, un permis de pêche au concombre de mer et un permis de pêche à l'oursin rouge, et tentait d'acheter un permis de pêche à l'oursin vert—De février 1992 à juillet 1993, le défunt et la demanderesse ont pu acheter une résidence familiale et rembourser leurs prêts familiaux et bancaires—Leur valeur familiale nette était d'environ 213 000 \$—Il est probable que le mari de la demanderesse aurait gagné 50 000 \$ en 1993, 75 000 \$ en 1994, 100 000 \$ en 1995 et 150 000 \$ en 1996, déduction faite des dépenses, mais avant paiement de l'impôt—Son revenu, tiré d'abord de la pêche aux fruits de mer, puis de la gestion de son entreprise, devrait être calculé jusqu'à l'âge de 65 ans—Le revenu que reçoit maintenant la demanderesse grâce à la location des permis doit être déduit du soutien financier qu'elle aurait reçu—Le taux de consommation du mari et du fils de la demanderesse a été fixé à 32 % jusqu'à ce que le fils atteigne l'âge de 25 ans, puis réduit à 28 % pour le mari seulement—Une somme d'au moins 1 000 \$ a été accordée pour les services domestiques fournis par le mari, c.-à-d. faire les principales courses de la famille, préparer des mets familiaux spéciaux et effectuer des rénovations, sans aucune réduction parce que certains de ces services auraient pu être avantageux uniquement pour lui et pour son fils ou parce qu'il serait moins productif qu'un travailleur rémunéré—Le montant accordé n'a pas été réduit en raison de l'éventualité du divorce des Kajat—Leur mariage était solide—Une réduction a été faite pour tenir compte des taux de mortalité conjointe conformément aux principes de comptabilité généralement reconnus—Une réduction statistique en raison de la possibilité de remariage n'était pas de mise en l'espèce—Le milieu de travail est tel

**DROIT MARITIME—Fin**

que, outre le rajustement pour l'éventualité de la mortalité conjointe, une réduction de 15 % était indiquée—La présente espèce justifiait l'attribution d'honoraires de gestion correspondant à 0,75 % des fonds à gérer par année—La demanderesse est une personne intelligente et compétente, mais son domaine n'est pas celui de la gestion financière—Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 311, 646, 647—Règlement sur les abordages, C.R.C., ch. 1416.

KAJAT C. ARCTIC TAGLU (Le) (T-1724-94, juge Reed, jugement en date du 26-8-97, 43 p.)

**ENVIRONNEMENT**

Demande de contrôle judiciaire de quatre décisions que la Commission de la capitale nationale (CCN) concernant le projet établi par la CCN en vue d'élargir le pont, qui enjambe la rivière des Outaouais, de deux à trois voies, dans le cadre de réparations importantes et nécessaires—Après des études préliminaires, la CCN a retenu les services d'une société d'experts-conseils en 1994 en vue d'étudier la faisabilité des exigences de conception fonctionnelle relatives à la remise en état et à l'élargissement du pont Champlain—L'étude a été menée conformément au Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (le Décret sur les lignes directrices) et à la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale—L'ébauche d'attributions, préparée par la CCN, a été remise à divers groupes, dont la requérante—Le personnel de la CCN a mis la dernière main aux attributions après avoir reçu des commentaires sur leur version préliminaire en janvier 1995—La participation et la consultation du grand public étaient destinées à être un élément important de cette étude—La première étape devait servir à définir la nécessité et la justification de la reconstruction dans le contexte des besoins de transport interprovinciaux—La seconde étape de cette initiative devait servir à évaluer d'autres moyens de régler les besoins et les problèmes relevés à la première étape, ainsi qu'à recommander l'option privilégiée—Le comité consultatif public (CCP) a tenu six réunions au cours de l'étude—Des représentants de tous les niveaux de gouvernement et d'organismes de réglementation ont participé—La société d'experts-conseils a procédé à une étude subsidiaire intitulée Champlain Bridge Reconstruction Option Reassessment (Reconstruction du pont Champlain—Réévaluation des options), qui a pris fin en avril 1996, dans laquelle cinq options à deux voies et six à trois voies ont été relevées—Dans le rapport définitif de juin 1996, il a été tenu compte de quatre grands facteurs: le milieu naturel, le milieu social, les transports et les coûts—C'est la méthode dite de comparaison-élimination qui a été retenue pour analyser les facteurs—Compte tenu de la recommandation de la société d'experts-conseils, la CCN a préparé un rapport dans lequel elle a recommandé l'option



