



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1998, Vol. 4, Part 1

1998, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [1998] 4 F.C., 3-204

Renvoi [1998] 4 C.F., 3-204

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, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

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

Publié par

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

Bureau des arrêtistes

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

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

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

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées au: Directeur général, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, 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, 99 Metcalfe 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, 99, rue Metcalfe, 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>

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>

CONTENTS

Digests	D-1
Appeals Noted	I

Canada v. O'Neill Motors Ltd. (C.A.)	180
--	-----

Income tax — Reassessment — MNR with warrant under I.T.A. s. 231.3 seized taxpayer's documents — Using information thus obtained issued reassessments — When F.C.A. declared s. 231.3 of no force, effect as unconstitutional, taxpayer applied to S.C. Nfld. for return of documents — Government officials failing to disclose relevant facts upon application to J.P. for seizure of documents under Code s. 487 — Warrant issued — Taxpayer prosecuted under Act, s. 239 — Acquitted for abuse of process, violation of Charter rights — T.C.C. deciding vacation of reassessments appropriate, just remedy under Charter, s. 24(1) — MNR's argument: exclusion of evidence only remedy where obtained in violation of Charter rights — T.C.J. correct in considering both official seizures in deciding proper remedy — Did not err in use of harsh words to describe conduct of Crown agents — T.C.J. correct in decision exclusion of evidence inadequate remedy herein — Court having general power under Charter, s. 24(1) to grant "appropriate and just" remedy — Extreme remedy granted herein to be reserved for serious violation cases where other remedies inadequate.

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-1
Appels notés	I

Canada c. O'Neill Motors Ltd. (C.A.)	180
--	-----

Impôt sur le revenu — Nouvelle cotisation — Le MRN, muni d'un mandat décerné en vertu de l'art. 231.3 de la L.I.R., a saisi des documents du contribuable — En se fondant sur les renseignements ainsi obtenus, le ministre a établi de nouvelles cotisations — La C.A.F. ayant déclaré l'art. 231.3 inopérant parce qu'inconstitutionnel, le contribuable a demandé à la Cour suprême de Terre-Neuve que les documents lui soient remis — Sur une demande d'autorisation de saisir les documents en vertu de l'art. 487 du Code criminel, les représentants de l'État ont omis de divulguer au juge de paix des faits pertinents — Le juge de paix a décerné le mandat — Des poursuites ont été engagées contre le contribuable en vertu de l'art. 239 de la Loi — Vu le recours abusif aux procédures et la violation des droits garantis par la Charte, il a été acquitté — La C.C.I. a décidé que l'annulation des cotisations constituait une réparation convenable et juste aux termes de l'art. 24(1) de la Charte — Le MRN a soutenu que, lorsque des éléments de preuve ont été obtenus d'une manière qui porte atteinte aux droits garantis par la Charte, la seule réparation susceptible d'être accordée est l'exclusion de cette preuve — Le juge de la C.C.I. pouvait tenir compte des deux saisies illégales en examinant quelle réparation il convenait d'accorder — Il n'a pas eu tort d'utiliser des mots durs pour décrire la conduite des mandataires de la Couronne — Il a eu raison de décider que la réparation qu'offrait l'exclusion de la preuve n'était pas suffisante en l'espèce — L'art. 24(1) confère à la Cour le pouvoir général d'accorder la réparation qu'elle estime «convenable et juste» — La mesure de redressement extrême accordée en l'espèce doit être réservée aux cas de graves atteintes aux droits pour lesquels les autres réparations s'avèrent insuffisantes.

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Tax Court Judge justified in vacating income tax reassessments on basis of Charter, s. 24 where evidence obtained in violation of Charter, s. 8 — Without evidence initially obtained illegally and reseized improperly, unlikely MNR could have discharged statutory burden — Under Charter, s. 24, Court given authority to grant remedy “appropriate and just in the circumstances”.

Canada (Attorney General) v. Simon (T.D.) 3

Pensions — Respondent receiving CPP disability pension while residing in Germany — Whether “subject to the Canada Pension Plan” under Agreement between Canada and Germany, Art. 11(a) — Review Committee under Old Age Security Regulations defining “subject to” as including persons making contributions to Plan and those receiving benefits thereunder — Applicable standard of review patent unreasonableness — Review Committee’s decision not patently unreasonable — Committee correctly excluding evidence (“supplementary means of interpretation”) regarding interpretation of Art. 11(a) — Provision affecting only Canadian Government, persons living in Germany entitled to pension under Canada’s Old Age Security Act.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Review Committee under Old Age Security Regulations defining words “subject to Canada Pension Plan” in Agreement between Canada and Germany, Art. 11(a) as extending to both contributors and those receiving benefits thereunder when unable to contribute — In view of full privative clause, applicable standard of review patent unreasonableness — Impugned decision not patently unreasonable — Whether Review Committee improperly rejected evidence of subsequent practice and of supplementary means of interpretation under Vienna Convention, Arts. 31(3)(b), 32 — Committee correctly rejecting evidence but for wrong reasons — Evidence not helping to establish agreement between parties as to interpretation of Art. 11(a) — Absence of complaint by Germany inconclusive — Evidence of Canada’s unilateral intention not assisting Court in determining what interpretation parties agreed to — Internal memorandum not helpful in interpretation of Agreement, Art. 11(a).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Le juge de la Cour canadienne de l’impôt a eu raison d’annuler, en vertu de l’art. 24 de la Charte, les nouvelles cotisations d’impôt sur le revenu, parce que certains éléments de preuve ont été obtenus en violation de l’art. 8 de la Charte — Sans la preuve qu’il a initialement obtenue illégalement et qui a fait l’objet d’une nouvelle saisie irrégulière, il est improbable que le ministre aurait pu s’acquitter du fardeau de preuve qui lui incombait aux termes de la Loi — L’art. 24 confère à la Cour le pouvoir d’accorder la réparation qu’elle estime «convenable et juste eu égard aux circonstances».

Canada (Procureur général) c. Simon (1^{re} inst.) 3

Pensions — Le défendeur a reçu des prestations d’invalidité du RPC pendant qu’il résidait en Allemagne — Était-il «assujéti au Régime de pensions du Canada» au sens de l’art. 11a) de l’Accord entre le Canada et l’Allemagne? — Le Comité de révision formé en vertu du Règlement sur la sécurité de la vieillesse a défini les termes «assujéti au» comme englobant les personnes qui versent des cotisations au Régime et celles qui reçoivent des prestations en vertu de celui-ci — La norme de contrôle applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable — La décision du Comité de révision n’était pas manifestement déraisonnable — Le Comité a eu raison de ne pas considérer la preuve («moyens complémentaires d’interprétation») relative à l’interprétation de l’art. 11a) — Cette disposition n’a d’incidence que sur le gouvernement du Canada et sur les personnes qui vivent en Allemagne et qui peuvent avoir droit à une pension en vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse du Canada.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Le Comité de révision formé en vertu du Règlement sur la sécurité de la vieillesse a défini les termes «assujéti au Régime de pensions du Canada» figurant dans l’art. 11a) de l’Accord entre le Canada et l’Allemagne comme englobant les personnes qui versent une cotisation au Régime et celles qui reçoivent des prestations en vertu de celui-ci lorsqu’elles sont incapables d’y verser des cotisations — Compte tenu de la clause privative intégrale, la norme de contrôle applicable était celle du caractère manifestement déraisonnable — La décision contestée n’était pas manifestement déraisonnable — Le Comité de révision a-t-il rejeté à tort la preuve de la pratique ultérieurement suivie et des moyens complémentaires d’interprétation prévue aux art. 31(3)b) et 32 de la Convention de Vienne? — Le Comité a eu raison de rejeter la preuve, mais pour des motifs différents de ceux qu’il a invoqués — La preuve n’était d’aucun secours pour établir l’accord des parties à l’égard de l’interprétation de l’art. 11a) — L’absence de plainte de la part de l’Allemagne n’était pas concluante — La preuve de l’intention unilatérale du Canada n’aidait pas la Cour à déterminer l’interprétation

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 43

Citizenship and Immigration — Judicial review — Federal Court jurisdiction — Judicial review of Senior Immigration Officer's (SIO) decision applicant ineligible pursuant to Immigration Act, s. 46.4(1) to have refugee status claim determined by CRDD, declaring Refugee Division's decision re: claim null, void — Applicant granted Convention refugee status — SIO subsequently concluding applicant obtained referral to Refugee Division by fraud, misrepresentation of material fact — Court lacking jurisdiction on judicial review to decide constitutional questions because SIO lacking power to determine questions of law — Administrative tribunal not having independent source of jurisdiction pursuant to Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Powers to determine questions of law must be conferred either expressly or implicitly — Immigration Act not expressly conferring on SIO authority to consider questions of law — Courts have yet to decide whether jurisdiction conferred implicitly on SIO to consider questions of law — S.C.C. case suggesting tribunal should have adjudicative role to have power to determine questions of law — SIO not having adjudicative function — Simple administrative procedure whereby SIO making decision as to refugee claimant's eligibility — Parliament not intending to confer on SIO s. 52(1) jurisdiction — Question certified: Whether SIOs having implied jurisdiction to decide questions of law; if not, whether F.C.T.D., when hearing judicial review application under Federal Court Act, s. 18.1, having jurisdiction to decide constitutional validity of Immigration Act section.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of Senior Immigration Officer's (SIO) decision applicant ineligible pursuant to Immigration Act, s. 46.4(1) to have claim for refugee status determined by CRDD, declaring Refugee Division's decision re: claim null, void — Applicant granted Convention refugee status — SIO subsequently concluding applicant obtained referral

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

à laquelle les parties ont donné leur accord — La note de service interne n'était pas utile pour interpréter l'art. 11a) de l'Accord.

Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 43

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Compétence de la Cour fédérale — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration principale a conclu, par application de l'art. 46.4(1) de la Loi sur l'immigration, que le demandeur n'était pas recevable à soumettre sa revendication du statut de réfugié à la CISR et que la décision de la section du statut à ce sujet était nulle et de nul effet — Le demandeur avait obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention — Par la suite, l'agente principale a conclu qu'il avait obtenu que son cas fût soumis à la section du statut par des moyens frauduleux et des fausses indications — La Cour n'avait pas compétence, sur recours en contrôle judiciaire, pour trancher des questions constitutionnelles, parce que l'agente principale n'avait pas le pouvoir de juger des questions de droit — Un tribunal administratif n'a aucune compétence inhérente au regard de l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 — Le pouvoir de juger des questions de droit doit lui être conféré expressément ou implicitement — La Loi sur l'immigration n'investissait pas expressément l'agente principale du pouvoir de juger des questions de droit — Les tribunaux n'ont pas encore tranché la question de savoir si les agents d'immigration principaux ont implicitement un pareil pouvoir — Selon un arrêt de la C.S.C., un tribunal administratif devrait être investi de fonctions juridictionnelles pour avoir le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit — L'agente principale n'est pas investie de fonctions juridictionnelles — Il s'agit d'un simple processus administratif dans lequel l'agent principal se prononce sur la recevabilité de la revendication du statut de réfugié — Le législateur n'avait pas l'intention d'investir les agents d'immigration principaux du pouvoir d'appliquer l'art. 52(1) — Question certifiée: les agents d'immigration supérieurs sont-ils implicitement investis du pouvoir de se prononcer sur des questions de droit et, dans la négative, la Section de première instance de la Cour fédérale a-t-elle compétence, sur recours en contrôle judiciaire exercé en application de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, pour se prononcer sur la validité constitutionnelle d'un article de la Loi sur l'immigration?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration principale a conclu, par application de l'art. 46.4(1) de la Loi sur l'immigration, que le demandeur n'était pas recevable à soumettre sa revendication du statut de réfugié à la CISR et que la décision de la section du statut à ce sujet était nulle et de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to Refugee Division by fraud, misrepresentation of material fact — Application dismissed — S. 46.4 providing for “redetermination of eligibility” where prior positive finding on eligibility induced by fraud, misrepresentation — Not amounting to return to country where found to have well-founded fear of persecution — Applicant not Convention refugee — But for fraud, would never have been considered refugee — Argument once Convention refugee determination made, finding of misrepresentation, fraud cannot supplant it, creating distinction based on stage at which fraud, misrepresentation found out — Cannot make such distinctions — As any right applicant may have had as Convention refugee obtained by fraud, not entitled to it — Furthermore, s. 46.4 eligibility provision — F.C.A. holding eligibility screening terminating right of refugee claimants to claim protection under Charter, s. 7 — No s. 7 right engaged by s. 46.4.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Judicial review of Senior Immigration Officer’s (SIO) decision applicant ineligible pursuant to Immigration Act, s. 46.4(1) to have claim for refugee status determined by CRDD, declaring Refugee Division’s decision re: claim null, void — Applicant granted Convention refugee status — SIO subsequently concluding applicant obtained referral to Refugee Division by fraud, misrepresentation of material fact — Charter, s. 12 not offended by s. 46.4 — Refugee claimant obliged to truthfully present circumstances of case to SIO under s. 45(5) — To allow refugee claimants who misrepresent themselves or attempt by fraud to obtain protection of Canadian state to gain rights, would outrage society’s standards of decency.

Jaworski v. Canada (Attorney General) (T.D.) 154

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Judicial review of Commissioner’s dismissal of appeal from Adjudication Board’s finding applicant should resign or be dismissed for disgraceful conduct bringing discredit to RCMP — Witness identifying applicant as man seen

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

nul effet — Le demandeur avait obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention — Par la suite, l’agente principale a conclu qu’il avait obtenu que son cas fût soumis à la section du statut par des moyens frauduleux et des fausses indications — Recours en contrôle judiciaire rejeté — L’art. 46.4 prévoit le «réexamen de la recevabilité» si la décision concluant à la recevabilité a été causée par le recours à des moyens frauduleux ou à de fausses indications — Cette mesure n’équivaut pas au refoulement dans un pays où il y a un risque fondé de persécution — Le demandeur n’était pas un réfugié au sens de la Convention — N’eût été les moyens frauduleux qu’il a employés, il n’aurait jamais été reconnu réfugié — L’argument selon lequel, une fois reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention, cette reconnaissance ne peut être anéantie par la conclusion qu’il y a eu recours à des moyens frauduleux et à de fausses indications instituerait une distinction en fonction du moment des moyens frauduleux ou fausses indications — Il ne saurait y avoir de distinctions de ce genre — Comme tout droit que le demandeur aurait acquis à titre de réfugié au sens de la Convention aurait été obtenu par des moyens frauduleux, il ne pourrait y prétendre — Qui plus est, l’art. 46.4 est une disposition portant sur la recevabilité — La C.A.F. a jugé que l’examen préalable de la recevabilité met fin au droit des demandeurs de statut de réfugié de prétendre à la protection assurée par l’art. 7 — Aucun des droits prévus à l’art. 7 n’est touché par l’art. 46.4.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Contrôle judiciaire contre la décision par laquelle une agente d’immigration principale a conclu, par application de l’art. 46.4(1) de la Loi sur l’immigration, que le demandeur n’était pas recevable à soumettre sa revendication du statut de réfugié à la CISR et que la décision de la section du statut à ce sujet était nulle et de nul effet — Le demandeur avait obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention — Par la suite, l’agente principale a conclu qu’il avait obtenu que son cas fût soumis à la section du statut par des moyens frauduleux et des fausses indications — L’art. 46.4 de la Loi ne porte pas atteinte à l’art. 12 de la Charte — Le demandeur de statut de réfugié a, selon l’art. 45(5), l’obligation d’expliquer honnêtement sa situation à l’agent d’immigration principal — Permettre aux demandeurs de statut de donner des fausses indications sur leur propre cas ou de chercher par des moyens frauduleux la protection de l’État canadien heurterait les normes sociétales de décence.

Jaworski c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 154

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Contrôle judiciaire d’une décision du commissaire de la GRC rejetant l’appel du demandeur à l’égard d’une décision d’un comité d’arbitrage, selon laquelle celui-ci s’était conduit d’une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

climbing backyard fence, masturbating in street, but not absolutely certain — No criminal charges laid, but internal investigation conducted — At applicant's request, Adjudication Board taking view of area in presence of applicant, counsel — Applicant given opportunity to add to record with respect to view — Board noting discrepancies between description of offender, applicant; frailty of identification evidence; other circumstantial evidence; applicant's demeanour at hearing — Concluding identification sufficiently clear, convincing to satisfy it on balance of probabilities applicant responsible for committing acts proven — External Review Committee (ERC) finding Board failed to adequately consider problems with identification evidence — Commissioner confirming Board's decision — Application dismissed — Board neither ignoring nor misunderstanding evidence, rule of law — Required to weigh evidence, make determination based on balance of probabilities, on basis of clear, cogent evidence — Final determination depending on subjective reaction of Board, ERC, Commissioner — Commissioner not erring in subjective appreciation of evidence — Board disbelieved applicant, causing it to put aside applicant's evidence — Board applying appropriate framework, analysis in arriving at conclusion witness's evidence sufficiently clear, convincing to prove identification — Procedural fairness not requiring tribunal to disclose ongoing observations with respect to evidence as tendered.