## ENVIRONNEMENT—Suite

à trois voies—Par une majorité de six contre quatre, les commissaires de la CCN ont adopté la recommandation du personnel comme étant «l'intention de décision» de la CCN et l'ont communiquée au public pour que celui-ci puisse faire part de ses commentaires—L'évaluation environnementale a mené à une détermination selon laquelle les effets néfastes que la proposition pourrait avoir sur l'environnement étaient minimes ou pourraient être atténués par l'application de mesures techniques connues—Le public a également été informé de cette décision pour qu'il puisse faire part de ses commentaires—Un rapport supplémentaire a été rédigé par la société d'experts-conseils afin de remédier aux problèmes signalés par la requérante—Le personnel de la CCN a établi un autre rapport dans lequel l'option recommandée a de nouveau été celle d'un pont à trois voies, mais cette fois-ci, d'une largeur d'un mètre de moins—En septembre 1996, les commissaires de la CCN ont voté, à sept contre cinq, en faveur de l'adoption des recommandations présentées dans le rapport modifié du personnel sur la reconstruction, ainsi que l'additif s'y rapportant, comme étant une «intention de décision»—Dans son analyse de préoccupations publiques, le personnel de la CCN a recommandé que les commissaires de la CCN décident de ne pas soumettre le projet à une commission d'examen public, au motif qu'il y avait peu de chances que le fait qu'une commission procède à un examen public de l'évaluation procure, au sujet de la proposition ou des solutions de rechange à cette dernière, de nouvelles informations importantes dont ne disposent pas déjà les décisionnaires—Le 15 octobre 1996, les commissaires de la CCN se sont rencontrés et, à neuf contre quatre, ont pris la décision définitive de faire reconstruire le pont sous la forme d'un pont à trois voies, mais fonctionnant comme un pont à deux voies jusqu'à ce que la Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton et la Communauté urbaine de l'Outaouais puissent s'entendre, de pair avec la CCN, sur le choix définitif d'un pont à deux ou à trois voies; si la CCN et les deux administrations municipales ne parvenaient pas à s'entendre avant le 15 octobre 1997, la CCN étudierait et trancherait la question—Les questions soulevées dans ces demandes se répartissent comme suit: 1) la CCN a-t-elle compétence pour ajouter une troisième voie au pont Champlain?; 2) l'une quelconque des décisions est-elle entachée de partialité en raison d'un présumé conflit d'intérêts personnel de la part du président de la CCN?; 3) l'«intention de décision» de septembre 1996 a-t-elle été établie sur la base de renseignements inexacts, non objectifs et incomplets? 4) la CCN s'est-elle conformée aux art. 12 et 13 du Décret sur les lignes directrices?—Demandes rejetées—1) Compétence—L'arrêt prépondérant sur la compétence de la CCN est *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663—La réponse se trouve dans la Loi sur la capitale nationale et le Plan d'utilisation des terrains fédéraux (PUTF)—La compétence de la CCN pour transformer le pont Champlain en une structure à trois voies est clairement ancrée dans les art. 10 et 11 de la Loi—Le PUTF confère

## ENVIRONNEMENT—Suite

clairement à la CCN les pouvoirs appropriés—Le dossier ne comporte aucun élément de preuve qui donne le moindrement à penser que l'ajout d'une troisième voie, réservée aux véhicules à plusieurs occupants dans un sens, modifierait le caractère de la promenade de l'Outaouais, laquelle assure l'accès au pont Champlain, au point de mettre en péril l'équilibre établi par le plan entre ce qui est utile et ce qui est esthétique—2) Partialité—Le président de la CCN avait des intérêts (détenus, depuis 1993, par son épouse) dans des terrains d'une superficie d'environ 1 000 acres, situés à un peu plus de 3 km de l'extrémité nord du pont—En ce qui concerne le critère applicable en matière de partialité, la CCN se situe à l'extrémité de l'échelle qui concerne l'élaboration des politiques—Le président a divulgué tous ses intérêts conformément aux exigences du Code et, suivant l'avis du conseiller en éthique, il s'est retiré de toutes les délibérations et décisions relatives au pont Champlain—Il n'existe aucune preuve établissant que le président a influencé les commissaires lors de la prise des décisions—Il n'existe aucune preuve qui permettrait à la Cour d'inférer que la présence de la personne visée à titre de président de la CCN pendant les quatre années précédentes a eu une incidence quelconque sur les commissaires au moment où ceux-ci ont pris les décisions—Une personne bien renseignée et raisonnable ne pourrait pas conclure que le président a été influencé, consciemment ou non, par les intérêts de propriétés qu'il possède (et qui appartiennent aujourd'hui à son épouse) dans l'exercice de ses fonctions officielles—Il est ressorti de la preuve que le président n'avait rien à gagner d'un élargissement du pont—Il n'existe aucune preuve que le président a influencé le personnel de manière telle qu'un pont à trois voies a été proposé comme étant la meilleure solution—Il n'existe pas de preuve que l'issue du processus de planification d'ensemble a été fixée à l'avance ni que le personnel de la CCN et les commissaires avaient l'esprit fermé—Rien dans le dossier ne montre qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables pour prendre les décisions—Le personnel n'a fait montre d'aucune partialité, appréhendée ou non—3) La légalité de l'«intention de décision» de septembre 1996: reposait-elle sur des renseignements objectifs, minutieux et complets?—La décision n'est pas théorique, même si elle a été suivie d'une décision définitive—La décision de septembre constituait un point de jonction critique dans le processus—Les renseignements réunis pour le décisionnaire en l'espèce étaient minutieux, complets et objectifs—La société d'experts-conseils a convenablement traité de l'obligation d'assurer une gestion efficace de la circulation—4) La CCN s'est-elle conformée aux exigences des art. 12 et 13 du Décret sur les lignes directrices?—Le processus de consultation publique a satisfait au critère nécessaire en l'espèce, car il a été utile et complet—L'on ne s'attendait pas de façon légitime à ce qu'une méthode particulière soit utilisée—Les attributions relatives à l'évaluation laissaient à la société d'experts-conseils le soin de choisir l'une ou l'autre méthode—Il n'y a pas eu de manquement à une expectative légitime, car ni

**ENVIRONNEMENT—Fin**

la CCN ni la société d'experts-conseils n'ont promis que l'on recourrait à la méthode de pondération—Aucune expectative légitime n'a été créée—La seule promesse faite était que le public participerait à l'étude en faisant des commentaires—Aucune preuve n'étaye la prétention de la requérante que le projet a été «partagé» pour permettre la modification ultérieure de l'intersection de la promenade Island Park—La CCN n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a décidé, en exécution de l'art. 12c) du Décret sur les lignes directrices, que la proposition aurait des effets minimes ou qui pourraient être atténués—La décision des commissaires de ne pas soumettre la proposition à une commission en vue de la tenue d'un examen public était parfaitement légale, car elle a été prise de bonne foi en tenant compte des facteurs pertinents, eu égard aux objets du Décret sur les lignes directrices—Le personnel de la CCN a formulé sa recommandation sur la foi de toutes les réponses du public qu'elle a reçues au sujet de la proposition—Aucune préoccupation n'a été ignorée ou mise de côté—Il n'existe aucune preuve que les commissaires se sont fiés à des questions dénuées de pertinence—L'argument que la décision finale sur la reconstruction était illégale parce qu'elle différerait censément la décision véritable n'est pas fondé—Au vu de l'ensemble des éléments de preuve, l'évaluation a eu lieu à un stade où il était possible de tenir entièrement compte des effets sur l'environnement—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-476, art. 12, 13—Loi sur la capitale nationale, L.R.C. (1985), ch. N-4, art. 10 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 45, art. 3), 11—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.R.C. (1985), ch. C-15.

COMMUNITY BEFORE CARS COALITION C. COMMISSION DE LA CAPITALE NATIONALE (T-1830-96, T-2481-96, T-2865-96, T-2886-96, juge Muldoon, ordonnance en date du 7-8-97, 81 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel d'une décision de la Section de première instance ([1994] 3 C.F. F-43) rejetant une action en contestation d'un avis de nouvelle cotisation concernant l'année d'imposition 1980 de l'appelante—La détermination par un contribuable en vertu de l'art. 1205 du Règlement de l'impôt sur le revenu de «la base de la déduction pour épuisement gagnée» est prévue comme devant se faire à partir d'un calcul qui ne doit s'opérer qu'à la fin de l'année d'imposition—La modification apportée à l'art. 1205b) du Règlement doit en conséquence s'appliquer à toute détermination de la déduction devant être faite et faite effectivement après cette date, soit pour les contribuables dont l'année d'imposition se

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

termine après le 11 décembre 1979, pour l'année 1979 et toutes les années subséquentes—Il ne s'agit pas d'une application large de l'amendement mais d'une application conforme à ce que le texte exprime en tenant compte strictement de sa date d'entrée en vigueur telle que voulue clairement par le législateur—Une telle application ne va nullement à l'encontre des objectifs visés par la mesure—L'application immédiate de l'amendement ne crée aucune inégalité entre les contribuables placés dans la même situation—Appel rejeté—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 1205b) (mod. par DORS/81-974, art. 6).