Evidence — Judicial review of RCMP Commissioner's dismissal of appeal from Adjudication Board's finding applicant should resign or be dismissed for disgraceful conduct bringing discredit to RCMP — Applicant identified, but not with absolute certainty, as man seen climbing backyard fence, masturbating in street — No criminal charges laid, but internal investigation conducted — Adjudication Board taking view of area where incident occurred in presence of applicant, counsel — As result of view, Board doubting applicant's explanation for presence in area — Where tribunal taking view, not to gather evidence, but to understand evidence submitted, entitled to make observations inconsistent with evidence adduced by parties.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

GRC et devrait démissionner ou être renvoyé — Un témoin a identifié le demandeur comme l'homme qu'elle avait vu grimper une clôture de cour arrière et se masturber dans la rue, mais elle n'en était pas entièrement certaine — Aucune accusation pénale n'a été portée mais une enquête interne a eu lieu — À la requête du demandeur, le comité d'arbitrage s'est rendu sur les lieux en présence du demandeur et de son avocat — Le demandeur a eu la possibilité d'ajouter des éléments au dossier au sujet de la visite des lieux — Le comité a noté des incohérences entre la description du contrevenant et celle du demandeur, il a fait remarquer la fragilité de la preuve d'identification, il a tenu compte d'autres éléments de preuve circonstancielle et il a souligné le comportement du demandeur à l'audience — Il a conclu que l'identification était suffisamment claire et convaincante pour le persuader selon la prépondérance des probabilités que le demandeur était responsable d'avoir commis les actes prouvés — Le comité externe d'examen (CEE) a jugé que le comité d'arbitrage n'avait pas suffisamment tenu compte des problèmes touchant la preuve d'identification — Le commissaire a confirmé la décision du comité d'arbitrage — Demande rejetée — Le comité n'a ni omis de prendre en considération ni mal compris les éléments de preuve, ni n'a transgressé une règle de droit — Il devait soupeser la preuve et prendre une décision selon la prépondérance des probabilités, fondée sur une preuve claire et décisive — La décision dépendait, en dernier lieu, de la réaction subjective du comité, du CEE et du commissaire — Le commissaire n'a pas commis d'erreur dans l'appréciation subjective de la preuve — Le comité n'a pas cru le demandeur, ce qui l'a amené à rejeter la preuve qu'il a présentée — Le comité a appliqué les principes et fait l'analyse appropriés en arrivant à la conclusion que la preuve testimoniale était suffisamment claire et convaincante pour prouver l'identification — Que les observations du comité découlent de la visite ou d'une photographie déposée en preuve, le demandeur connaissait la preuve dont disposait le comité — L'équité procédurale n'oblige pas un tribunal à communiquer ses observations constantes au sujet de la preuve présentée.

Preuve — Contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de la GRC rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et devrait démissionner ou être renvoyé — Le demandeur a été identifié, mais non de façon absolument certaine, comme l'homme aperçu en train de grimper une clôture de cour arrière et en train de se masturber dans la rue — Aucune accusation pénale n'a été portée mais une enquête interne a eu lieu — Le comité d'arbitrage s'est rendu sur les lieux où l'incident s'est produit, en présence du demandeur et de son avocat — Vu la visite, le comité n'a pas cru les explications fournies par le demandeur quant à sa présence sur les lieux — Lorsqu'un tribunal procède à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

RCMP — Judicial review of Commissioner's dismissal of appeal from Adjudication Board's finding applicant should resign or be dismissed for disgraceful conduct bringing discredit to RCMP — Applicant identified as man seen climbing backyard fence, masturbating in street — External Review Committee finding Board failed to adequately consider problems with identification evidence — Commissioner confirming Board's decision — Royal Canadian Mounted Police Act, s. 45.16(6) requiring Commissioner to give reasons for not acting on ERC's findings — Not requiring Commissioner to address individually every finding made by ERC — Commissioner's reasons reviewing evidence, Board's and ERC's findings, explaining why Board's decision preferred over ERC's recommendation — Meeting standard imposed by s. 45.16(6) — Commissioner entitled to decide not to act on ERC's recommendations — Decision not reviewable unless error of type referred to in Federal Court Act, s. 18.1(4) disclosed.

Lemieux v. Canada (Labour Affairs Officer, Human Resources Development) (C.A.) 65

Labour relations — Powers of inspector under Canada Labour Code with respect to unjust dismissal complaint — Inspector without power to determine complaint unfounded on ground not in relation to true dismissal as merely non-renewal of determinate contract — Matter for adjudicator.

Stevens v. Canada (Commissioner, Commission of Inquiry) (C.A.) 125

Practice — Parties — Joinder — Commissioner of Commission of inquiry not necessary party to action challenging Commission's Report — Respondent seeking setting aside of Report and its removal into Court; no remedy sought against Commissioner personally — Fact evidence of Commissioner may be needed at trial not sufficient reason for requiring him to remain as party defendant — Possibility, under Federal Court RR. 238, 233 (concerning non-parties), of obtaining Commissioner's

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

une visite des lieux non pas pour recueillir de la preuve, mais afin de mieux comprendre la preuve présentée, il a le droit de se fonder sur ses observations d'éléments incompatibles avec la preuve présentée par les parties.

GRC — Contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de la GRC rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et devrait démissionner ou être renvoyé — Le demandeur a été identifié comme l'homme aperçu en train de grimper une clôture de cour arrière et de se masturber dans la rue — Le comité d'examen externe a jugé que le comité n'avait pas suffisamment tenu compte des problèmes touchant la preuve d'identification — Le commissaire a confirmé la décision du comité — L'art. 45.16(6) de la Loi sur la gendarmerie royale canadienne oblige le commissaire à expliquer les raisons pour lesquelles il choisit de s'écarter des conclusions du CEE — Cela n'oblige pas le commissaire à commenter chacune des conclusions du CEE — Les motifs du commissaire, examinant les éléments de preuve et les conclusions du comité et du CEE, expliquent pourquoi il a choisi de se fonder sur la décision du comité plutôt que sur la recommandation du CEE — Cela était conforme à la norme imposée par l'art. 45.16(6) — Le commissaire a le droit de ne pas se fonder sur les recommandations du CEE — Sa décision n'est pas susceptible de révision, sauf si une erreur de la nature de celles qui sont mentionnées à l'art. 18.1(4) de la Loi sur la Cour fédérale a été commise.

Lemieux c. Canada (Agent des affaires du travail, Développement des ressources humaines) (C.A.) .. 65

Relations du travail — Pouvoirs de l'inspecteur en vertu du Code canadien du travail relativement à une plainte de congédiement injuste — L'inspecteur n'a pas le pouvoir de décider que la plainte est irrecevable au motif qu'il ne s'agit pas véritablement d'un congédiement, mais simplement du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée — La question relève de la compétence d'un arbitre.

Stevens c. Canada (Commissaire, Commission d'enquête) (C.A.) 125

Pratique — Parties — Jonction — Le commissaire de la Commission d'enquête n'est pas une partie nécessaire à l'action contestant le rapport de la Commission — L'intimé sollicite l'annulation du rapport et son évocation à la Cour; aucun recours n'est sollicité contre le commissaire personnellement — La possibilité que le témoignage du commissaire soit nécessaire au procès n'est pas une raison suffisante pour exiger qu'il demeure partie défenderesse — Il est possible, en vertu des Règles 238 et 233 de la Cour fédérale

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

evidence, production of relevant documents in his possession even if not party.

Inquiries — Practice — Commission of Inquiry into Conflict of Interest Allegations concerning Hon. Sinclair Stevens — Commissioner not necessary party to action challenging Commission's Report — Respondent seeking setting aside of Report and its removal into Court; no remedy sought against Commissioner personally — Inquiry ended long ago — Fact evidence of Commissioner may be needed at trial not sufficient reason for requiring him to remain as party defendant — Possibility, under Federal Court Rules, of obtaining Commissioner's evidence, production of relevant documents in his possession even if not party.

Stevens v. Canada (Prime Minister) (C.A.) 89

Practice — Privilege — Whether lawyer's billing accounts protected by solicitor-client privilege from disclosure under Access to Information Act — Appellant, former federal cabinet minister, subject of Commission of Inquiry regarding conflict of interest allegations arising from business dealings — Application to Information Commissioner for disclosure of billing accounts, supporting documents of Commission counsel partially successful — Trial Judge finding expurgated material protected by solicitor-client privilege as directly related to seeking, formulating, giving of legal advice — Conflict between public interest in free communication between lawyers, clients, and in disclosure of relevant evidence before court — Solicitor-client privilege, guarantee of confidentiality distinguished — Privilege protecting communications only, not acts of counsel, mere statements of fact — Bills of accounts privileged under case law on tax litigation — Privilege substantive right, not merely rule of evidence — Narrative portions of bills of accounts communications for purpose of obtaining legal advice.