ALCAN ALUMINIUM LTD. C. CANADA (A-292-94, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 17-9-97, 3 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a jugé que des versements hypothécaires étaient déductibles—Le contribuable et son ex-femme se sont séparés—En 1989, la Cour suprême de la Colombie-Britannique (la Cour) a condamné le contribuable à verser une pension alimentaire provisoire à sa femme sous forme de versements hypothécaires mensuels, ainsi qu'une pension alimentaire provisoire aux enfants—En 1991, la Cour a rendu une deuxième ordonnance qui prévoyait la vente du foyer conjugal—La Cour a également condamné le contribuable à verser une pension alimentaire à son conjoint sous forme de somme forfaitaire, ainsi que les arriérés dus sur la pension alimentaire—La Cour a également déclaré que toute pension alimentaire versée pour subvenir aux besoins du conjoint et des enfants sous la forme de versements hypothécaires se rapportant à l'ancien foyer conjugal était réputée constituer une allocation payable périodiquement pour subvenir aux besoins du bénéficiaire au sens de la Loi de l'impôt sur le revenu—En 1993, la Cour a prononcé une troisième ordonnance qui modifiait la deuxième ordonnance de manière à ce que tous les versements hypothécaires effectués en 1989 et 1990 soient réputés constituer une allocation payable périodiquement—Une quatrième ordonnance a été rendue en 1994 pour modifier la première ordonnance de manière à condamner le contribuable à verser une pension alimentaire en vue de subvenir aux besoins de son conjoint sous la forme de versements hypothécaires sur le foyer conjugal, à partir du mois de novembre 1989, et à déclarer que ces versements étaient réputés constituer des allocations payables périodiquement pour subvenir aux besoins du bénéficiaire au sens des art. 60.1(2) et 56.1(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu—La Cour de l'impôt a statué que, comme le conjoint bénéficiaire pouvait à l'époque utiliser la somme en question à sa discrétion, cette discrétion était suffisante pour qu'on puisse qualifier la pension alimentaire de discrétionnaire, la rendant ainsi déductible sous le régime de l'art. 60.1(1)—La demande est rejetée—Lorsque le conjoint verse la pension alimentaire qu'il est tenu de payer en conformité avec un accord écrit ou une ordonnance judiciaire, la Loi de l'impôt sur le revenu

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

présume que ces versements constituent une allocation pour l'application de la Loi lorsque l'accord ou l'ordonnance judiciaire mentionne expressément les art. 60.1(2) et 56.1(2)—La quatrième ordonnance est la seule dans laquelle les art. 60.1(2) et 56.1(2) sont mentionnés—La quatrième ordonnance était-elle conçue de manière à s'appliquer rétroactivement?—En principe, les ordonnances rendues par un tribunal prennent effet à compter de la date à laquelle elles sont prononcées, sauf disposition contraire—La Cour n'a pas expressément déclaré que la quatrième ordonnance devait s'appliquer rétroactivement, mais celle-ci visait expressément la nature des versements hypothécaires faits depuis 1989 par le contribuable—Au moment du prononcé de la quatrième ordonnance, en 1993, le foyer conjugal avait été vendu et le contribuable ne faisait plus de versements hypothécaires—Si la Cour ne voulait pas que sa quatrième ordonnance ait un effet rétroactif, celle-ci serait sans objet—Les faits révèlent un indice de rétroactivité et réfutent peut-être même la présomption de non-rétroactivité—Il serait abusif d'interpréter une décision judiciaire de manière à la rendre sans objet dès son prononcé—La seule interprétation raisonnable consiste à présumer que la Cour voulait que la quatrième ordonnance ait été prononcée *nunc pro tunc*—Tous les versements hypothécaires effectués conformément à la première, à la deuxième et à la troisième ordonnances sont réputés être des allocations au sens de l'art. 60.1(2)—Les versements hypothécaires effectués en conformité avec l'ordonnance modifiée de la Cour sont déductibles—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 56.1(2), 60.1(2).