Access to information — Appellant seeking disclosure under Access to Information Act of billing accounts, supporting documents of Commission of Inquiry — Provided with 336

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

(quant à une personne qui n'est pas une partie), d'obtenir le témoignage du commissaire, la production des documents pertinents en sa possession même s'il n'est pas partie à l'action.

Enquêtes — Pratique — Commission d'enquête sur des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair Stevens — Le commissaire n'est pas une partie nécessaire à l'action contestant le rapport de la Commission — L'intimé sollicite l'annulation du rapport et son évocation à la Cour; aucun recours n'est sollicité contre le commissaire personnellement — L'enquête a pris fin il y a longtemps — La possibilité que le témoignage du commissaire soit nécessaire au procès n'est pas une raison suffisante pour exiger qu'il demeure partie défenderesse — Il est possible, en vertu des Règles de la Cour fédérale, d'obtenir le témoignage du commissaire, la production des documents pertinents en sa possession même s'il n'est pas partie à l'action.

Stevens c. Canada (Premier ministre) (C.A.) 89

Pratique — Communications privilégiées — Les relevés de services d'un avocat sont-ils protégés par le secret des communications entre client et avocat contre la divulgation sous le régime de la Loi sur l'accès à l'information? — L'appellant, un ancien ministre du cabinet fédéral, était l'objet d'une commission chargée d'enquêter sur des allégations de conflit d'intérêts relativement à certaines transactions commerciales — La demande déposée auprès du Commissaire à l'information en vue d'obtenir la divulgation des relevés de services d'avocat et des pièces justificatives soumis par les conseillers juridiques de la Commission a été partiellement accueillie — Le juge de première instance a conclu que les passages occultés étaient protégés par le secret des communications entre client et avocat, car ils portaient directement sur les consultations, conseils et services juridiques — Il existe une tension entre l'intérêt public que représente la libre communication entre les conseillers juridiques et leurs clients et l'intérêt public que représente la divulgation d'éléments de preuve pertinents devant le tribunal — Distinction entre le secret des communications entre l'avocat et son client et la garantie de confidentialité — Le privilège ne protège que les communications et non les actes accomplis par les conseillers juridiques ou les simples exposés des faits — Il ressort de la jurisprudence en matière fiscale que les mémoires de frais sont privilégiés — Le privilège est un droit et non simplement une règle de preuve — Les passages descriptifs des relevés de services constituant des communications visant à obtenir des conseils juridiques.

Accès à l'information — L'appellant demandait la divulgation, conformément à la Loi sur l'accès à l'information, des relevés de services d'avocat et des pièces justificatives d'une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

pages of legal accounts, receipts, other related documents, but narrative portions on 73 pages of disclosed accounts expurgated on basis of solicitor-client privilege under Act, s. 23 — Privilege designed to promote free flow of communication between lawyer, client — Narrative portions of bills of account communications for purpose of obtaining legal advice — Government having released more information than legally necessary — Government perhaps more ready than private client to waive privilege under policy of transparency — Discretion exercised properly under Act, s. 23.

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 192

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from Immigration Act, s. 40.1(9) order releasing appellant from detention on ground conditions therein infringing Charter guaranteed rights of freedom of expression, association — Appellant not raising constitutional issues before Trial Judge designated under s. 40.1(8) — Appeal allowed to extent matter remitted to designated F.C.T.D. Judge — Under s. 40.1(8) having jurisdiction, compelled to consider constitutionality of terms of any order made under s. 40.1(9) — In best position to do so, having heard witnesses, determined credibility, having full factual record — Also has remedy available: appropriate wording of release conditions — As Judge issuing release order having continuing jurisdiction as to impact — Also in best position to determine whether appellant's conduct amounting to waiver of Charter attack.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Appeal from Immigration Act, s. 40.1(9) order releasing appellant from detention on ground conditions therein infringing rights of freedom of expression, association — Appellant not raising constitutional issues before F.C.T.D. Judge designated under s. 40.1(8) — Matter remitted to designated Judge — In best position to rule on Charter issues, including whether terms of order can be upheld under s. 1, as heard witnesses, determined credibility, having full factual record before him/her — As judge issuing release order, having continuing jurisdiction as to impact, including constitutionality of order — Also in best position to decide whether appellant waived any future right to have order reviewed on constitutional grounds.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Commission d'enquête — Il a reçu communication de 336 pages de relevés de services d'avocat, de reçus et autres pièces connexes, mais les passages descriptifs de 73 pages de relevés communiqués ont été occultés pour cause de secret des communications entre client et avocat en vertu de l'art. 23 de la Loi — Le secret vise à promouvoir la libre communication entre avocats et clients — Les passages descriptifs des relevés de services sont des communications visant à obtenir des conseils juridiques — Le gouvernement a communiqué plus de renseignements qu'il n'était légalement nécessaire — Il peut avoir plus de raisons de renoncer à son privilège qu'un particulier à cause d'une politique de transparence — Le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 23 de la Loi a été exercé à bon droit.

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) 192

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Appel contre l'ordonnance portant, en application de l'art. 40.1(9) de la Loi sur l'immigration, remise en liberté de l'appellant, par ce motif que certaines conditions imposées portent atteinte à sa liberté d'expression et d'association, que garantit la Charte — L'appellant n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le juge de première instance délégué en vertu de l'art. 40.1(8) — Appel accueilli par renvoi de l'affaire au juge délégué — Celui-ci a compétence sous le régime de l'art. 40.1(8) et est tenu d'examiner la constitutionnalité des conditions de toute ordonnance rendue en application de l'art. 40.1(9) — Il est le mieux placé pour le faire puisqu'il a entendu les témoins dont il pouvait jauger la crédibilité et avait à sa disposition le dossier intégral des faits — Il dispose aussi au départ des moyens de redressement, savoir la juste formulation des conditions de remise en liberté — Puisqu'il a rendu l'ordonnance, il peut continuer à exercer sa compétence pour en surveiller les effets — Il est aussi le mieux placé pour décider si dans les faits, l'appellant a renoncé à son droit d'invoquer les arguments constitutionnels.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Appel contre l'ordonnance portant, en application de l'art. 40.1(9) de la Loi sur l'immigration, remise en liberté de l'appellant, par ce motif que certaines conditions imposées portent atteinte à sa liberté d'expression et d'association — L'appellant n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le juge de première instance délégué en vertu de l'art. 40.1(8) — Renvoi de l'affaire au juge délégué — Il est le mieux placé pour se prononcer sur des points litigieux touchant à la Charte, y compris celui de savoir si les conditions imposées sont justifiables au regard de l'art. premier, parce qu'il a entendu les témoins dont il pouvait jauger la crédibilité et avait à sa disposition le dossier intégral des faits — Puisqu'il a rendu l'ordonnance de remise en liberté, il peut continuer à exercer sa

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal from Immigration Act, s. 40.1(9) order releasing appellant from detention on ground conditions therein infringing Charter guaranteed rights of freedom of expression, association — Appellant inadmissible as person reasonable grounds to believe engaged in terrorism — Incarcerated almost two years when removal order issued — Ontario Court, General Division injunction precluding removal — F.C.T.D. Judge allowing s. 40.1(8) application for release on conditions — Appellant not raising constitutional issues before Trial Division Judge — Appeal allowed to extent matter remitted to designated F.C.T.D. Judge — Constitutional concerns properly raised before designated Judge.

Thabet v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 21

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — How stateless person habitually residing in more than one country may establish claim for Convention refugee status — Appellant, stateless Palestinian, lived in Kuwait and U.S.A. before applying for refugee status in Canada — Whether claim must be established in respect of all countries of habitual residence — Persecuted persons not having absolute right to demand protection by Canada: *Canada (Attorney General) v. Ward* — Claim to refugee status not to be resorted to unless all other possibilities exhausted — Person not refugee solely by virtue of statelessness — Test to be applied as to which country relevant to determination of claim: any country plus Ward factor — Immigration and Refugee Board asking appropriate question as to why applicant denied entry to Kuwait, country of former habitual residence.

The CSL Group Inc. v. Canada (C.A.) 140

Crown — Torts — Action under Crown Liability and Proceedings Act, s. 3(a) for reimbursement of revenue lost by shipping companies due to restrictions, necessitated by

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

compétence pour en surveiller les effets, y compris la question de constitutionnalité — Il est aussi le mieux placé pour décider s'il y a eu renonciation de la part de l'appelant à tout droit de demander à l'avenir la révision de l'ordonnance par des motifs constitutionnels.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel contre l'ordonnance portant, en application de l'art. 40.1(9) de la Loi sur l'immigration, remise en liberté de l'appelant, par ce motif que certaines conditions imposées portent atteinte à sa liberté d'expression et d'association, que garantit la Charte — Appellant non admissible à titre de personne dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle a commis des actes de terrorisme — Il avait été détenu pendant près de deux ans au moment de l'ordonnance de renvoi — Le renvoi n'a pas été exécuté par suite d'une injonction de la Division générale de la Cour de l'Ontario — Un juge de la C.F. 1^{re} inst. a fait droit, sous certaines conditions, à la demande de remise en liberté fondée sur l'art. 40.1(8) — L'appelant n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le juge de première instance — Appel accueilli par renvoi de l'affaire au juge délégué — Celui-ci peut être saisi des questions constitutionnelles.