CANADA C. LARSSON (A-623-96, juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 5-8-97, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle les frais d'intérêt se rapportant à l'hypothèque de l'ancienne résidence de l'intimé constituent des frais de déménagement au sens de l'art. 62 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Au début de 1990, l'intimé, qui demeurait à Montréal, a accepté un emploi dans la région de l'Outaouais—Pendant l'année d'imposition 1991, l'intimé a payé la somme de 9 321\$ à titre d'intérêt sur le prêt hypothécaire contracté sur sa résidence de Montréal—Le ministre a refusé la déduction de ce montant réclamée en vertu de l'art. 62 de la Loi—La Cour canadienne de l'impôt a par la suite renversé la décision du ministre—Selon le sens ordinaire des mots employés à l'art. 62(1) de la Loi, celui-ci inclut les frais engagés pour déménager physiquement, pour changer de résidence, de même que certains autres frais qui se rapportent directement au déménagement et à la réinstallation proprement dits, et non un montant destiné à compenser pour des dommages accessoires qui sont sans rapport avec le déménagement et la réinstallation proprement dits dans la nouvelle résidence—Ainsi sont exclus les frais d'intérêts de l'ancienne résidence qui ne se rattachent pas directement au

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

déménagement physique du contribuable et de sa famille mais plutôt à l'emprunt bancaire qu'il a contracté sur son ancienne résidence—Contrairement à la conclusion du juge de la Cour de l'impôt, les frais de résiliation du bail ne peuvent être assimilés aux frais d'intérêts sur l'ancienne résidence—Demande accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, c. 63, art. 62(1) (mod. par S.C. 1984, ch. 45, art. 21(1)).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. SÉGUIN (A-52-97, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 15-9-97, 5 p.)

*Gains en capital*

Kubicek, résident américain, et son épouse ont acheté un chalet en Ontario en 1967—Au décès de son épouse en 1981, Kubicek en est devenu le propriétaire unique—À son décès en 1992, il a été réputé avoir disposé du chalet à sa valeur marchande nominale—L'art. XIII(9) de la Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu dispose que le montant du gain qui est assujéti à l'impôt est réduit de la fraction du gain qui est imputable sur une base mensuelle à la période se terminant le 31 décembre de l'année où la Convention est entrée en vigueur, ou toute part plus élevée du gain telle qu'établie comme étant raisonnablement imputable à cette période—Le 31 décembre 1971 est le point de référence pour déterminer les conséquences fiscales qu'entraîne au Canada la disposition d'un bien en capital—La Cour de l'impôt a statué que, le terme «gain» n'étant défini ni dans la Convention ni dans la Loi de l'impôt sur le revenu, la période pertinente au calcul des déductions sur le gain en capital devait commencer à la date de l'achat initial de la propriété—Demande de contrôle judiciaire accueillie—L'interprétation d'un traité vise d'abord et avant tout à trouver le sens des termes en question—Il convient donc de considérer le langage utilisé ainsi que l'intention des parties—L'art. III(2) de la Convention et l'art. 3 de la Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu indiquent que, lorsqu'une expression n'est pas définie dans la Convention, comme le terme «gain», ces expressions doivent avoir le sens qu'elles ont pour l'application des lois fiscales de l'État qui procède à l'imposition—Le mot sens n'est pas l'équivalent du mot définition—Le sens du terme «gain» peut être déduit de l'art. 40(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, qui énonce la méthode que doit utiliser un contribuable pour calculer un gain en capital aux fins de l'impôt sur le revenu au Canada—Le concept de gain découlant de l'art. XIII(9) doit être déterminé selon la loi canadienne—La Cour de l'impôt s'est appuyée sur l'explication technique de la Convention produite par le Treasury Department des États-Unis—L'explication technique est un document de source américaine qui présente un intérêt pour la Cour, sans nécessairement régler une question en litige—Ce document ne doit pas être interprété comme s'il s'agissait d'un traité ou d'une

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

loi—L'interprétation que la Cour de l'impôt a donné de l'explication américaine est erronée—Le sens ordinaire du terme «gain» pour les fins de l'art. XIII de la Convention est le gain qui est assujéti à l'impôt—Le calcul de la réduction de l'impôt sur le gain en capital commence au moment où le gain a commencé de s'accumuler pour les fins de l'impôt sur le revenu au Canada, c'est-à-dire que la date de départ est le 31 décembre 1971—Cette interprétation est plus conforme aux fins visées par la Convention, c'est-à-dire éviter la double imposition et favoriser une répartition appropriée de l'impôt entre le Canada et les États-Unis, que ne le serait le sens littéral proposé par le juge de la Cour de l'impôt—Le requérant était justifié d'établir une nouvelle cotisation à l'égard de l'intimé—Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. I-4, art. 3—Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu, 1984, S.C. 1984, ch. 20, annexe I, art. III(2), XIII(9) (mod. par annexe II, art. 3)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 40(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 19).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. KUBICEK, SUCCESSION (A-671-96, juge MacGuigan, jugement en date du 26-9-97, 6 p.)

**JUGES ET TRIBUNAUX**

Demande d'annulation du refus de l'intimé de verser les indemnités de déplacement réclamées par le requérant—Le requérant est un juge de la Cour de justice de l'Ontario (Division générale) qui exerce ses fonctions judiciaires à Hamilton (Ontario) depuis 1990—Avant cette nomination, il était juge des cours de comté et de district de l'Ontario à Hamilton depuis 1984—Il a déménagé sa résidence à Etobicoke (Ontario), municipalité située non pas dans la région du centre sud de l'Ontario, mais dans la région métropolitaine de Toronto—En 1989-1990, le gouvernement ontarien a réorganisé les tribunaux provinciaux—Les juges ont tous été assermentés comme juges de la nouvelle cour supérieure d'archives issue de la réunification—Les provinces constituent, organisent et maintiennent des cours supérieures de juridiction tant civile que criminelle et le Dominion nomme les juges en vertu de l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 et verse les traitements, allocations et pensions de tous les juges de cours supérieures en vertu de l'art. 100—La Loi sur les juges a prescrit les exigences de résidence des juges nommés par le gouvernement fédéral jusqu'en 1990, année où ces exigences ont été abrogées par la Loi sur la réorganisation judiciaire de l'Ontario (1989)—Demande accueillie—L'art. 36(2) ne peut pas être invoqué pour refuser la demande de remboursement du requérant—L'art. 36 vise seulement les juges de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Colombie-Britannique, pas ceux de l'Ontario—Il ne s'applique pas aux indemnités de

**JUGES ET TRIBUNAUX—Fin**

déplacement réclamées par les juges de l'Ontario—En créant une exception au refus du législateur, énoncé à l'art. 36(1), de verser une indemnité de déplacement aux juges des trois provinces en question qui sont nommés par le gouvernement fédéral, l'art. 36(2) met en évidence le droit des juges de toucher une indemnité de déplacement par application de l'art. 34(1)—L'art. 34(1) prévoit que le juge qui, dans le cadre de ses fonctions judiciaires, doit siéger en dehors des limites où la loi l'oblige à résider a droit à une indemnité de déplacement raisonnable—Aucune loi en vigueur en Ontario n'oblige un juge à résider dans un lieu particulier—L'expression «[lieu] où la loi les oblige à résider» ne s'applique pas en Ontario—Le requérant avait donc le droit de toucher une indemnité de déplacement par application de l'art. 34(1)—Un oubli du législateur ne confère pas à une cour la compétence voulue pour légiférer—L'interprétation littérale de l'art. 34(1) dans le contexte de l'existence d'un vide législatif en Ontario n'entraîne aucune absurdité parce que ni la Cour ni l'intimé ne peuvent dire de façon concluante quelle était précisément l'intention du Parlement relativement aux juges de l'Ontario—Le Parlement ou la législature provinciale pourrait prendre un règlement, mais ils refusent tous deux de le faire—Le requérant a droit aux indemnités de déplacement réclamées depuis 1990 pour les frais de transport par le moyen de transport convenable le moins coûteux—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96, 100—Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 34 (mod. par L.C. 1992, ch. 51, art. 12), 36 (mod., *idem*, art. 14)—Loi sur la réorganisation judiciaire de l'Ontario (1989), L.C. 1990, ch. 17, art. 28.

BECKETT C. CANADA (COMMISSAIRE À LA MAGISTRATURE FÉDÉRALE) (T-1516-95, juge Muldoon, ordonnance en date du 18-9-97, 13 p.)

**PRATIQUE****FRAIS ET DÉPENS**

Requête présentée par l'intimée Rhodiapharm Inc. en vertu de la Règle 1618 demandant à la Cour de lui adjuger des frais sur la base avocat-client—L'intimée soutient que les requérantes ont introduit leur demande de contrôle judiciaire sachant que cette demande était tout à fait futile et vexatoire en fait et en droit—Si une partie introduit une demande dans le seul but de nuire économiquement à une autre partie, le désistement subséquent de la partie requérante devrait entraîner à son égard une condamnation aux frais selon le tarif, voire sur la base avocat-client—Le fait de se désister d'une demande ne constitue pas une circonstance aggravante ou spéciale—L'effet combiné des Règles 1616 et 1618 est de permettre à une partie de bonne foi de retirer sa demande sans devoir se rendre à une audition au mérite—Les éléments de fait et de droit permettaient aux

## PRATIQUE—Suite

requérantes d'entreprendre une demande le 20 décembre 1996—Satisfaites à la lecture de l'ensemble des procédures que Rhodiapharm ne visait que des suppositoires, les requérantes ont pris une «décision d'affaires» de retirer leur demande vu que le marché des suppositoires représente une faible partie de leur marché—Il n'est pas clair et évident que les requérantes ont introduit puis retiré leur demande pour des raisons futiles et vexatoires—Il n'y avait donc pas de raisons spéciales au sens de la Règle 1618—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., c. 663, Règles 1616 (éditée par DORS/92-43, art. 19), 1618 (éditée, *idem*).