Thabet c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) 21

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Comment une personne apatride qui a résidé de façon habituelle dans plus d'un pays peut-elle établir le bien-fondé de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention? — L'appelant, un Palestinien apatride, a vécu au Koweït et aux É.U. avant de revendiquer le statut de réfugié au Canada — Le bien-fondé de la revendication doit-il être établi au regard de tous les pays de résidence habituelle? — Les personnes persécutées n'ont pas le droit absolu de se réclamer de la protection du Canada: *Canada (Procureur général) c. Ward* — La personne persécutée ne peut revendiquer le statut de réfugié si elle n'a pas épuisé toutes les autres solutions qui s'offrent à elle — Une personne n'est pas un réfugié du seul fait qu'elle est apatride — Critère à appliquer pour déterminer au regard de quel pays le bien-fondé de la revendication doit être établi: l'un ou l'autre des pays, en tenant compte de l'arrêt Ward — La Commission de l'immigration et du statut de réfugié s'est posé la bonne question en se demandant pourquoi l'appelant ne pouvait retourner au Koweït, son pays de résidence habituelle.

Le Groupe CSL Inc. c. Canada (C.A.) 140

Couronne — Responsabilité délictuelle — Action intentée en vertu de l'art. 3(a) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif en vue du rembour-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Coast Guard Ships' Crews being on strike, imposed by authority responsible for traffic on St. Lawrence Seaway — Restrictions necessary for security reasons — Plaintiffs' argument: Treasury Board (TB) negligent in failing to file "designated employees" list within statutory limitation period after receiving notice to bargain — Alleged wrongdoing not within maritime law as damages claimed economic only, unrelated to appellants' ships, cargoes — Delay in filing list of designated employees not wrongful — Crown's only duty in respect of seaway to ensure security of public — May be discharged by methods other than designation of employees in case of strike — TB, in filing "designated employees" list under rights conferred by PSSRA, not dispensing service to public.

Public service — Labour relations — Shipping companies seeking damages due to legal strike by Coast Guard members causing delays for ships using St. Lawrence Seaway — Treasury Board (TB) late in filing list of designated employees under PSSRA, s. 79 — Delay not wrongful — Public servants not acting imprudently, in disorganized manner — Default by TB not resulting in civil liability — TB officials responsible for filing list of designated employees, Board itself not exercising rights, options conferred on them by Act as dispensers of service to public — Even if conduct complained of having significant consequences for public, economy, subject to sanction only in political arena.

SOMMAIRE (Fin)

sement des pertes de revenus subies par des compagnies de transport maritime par suite d'entraves rendues nécessaires par la grève des membres de la Garde côtière et imposées par l'autorité responsable à la circulation sur la voie maritime du Saint-Laurent — Entraves nécessaires pour la sécurité — Argument des demanderesse: le Conseil du Trésor (CT) est fautif parce qu'il n'a pas déposé la liste «d'employés désignés» dans le délai fixé par la loi après réception de l'avis de négociation — La faute reprochée n'a rien à voir avec le droit maritime car les dommages sont essentiellement économiques et ne concernent aucunement les navires des appelantes ou leurs cargaisons — Le retard à déposer la liste d'employés désignés n'est pas fautif — La seule obligation du gouvernement relative à la voie maritime est d'assurer la sécurité du public — Elle peut être remplie par d'autres moyens que la désignation d'employés dans la perspective d'une grève — Le CT, lorsqu'il dépose la liste «d'employés désignés» en vertu des droits que lui confère la LRTFP, ne dispense pas un service au public.

Fonction publique — Relations du travail — Dommages-intérêts réclamés par des compagnies de transport maritime à la suite de la grève légale des membres de la Garde côtière qui a causé des retards aux navires usagers de la voie maritime du Saint-Laurent — Le Conseil du Trésor (CT) a déposé tardivement la liste d'employés désignés sous le régime de l'art. 79 de la LRTFP — Ce retard n'est pas fautif — Les fonctionnaires n'ont pas agi de façon imprudente et désordonnée — Le défaut du CT n'a pas engendré de responsabilité civile — Les membres du CT responsables du dépôt de la liste des employés à désigner, pas plus que le Conseil du Trésor n'exercent les droits et options que leur confère la Loi comme dispensateurs d'un service au public — Même si le comportement visé par la plainte engendre des conséquences importantes pour le public et l'économie, il ne peut être sanctionné que sur le plan politique.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Sail Labrador Ltd. v. Challenge One (The), [1997] 3 F.C. 154 (C.A.), was reversed by a decision dated 9/10/98, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for Leave to Appeal

Canada v. Shell Canada Ltd., [1998] 3 F.C. 64 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 8/10/98.

Canada v. 65302 British Columbia Ltd., [1998] 2 F.C. D-11 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 8/10/98.

Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1998] 3 F.C. 175 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 8/10/98.

Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada, [1998] 3 F.C. D-39 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 8/10/98.

Légaré v. Canada (Employment Insurance Commission), A-511-97, A-512-97, Pratte J.A., judgment dated 17/2/98 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 15/10/98.

Fortin v. Canada (Attorney General), A-855-97, Denault J.A. (*ex officio*), judgment dated 14/5/98 (C.A.), reconsideration of the application for leave to appeal to S.C.C. refused, 15/10/98.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Sail Labrador Ltd. c. Challenge One (Le), [1997] 3 C.F. 154 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 9-10-98, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Canada c. Shell Canada Ltée, [1998] 3 C.F. 64 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 8-10-98.

Canada c. 65302 British Columbia Ltd., [1998] 2 C.F. F-15 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 8-10-98.

Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1998] 3 C.F. 175 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 8-10-98.

Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada, [1998] 3 C.F. F-54 (C.A.), autorisation à la C.S.C. accordée, 8-10-98.

Légaré c. Canada (Commission de l'assurance-emploi), A-511-97, A-512-97, le juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 17-2-98 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 15-10-98.

Fortin c. Canada (Procureur général), A-855-97, le juge Denault, J.C.A. (de droit), jugement en date du 14-5-98 (C.A.), réexamen de la demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusé, 15-10-98.

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. 4, Part 1

1998, Vol. 4, 1^{er} fascicule

T-1364-97

T-1364-97

The Attorney General of Canada (*Applicant*)**Le procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

Dr. H. Paul Simon (*Respondent*)**D^r H. Paul Simon** (*défendeur*)**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. SIMON (T.D.)****RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. SIMON (1^{re} INST.)**

Trial Division, Rothstein J.—Ottawa, April 14; Calgary, May 15, 1998.

Section de première instance, juge Rothstein—Ottawa, 14 avril; Calgary, 15 mai 1998.

Pensions — Respondent receiving CPP disability pension while residing in Germany — Whether “subject to the Canada Pension Plan” under Agreement between Canada and Germany, Art. 11(a) — Review Committee under Old Age Security Regulations defining “subject to” as including persons making contributions to Plan and those receiving benefits thereunder — Applicable standard of review patent unreasonableness — Review Committee’s decision not patently unreasonable — Committee correctly excluding evidence (“supplementary means of interpretation”) regarding interpretation of Art. 11(a) — Provision affecting only Canadian Government, persons living in Germany entitled to pension under Canada’s Old Age Security Act.

Pensions — Le défendeur a reçu des prestations d’invalidité du RPC pendant qu’il résidait en Allemagne — Était-il «assujéti au Régime de pensions du Canada» au sens de l’art. 11a) de l’Accord entre le Canada et l’Allemagne? — Le Comité de révision formé en vertu du Règlement sur la sécurité de la vieillesse a défini les termes «assujéti au» comme englobant les personnes qui versent des cotisations au Régime et celles qui reçoivent des prestations en vertu de celui-ci — La norme de contrôle applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable — La décision du Comité de révision n’était pas manifestement déraisonnable — Le Comité a eu raison de ne pas considérer la preuve («moyens complémentaires d’interprétation») relative à l’interprétation de l’art. 11a) — Cette disposition n’a d’incidence que sur le gouvernement du Canada et sur les personnes qui vivent en Allemagne et qui peuvent avoir droit à une pension en vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse du Canada.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Review Committee under Old Age Security Regulations defining words “subject to Canada Pension Plan” in Agreement between Canada and Germany, Art. 11(a) as extending to both contributors and those receiving benefits thereunder when unable to contribute — In view of full privative clause, applicable standard of review patent unreasonableness — Impugned decision not patently unreasonable — Whether Review Committee improperly rejected evidence of subsequent practice and of supplementary means of interpretation under Vienna Convention, Arts. 31(3)(b), 32 — Committee correctly rejecting evidence but for wrong reasons — Evidence not helping to establish agreement between parties as to interpretation of Art. 11(a) — Absence of complaint by Germany inconclusive — Evidence of Canada’s unilateral intention not assisting Court in determining what interpretation parties agreed to — Internal memorandum not helpful in interpretation of Agreement, Art. 11(a).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Le Comité de révision formé en vertu du Règlement sur la sécurité de la vieillesse a défini les termes «assujéti au Régime de pensions du Canada» figurant dans l’art. 11a) de l’Accord entre le Canada et l’Allemagne comme englobant les personnes qui versent une cotisation au Régime et celles qui reçoivent des prestations en vertu de celui-ci lorsqu’elles sont incapables d’y verser des cotisations — Compte tenu de la clause privative intégrale, la norme de contrôle applicable était celle du caractère manifestement déraisonnable — La décision contestée n’était pas manifestement déraisonnable — Le Comité de révision a-t-il rejeté à tort la preuve de la pratique ultérieurement suivie et des moyens complémentaires d’interprétation prévue aux art. 31(3)(b) et 32 de la Convention de Vienne? — Le Comité a eu raison de rejeter la preuve, mais pour des motifs différents de ceux qu’il a invoqués — La preuve n’était d’aucun secours pour établir l’accord des parties à l’égard de l’interprétation de l’art. 11a) — L’absence de plainte de la part de l’Allemagne n’était pas concluante — La preuve de l’intention unilatérale du Canada n’aidait pas la Cour à déterminer l’interprétation à laquelle les parties ont donné leur accord — La note de service interne n’était pas utile pour interpréter l’art. 11a) de l’Accord.

This was an application for judicial review of the decision of a Review Committee under former section 31 of the *Old Age Security Regulations* that the respondent was “subject to the Canada Pension Plan”, when he resided in Germany, within the meaning of Article 11(a) of the *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Federal Republic of Germany on Social Security*. Upon becoming disabled, the respondent received a monthly *Canada Pension Plan* (CPP) disability pension from December 1987 to August 1993 while residing in Germany. Before the Review Committee, he argued that, during the period when he was residing in Germany and receiving a CPP disability pension, he was “subject to the Canada Pension Plan” and that this time should be counted towards the years of eligibility for calculating his Canadian old age pension even though he was not residing in Canada. A majority of the Review Committee held in favour of the respondent, defining the words “subject to the Canada Pension Plan” as extending not only to contributors but also to those, like the respondent, connected to the CPP by receiving benefits thereunder when unable to make contributions. Three issues were raised herein: (1) the standard of review of the Review Committee’s decisions; (2) whether the Review Committee erred in law under the appropriate standard of review, and (3) whether it committed an error of jurisdiction in wrongly refusing to consider relevant evidence.

Held, the application should be dismissed.

(1) Subsection 28(1) of the *Old Age Security Act* is a full privative clause in that the Review Committee’s decisions are final and conclusive from which no appeal lies and all forms of judicial review are excluded. Where a full privative clause applies, the tribunal’s decision is reviewable only if it is patently unreasonable or the tribunal has made an error in the interpretation of a legislative provision limiting its powers. In the present case, the Review Committee was not considering a legislative provision limiting its powers. Therefore, the standard of review is patent unreasonableness.

(2) If there was a defect in the Review Committee’s decision, it was not immediately evident on the face of its reasons. The issue was whether the words “subject to the Canada Pension Plan” are restricted to the making of contributions under the Canada Pension Plan. With respect to entitlement to a pension under the *Old Age Security Act*, it is not clear why the words “contributing to” the CPP or words of similar import were not used in Article 11(a) of the *Agreement*. The meaning of the words “subject to the

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un Comité de révision formé en vertu de l’ancien article 31 du *Règlement sur la sécurité de la vieillesse* a conclu que le défendeur était «assujéti au Régime de pensions du Canada» pendant qu’il résidait en Allemagne, au sens de l’article 11a) de l’*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République fédérale d’Allemagne sur la sécurité sociale*. Lorsqu’il est devenu invalide, le défendeur a reçu des prestations mensuelles d’invalidité en vertu du *Régime de pensions du Canada* (RPC) du mois de décembre 1987 au mois d’août 1993, pendant qu’il résidait en Allemagne. Devant le Comité de révision, il a soutenu que, pendant la période où il a résidé en Allemagne et reçu des prestations d’invalidité en vertu du RPC, il était «assujéti au Régime de pensions du Canada» et que cette période aurait dû être imputée à ses années d’admissibilité pour le calcul du montant de sa pension de sécurité de la vieillesse même s’il ne résidait pas au Canada. La majorité des membres du Comité ont tiré une conclusion favorable au défendeur, définissant les termes «assujéti au Régime de pensions du Canada» comme englobant non seulement les personnes qui versent des cotisations au Régime, mais encore celles qui, comme le défendeur, ont un lien avec le RPC du fait qu’elles reçoivent des prestations en vertu du Régime dans une situation où elles sont incapables de verser des cotisations. Trois questions étaient en litige: 1) la norme de contrôle des décisions du Comité de révision; 2) la question de savoir si le Comité de révision avait commis une erreur de droit selon cette norme de contrôle, et 3) la question de savoir s’il avait commis une erreur de compétence en refusant à tort de tenir compte d’une preuve pertinente.

Jugement: la demande est rejetée.

1) Le paragraphe 28(1) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* constitue une clause privative intégrale parce que les décisions du Comité de révision sont définitives et péremptoires, qu’elles ne peuvent pas faire l’objet d’un appel et que toute forme de contrôle judiciaire est exclue dans leur cas. Lorsqu’une clause privative intégrale s’applique, la décision du tribunal n’est susceptible de contrôle que si elle est manifestement déraisonnable ou si le tribunal a commis une erreur dans l’interprétation d’une disposition législative limitant ses pouvoirs. En l’espèce, le Comité de révision n’a pas interprété une disposition législative limitant ses pouvoirs. En conséquence, la norme de contrôle était celle du caractère manifestement déraisonnable.

2) Si la décision du Comité de révision comportait une erreur, celle-ci ne ressortait pas manifestement à la simple lecture des motifs. La question à trancher était celle de savoir si les termes «assujéti au Régime de pensions du Canada» s’appliquent exclusivement à la personne qui verse des cotisations au Régime de pensions du Canada. En ce qui a trait au droit à pension en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, on ne sait trop pourquoi les termes «cotisant au» RPC ou des termes ayant la même portée n’ont pas été

Canada Pension Plan” is therefore not obvious. This was not a case in which, once the lines of the problem have come into focus, patent unreasonableness was evident. Therefore, the decision of the majority of the Review Committee was not patently unreasonable.

(3) The applicant alleged that the Review Committee improperly refused to consider evidence of subsequent practice under Article 31(3)(b) of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, and improperly rejected evidence of supplementary means of interpretation under Article 32 of the Convention. The Review Committee ruled that it would not consider the subsequent practice evidence because the issue before it was whether this practice complied with Article 11(a) of the Agreement. The Committee correctly rejected the evidence but for the wrong reason. Under Article 31(3)(b) of the Vienna Convention, it is mandatory for a tribunal to admit and take into account evidence of subsequent practice if such evidence helps to establish the agreement of the parties regarding interpretation of a treaty. The evidence that the applicant sought to introduce did not help to establish the agreement between the parties regarding the interpretation of Article 11(a) of the Agreement. The fact that “no other country or claimant had ever challenged Canada’s interpretation of the like provision found in virtually all other social security agreements concluded by Canada” was not evidence establishing any agreement between Canada and Germany. The absence of complaint by Germany was also inconclusive. The second alleged error related to the rejection of “supplementary means of interpretation” which was an internal Government of Canada memorandum indicating that a provision similar to Article 11(a) of the Agreement was a standard feature of all social security agreements between Canada and other countries. The Review Committee correctly excluded this evidence, but again for the wrong reasons. Evidence of Canada’s unilateral intention did not assist the Court in determining what interpretation the parties agreed to. The connection between the memorandum said to establish Canada’s intended interpretation and any agreement actually reached by the parties as to interpretation was speculative. The 1983 memorandum states that provisions like Article 11(a) are “exclusively a matter of Canadian domestic policy which is not effectively negotiable since it does not have reciprocal application”. It did not address the question at issue as to whether periods of receipt of disability pension under the CPP in a foreign country should also count as periods of residence in Canada for *Old Age Security Act* purposes. It did not assist in the interpretation of Article 11(a) of the Agreement.

utilisés dans l’article 11a) de l’Accord. Le sens de l’expression «assujettie au Régime de pensions du Canada» n’est donc pas évident. Ce n’était pas un cas dans lequel le caractère manifestement déraisonnable de la décision ressortait une fois que les contours du problème étaient devenus apparents. En conséquence, la décision de la majorité des membres du Comité de révision n’était pas manifestement déraisonnable.