HOFFMANN-LA ROCHE LTD. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-2806-96, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 18-9-97, 8 p.)

## PLAIDOIRIES

*Requête en radiation*

Action alléguant qu'est diffamatoire un avis d'audience sur des allégations de comportement irrégulier de membres de la GRC face à de l'agitation ouvrière lors d'une grève et d'un lock-out en 1992 à la mine Giant de Yellowknife—Plaintes déposées par le syndicat alléguant que les demandeurs avaient braqué des armes à feu sur des grévistes se trouvant sur la propriété de la mine et avaient tiré sur eux, utilisant ainsi une force excessive—Même si les enquêteurs ont conclu que tout ce qui avait été fait était raisonnable dans les circonstances et qu'il n'y avait pas eu utilisation de force excessive, le commissaire a décidé de tenir une audience pour faire enquête sur les plaintes—L'avis mentionne que demandeurs «ont utilisé une force excessive»—Demandeurs exonérés de tout blâme à la fin de l'audience—Rejet de la requête, mais suppression de toutes références à Jean-Pierre Beaulne, c.r., en sa qualité de défendeur—Critère applicable dans une requête en radiation: savoir s'il est manifeste ou incontestable que l'action sera rejetée—La radiation ne devrait être accordée que lorsque le rejet de l'action est évident en raison d'un vice important—Cela permet au tribunal de traiter différemment le cas où le droit est susceptible d'évoluer, de progresser, c.-à-d. poursuite abusive, et le cas où il s'agit d'une procédure futile—Le paragraphe 3 de la déclaration allègue que le défendeur a, sans justification, avec l'intention de nuire et en excédant ses pouvoirs, envoyé l'avis d'audience nommant les demandeurs—La violation d'une obligation légale devrait être considérée dans le contexte du droit général de la responsabilité quasi-délictuelle—Devoir de prendre les décisions discrétionnaires de bonne foi et sans motif irrégulier ou détourné—Le paragraphe 3 peut être considéré comme une action en responsabilité ou comme une simple description d'éléments servant de fondement à une action en diffama-

## PRATIQUE—Suite

tion—Pas évident que les demandeurs ne réussiraient pas à répondre aux conditions requises pour démontrer qu'il y a eu poursuite abusive, énoncées dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, p. 193—(i) Les procédures ont débouché sur une décision favorable aux demandeurs—(ii) Possibilité que l'audience ne soit pas fondée sur un motif raisonnable, car les rapports des enquêteurs ne mentionnaient aucune raison de poursuivre les demandeurs—Possibilité de déduire des actions de la Commission et en particulier du libellé de l'avis d'audience une intention de nuire, et en outre les documents de la Commission eux-mêmes (montrant que la Commission s'inquiétait de ce que les industries de la télévision et du cinéma pouvaient faire de la grève, et de l'explosion tragique, et le désir d'augmenter la visibilité de la Commission) reflètent peut-être des motifs étrangers à la poursuite des objectifs de la Loi sur la GRC—Impossibilité d'affirmer que l'action est nécessairement vouée à l'échec—Déclaration, paragraphe 7, alléguant diffamation—La diffamation est une déclaration qui ternit la réputation d'une personne, nuit à son statut dans la communauté ou suscite la pitié à son égard, même si elle est telle que personne ne croit en sa véracité—Il s'agit de savoir si une personne raisonnable qui lirait l'avis d'audience en conclurait que les demandeurs étaient coupables—Beaucoup de personnes raisonnables ont tendance à croire ce qu'elles lisent et à agir en conséquence; et une déclaration peut être diffamatoire même si personne ne croit en sa véracité—La disposition législative exigeant publication d'un avis d'audience ne permet pas à la Commission de formuler des commentaires étrangers à l'avis d'audience—L'avis d'audience pourrait bien avoir un sens diffamatoire—Dès que l'avis d'audience a été publié et communiqué à la presse, il y a eu préjudice—Application du critère formulé dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la p. 766, pour déterminer si la Cour fédérale a compétence à l'égard du président de la Commission—Action contre le président, fondée sur la responsabilité délictuelle—L'action ne repose sur aucune loi ou disposition législative fédérale—Elle devrait être soumise à un tribunal qui a compétence sur les particuliers, non à la Cour fédérale—La Cour n'a pas compétence à l'endroit de Jean-Pierre Beaulne, c.r.—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-9.