3) Le demandeur a soutenu que le Comité de révision a refusé à tort de tenir compte de la pratique ultérieurement suivie prévue à l’article 31(3)(b) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* et qu’il a rejeté à tort la preuve de moyens complémentaires d’interprétation prévue à l’article 32 de la Convention. Le Comité de révision a décidé de ne pas tenir compte de la preuve de la pratique ultérieurement suivie parce que la question qu’il devait trancher était celle de savoir si cette pratique était conforme ou non à l’article 11a) de l’Accord. Le Comité a eu raison de rejeter la preuve, mais pas pour le bon motif. L’article 31(3)(b) de la Convention de Vienne oblige un tribunal à recevoir et à prendre en compte la preuve d’une pratique ultérieurement suivie si cette preuve aide à établir l’accord des parties à l’égard de l’interprétation d’un traité. La preuve que le demandeur a tenté de produire n’était d’aucun secours pour établir l’accord des parties à l’égard de l’interprétation de l’article 11a) de l’Accord. Le fait «qu’aucun autre pays ni aucune autre personne n’a déjà contesté l’interprétation donnée par le Canada de la disposition semblable que l’on trouve dans pratiquement tous les accords sur la sécurité sociale conclus par le Canada» ne constituait pas une preuve établissant un accord entre le Canada et l’Allemagne. L’absence de plainte de la part de l’Allemagne n’avait pas non plus de force probante. La deuxième erreur invoquée tient au rejet des «moyens complémentaires d’interprétation» qui consistaient en une note de service interne du gouvernement du Canada indiquant qu’une disposition semblable à l’article 11a) de l’Accord constituait une caractéristique type de tous les accords sur la sécurité sociale entre le Canada et d’autres pays. Le Comité de révision a eu raison d’exclure cette preuve, mais encore une fois, il ne s’est pas appuyé sur les motifs qui convenaient. La preuve de l’intention unilatérale du Canada n’était d’aucun secours à la Cour qui devait déterminer l’interprétation à laquelle les parties avaient donné leur accord. Le lien entre la note de service qui établissait l’interprétation voulue par le Canada et tout accord effectivement intervenu entre les parties à l’égard de l’interprétation de cette disposition relevait de la pure conjecture. La note de service de 1983 précisait qu’une disposition comme l’article 11a) constitue «exclusivement une question de politique interne canadienne qui ne peut réellement faire l’objet de négociations car elle n’a pas d’application réciproque». Elle ne traitait pas de la question en litige, soit celle de savoir si les périodes pendant lesquelles une personne reçoit des prestations d’invalidité en vertu du RPC à l’extérieur du Canada doivent aussi être imputées comme périodes de résidence au Canada pour l’application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Elle n’était pas utile pour l’interprétation de l’article 11a) de l’Accord.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Federal Republic of Germany on Social Security, November 14, 1985, [1988] Can. T.S. No. 15, Arts. 7, 11(a),(b),(c).
Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 82(1) (as am. by S.C. 1995, c. 33, s. 35).
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 3(2),(3), 28(1) (as am. by S.C. 1995, c. 33, s. 16).
Old Age Security Regulations, C.R.C., c. 1246, s. 31.
Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, Arts. 31(3)(b), 32.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Pasiecznyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board), [1997] 2 S.C.R. 890; (1997), 149 D.L.R. (4th) 577; [1997] 8 W.W.R. 517; 158 Sask. R. 81; 50 Admin. L.R. (2d) 1; 30 C.C.E.L. (2d) 149; 37 C.C.L.T. (2d) 1; 216 N.R. 1; *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; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 49; (1995), 191 N.R. 247 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of a Review Committee's decision that respondent was "subject to the Canada Pension Plan" when he resided in Germany and was receiving a CPP disability pension, within the meaning of Article 11(a) of the Agreement between the Government of Canada and the Government of the Federal Republic of Germany on Social Security. Application dismissed.

COUNSEL:

Julie Lalonde-Goldenberg for applicant.
Michael K. Walter for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Miller Thomson, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

LOIS ET RÈGLEMENTS

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne sur la sécurité sociale, 14 novembre 1985, [1988] R.T. Can. n° 15, art. 7, 11a),b),c).
Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37, art. 31(3)b), 32.
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 3(2),(3), 28(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 33, art. 16).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 82(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 33, art. 35).
Règlement sur la sécurité de la vieillesse, C.R.C., ch. 1246, art. 31.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Pasiecznyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board), [1997] 2 R.C.S. 890; (1997), 149 D.L.R. (4th) 577; [1997] 8 W.W.R. 517; 158 Sask. R. 81; 50 Admin. L.R. (2d) 1; 30 C.C.E.L. (2d) 149; 37 C.C.L.T. (2d) 1; 216 N.R. 1; *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; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 49; (1995), 191 N.R. 247 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du Comité de révision portant que le défendeur était «assujéti au Régime de pensions du Canada» pendant qu'il résidait en Allemagne et qu'il recevait des prestations d'invalidité du RPC, au sens de l'article 11a) de l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne sur la sécurité sociale*. Demande rejetée.

AVOCATS:

Julie Lalonde-Goldenberg pour le demandeur.
Michael K. Walter pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Miller Thomson, Toronto, pour le défendeur.

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

ROTHSTEIN J.:

LE JUGE ROTHSTEIN:

THE ISSUESLES QUESTIONS EN LITIGE

[1] There are three issues in this judicial review of a decision of a Review Committee established pursuant to former section 31 of the *Old Age Security Regulations*:¹

[1] Trois questions sont en litige dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Comité de révision formé en vertu de l'ancien article 31 du *Règlement sur la sécurité de la vieillesse* ¹:

(a) What is the standard of review of decisions of the Review Committee?

a) Quel est la norme de contrôle des décisions du Comité de révision?

(b) According to the appropriate standard, did the Review Committee commit a reviewable error of law?

b) Selon cette norme, le Comité de révision a-t-il commis une erreur de droit pouvant donner lieu au contrôle judiciaire?

(c) Did the Review Committee wrongly refuse to consider relevant evidence and thereby commit an error of jurisdiction?

c) Le Comité de révision a-t-il refusé à tort de tenir compte d'une preuve pertinente, commettant ainsi une erreur de compétence?

[2] The issue before the Review Committee was whether the respondent was "subject to the Canada Pension Plan" when he resided in Germany, within the meaning of that phrase as contained in Article 11(a) of the *Agreement between the Government of Canada and Government of the Federal Republic of Germany on Social Security*, 14 November 1985, [1988] Can. T.S. No. 15 (the Agreement).

[2] La question soumise au Comité de révision était celle de savoir si le défendeur était «assujéti au Régime de pensions du Canada» lorsqu'il résidait en Allemagne, au sens de l'article 11a) de l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne sur la sécurité sociale*, 14 novembre 1985, [1988] R.T. Can. n° 15 (l'Accord).

[3] Generally, under subsections 3(2) and 3(3) of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, as amended, a person who has resided in Canada for less than 40 years after reaching the age of 18 years is eligible for a partial pension (old age pension) calculated by dividing the number of years of residence in Canada by 40. In this case, the applicant conceded that the respondent is entitled to 33/40 of a full old age pension. However, under Article 11(a) of the Agreement, if a person is "subject to the Canada Pension Plan" during any period of residence in Germany, that period should be counted as a period of residence in Canada for the purposes of the *Old Age Security Act*. Article 11(a) provides:

[3] Règle générale, en vertu des paragraphes 3(2) et 3(3) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, modifiée, une personne qui a résidé au Canada moins de 40 ans après avoir atteint l'âge de 18 ans est admissible à une pension partielle (pension de sécurité de la vieillesse) calculée en divisant le nombre d'années de résidence au Canada par 40. En l'espèce, le demandeur a reconnu que le défendeur a droit à 33/40 de la pleine pension de sécurité de la vieillesse. Toutefois, en vertu de l'article 11a) de l'Accord, si une personne est «assujéti au Régime de pensions du Canada» pendant une période de résidence en Allemagne, cette période est considérée comme une période de résidence au Canada pour l'application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Voici l'article 11a):

ARTICLE 11

ARTICLE 11

For the purposes of the Old Age Security Act of Canada:

Aux fins de la Loi du Canada sur la sécurité de la vieillesse:

(a) if a person, . . . is subject to the Canada Pension Plan . . . during any period of residence in the territory of the Federal Republic of Germany, that period shall be considered as a period of residence in Canada for that person as well as for his spouse and dependants who reside with him and who are not subject to the German legislation regarding mandatory pension coverage;

[4] The respondent became disabled and received a monthly *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, as amended (CPP) disability pension from December 1987 to August 1993 when he turned 65. During this period, he resided in Germany. Before the Review Committee, the respondent's position was that during the period when he was residing in Germany and receiving a CPP disability pension he was "subject to the Canada Pension Plan" and that this time should be counted towards the years of eligibility for calculating his Canadian old age pension even though he was not residing in Canada.