MASSEY C. CANADA (T-807-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 10-6-97, 21 p.)

Présentation par les défendeurs d'une requête fondée sur la Règle 419 au motif que la Cour n'est pas compétente—La demanderesse demande la radiation de l'avis de requête au motif qu'une requête en radiation fondée sur le défaut de compétence devrait être présentée sous le régime de la Règle 401 (qui porte sur les comparutions conditionnelles) et non de la Règle 419—Ainsi qu'il a été signalé dans

**PRATIQUE—Fin**

*Bunker Ramo Corp. c. TRW Inc.*, [1980] 2 C.F. 488 (1<sup>er</sup> inst.), si la compétence *rationae materiae* de la Cour est contestée, il n'y a aucune raison pratique de produire un acte de comparution conditionnelle puisqu'il ne peut y avoir reconnaissance de compétence—Si la compétence *rationae personae* de la Cour est contestée, il y a lieu de produire un acte de comparution conditionnelle—Le fait que la Cour peut ne pas avoir compétence relativement à une action entre particuliers est une question de compétence *rationae materiae*—Cependant, la contestation pourrait être considérée comme visant la compétence *rationae personae* de la Cour, de sorte qu'il aurait peut-être été préférable de demander l'autorisation de produire un acte de comparution conditionnelle—Lorsqu'une requête est déposée en vertu de la Règle 419(1)a), s'il est statué que la Cour est compétente, les défendeurs ont alors reconnu la compétence—L'affaire n'était pas fondée sur un contrat vu l'absence de preuve d'un consensus—Le principe de l'attente légitime pourrait s'appliquer en matière d'impôt sur le revenu pour accorder une mesure de réparation en vertu de la Loi—Bien que les renseignements tirés du site Web et la déclaration des droits du contribuable ne figurent nulle part dans la loi, il est possible qu'une cause d'action fondée sur la création d'une attente légitime puisse exister vu que les renseignements figurant sur le site Web ont été créés par un fonctionnaire—La Cour n'est pas compétente pour connaître d'une action en responsabilité civile délictuelle puisqu'il n'y a pas assez de renseignements au soutien de l'action—Aucune cause d'action relevant de la compétence de la Cour n'a été démontrée contre les deux fonctionnaires dont le nom est mentionné dans l'intitulé de la cause, de sorte que la déclaration est radiée à l'égard des fonctionnaires—Autorisation de déposer une déclaration modifiée contre la Couronne en conformité avec les motifs—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 401, 419.

BARRONS C. CANADA (T-104-97, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 26-8-97, 6 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demandes de contrôle judiciaire de deux décisions rendues par le Conseil canadien des relations du travail à l'occasion de la demande d'accréditation du syndicat intimé visant certains employés de la compagnie de téléphone requérante—Ni la première décision du 24 octobre 1996 qui regroupait, dans une même unité de négociation à être représentée par l'intimé, les 305 agents de maîtrise et les 84 gestionnaires de 1<sup>er</sup> niveau, excluant cependant les gestionnaires de 2<sup>e</sup> niveau, ni la deuxième décision, qui rejetait une demande de réexamen présentée en vertu de l'art. 18 du Code canadien du travail, n'est entachée d'une erreur qui aurait pu toucher la compétence du Conseil ou impliquer un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale—La loi fédérale dans le cadre de laquelle le Conseil agit est beaucoup moins restrictive que la loi québécoise quant à la possibilité d'adjoindre des gestionnaires à des subordonnés dans la mesure où tous sont reconnus comme employés et qu'existe entre eux une suffisante communauté d'intérêt—C'est la compétence du Conseil dans la détermination d'une unité habile à négocier qui est en cause et cette compétence a toujours été jugée quasi sacrée par la Cour suprême du Canada—Quant à la deuxième décision, il ne s'agit pas d'une compétence imposée mais d'un pouvoir discrétionnaire pour l'exercice duquel le Conseil a adopté une politique ferme—Les membres du Conseil qui se sont penchés sur la demande de reconsidération étaient pleinement autorisés à penser que les conditions requises pour l'exercice de ce pouvoir de reconsidération, pouvoir exceptionnel qui, en l'absence d'une allégation de faits nouveaux, doit être exercé avec prudence et pour cause, n'existaient pas—Demandes rejetées—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 18.

QUÉBEC-TÉLÉPHONE C. SYNDICAT DES AGENTS DE MAÎTRISE DE QUÉBEC-TÉLÉPHONE (A-907-96, A-17-97, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 15-9-97, 5 p.)



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacré-Cœur 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-Cœur,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9