REVIEW COMMITTEE DECISION

[5] A majority of the Review Committee found in favour of the respondent. The reasons of the Review Committee state at page 2:

In the end, a majority of the Tribunal would allow the appeal. Essentially, the majority feels that the words "subject to the Canada Pension Plan" includes those persons making contributions to the Plan, persons on behalf of whom contributions are made by the employer to the Plan, and persons in receipt of disability pensions under the Plan. This would include Dr. Simon. The words "subject to" in the view of the majority, refers to those who are actually connected to the CPP either by way of contributions or by way of receiving benefits from the CPP in circumstances in which they are unable to make contributions. The phrase "subject to" is a broad expression which should not be interpreted as equivalent to the phrase "contributing to".

The minority (the Chairman) found that the term "subject to" must not be considered in isolation and that a person receiving a disability pension and who has no residual nexus to Canada is not "subject to" the CPP:

a) si une personne . . . est assujettie au Régime de pensions du Canada . . . pendant une période de résidence sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne, ladite période est considérée comme une période de résidence au Canada relativement à cette personne, à son conjoint et aux personnes à sa charge qui résident avec elle et qui ne sont pas assujettis à la législation allemande relative à la participation obligatoire à un régime de pension;

[4] Le défendeur est devenu invalide et il a reçu des prestations mensuelles d'invalidité en vertu du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, modifié (RPC) du mois de décembre 1987 au mois d'août 1993, soit jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de 65 ans. Pendant cette période, il a résidé en Allemagne. Devant le Comité de révision, le défendeur a soutenu que, pendant la période où il a résidé en Allemagne et reçu des prestations d'invalidité en vertu du RPC, il était «assujetti au Régime de pensions du Canada» et que cette période aurait dû être imputée à ses années d'admissibilité pour le calcul du montant de sa pension de sécurité de la vieillesse même s'il ne résidait pas au Canada.

LA DÉCISION DU COMITÉ DE RÉVISION

[5] La majorité des membres du Comité de révision ont tiré une conclusion favorable au défendeur. Les motifs du Comité de révision expliquent, à la page 2:

[TRADUCTION] En bout de ligne, la majorité des membres du tribunal accueillent l'appel. Essentiellement, la majorité estime que les termes «assujettie au Régime de pensions du Canada» englobent les personnes qui versent des cotisations au Régime, celles au profit desquelles un employeur verse des cotisations au Régime et les personnes qui reçoivent des prestations d'invalidité en vertu du Régime. Cette définition inclut le D' Simon. De l'avis de la majorité, les mots «assujettie au» renvoient aux personnes qui ont effectivement un lien avec le RPC, du fait soit qu'elles versent des cotisations soit qu'elles reçoivent des prestations du RPC dans une situation où elles sont incapables de verser des cotisations. L'expression «assujettie au» a une portée large et ne doit pas être interprétée comme équivalant à l'expression «cotisant au».

La minorité (le président du Comité) a conclu que l'expression «assujettie au» ne doit pas être considérée isolément et qu'une personne qui reçoit des prestations d'invalidité et qui n'a pas de lien résiduel avec le Canada n'est pas «assujettie au» RPC:

Reading Art. 11(a) in light of the rest of that Article and the Agreement as a whole the dissenting member agrees that, in these circumstances, the meaning of “subject to” must not be considered in isolation. Someone who is only receiving a disability pension and has no residual nexus with Canada is not to be considered subject to the Canada Pension Plan merely because he or she is receiving disability benefits from the Plan.

STANDARD OF REVIEW

[6] At the time of the Review Committee’s decision, subsection 28(1) of the *Old Age Security Act* read:²

28. (1) Where a person is dissatisfied with a decision or determination made under this Act that no pension may be paid to that person or that no supplement may be paid to that person, or respecting the amount of any pension or supplement that may be paid to him, that person may appeal against the decision or determination to a tribunal to be established and conducted in accordance with the regulations, and the decision of the tribunal, subject only to variation by the tribunal on application made to it by that person or the Minister based on evidence not previously considered by it, is final and binding and is not subject to appeal or review by any court. [Emphasis added.]

In *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, Sopinka J. defines a full privative clause at page 905:

A “full” or “true” privative clause is one that declares that decisions of the tribunal are final and conclusive from which no appeal lies and all forms of judicial review are excluded.

Subsection 28(1) of the *Old Age Security Act* is clearly a full privative clause.

[7] At page 904 of *Pasiechnyk* Sopinka J. articulates the standard of review in the case of a full privative clause:

To determine the standard of review, I must first decide whether the subject matter of the decision of the administrative tribunal was subject to a privative clause having full privative effect. If the conclusion is that a full privative clause applies, then the decision of the tribunal is only

[TRADUCTION] À la lecture de l’article 11a) en regard du reste de l’article et de l’Accord dans son ensemble, le membre dissident convient que, dans les circonstances, le sens de l’expression «assujettie au» ne doit pas être considéré isolément. La personne qui reçoit simplement une pension d’invalidité et qui n’a plus de lien résiduel avec le Canada ne peut être considérée comme assujettie au Régime de pensions du Canada simplement parce qu’elle reçoit des prestations d’invalidité du Régime.

LA NORME DE CONTRÔLE

[6] À l’époque de la décision du Comité de révision, le paragraphe 28(1) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* était libellé comme suit²:

28. (1) La personne qui se croit lésée par une décision de refus ou de liquidation de la pension ou du supplément prise en application de la présente loi peut en appeler devant le tribunal prévu à l’alinéa 34n). Obligatoire et définitive, la décision de celui-ci n’est susceptible d’aucun recours, ni par voie d’appel, ni par voie de révision, étant toutefois entendu qu’il peut modifier sa décision à la demande de l’intéressé ou du ministre et sur présentation de nouveaux éléments de preuve. [Non souligné dans l’original.]

Dans l’arrêt *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, le juge Sopinka définit la notion de clause privative intégrale à la page 905:

Une clause privative «intégrale» ou «véritable» est celle qui déclare que les décisions du tribunal administratif sont définitives et péremptoires, qu’elles ne peuvent pas faire l’objet d’un appel et que toute forme de contrôle judiciaire est exclue dans leur cas.

Le paragraphe 28(1) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est manifestement une clause privative intégrale.

[7] À la page 904 de l’arrêt *Pasiechnyk*, le juge Sopinka a énoncé la norme de contrôle à utiliser lorsqu’une clause privative intégrale s’applique:

Pour déterminer la norme de contrôle applicable, je dois d’abord déterminer si l’objet de la décision du tribunal administratif était assujéti à une clause privative ayant un effet privatif intégral. Si je conclus qu’une clause privative intégrale s’applique, la décision du tribunal n’est alors

reviewable if it is patently unreasonable or the tribunal has made an error in the interpretation of a legislative provision limiting the tribunal's powers.

In the present case the Review Committee was not considering a legislative provision limiting its powers. Therefore, the standard of review is patent unreasonableness.

IS THE REVIEW COMMITTEE'S DECISION PATENTLY UNREASONABLE

[8] If a defect in the Review Committee's decision exists, it is not immediately evident on the face of the reasons. However, judicial review for patent unreasonableness may require the Court to look beyond the face of the reasons. As Iacobucci J. states in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at page 777:

The difference between "unreasonable" and "patently unreasonable" lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal's reasons, then the tribunal's decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable. As Cory J. observed in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at p. 963, "[i]n the Shorter Oxford English Dictionary 'patently', an adverb, is defined as 'openly, evidently, clearly'". This is not to say, of course, that judges reviewing a decision on the standard of patent unreasonableness may not examine the record. If the decision under review is sufficiently difficult, then perhaps a great deal of reading and thinking will be required before the judge will be able to grasp the dimensions of the problem. See *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1370, per Gonthier J.; see also *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 47, per Cory J. But once the lines of the problem have come into focus, if the decision is patently unreasonable, then the unreasonableness will be evident.

[9] The issue in this case is whether the words "subject to the Canada Pension Plan" contemplate

susceptible de contrôle que si elle est manifestement déraisonnable ou si le tribunal a commis une erreur dans l'interprétation d'une disposition législative limitant ses pouvoirs.

En l'espèce, le Comité de révision n'a pas interprété une disposition législative limitant ses pouvoirs. En conséquence, la norme de contrôle est celle du caractère manifestement déraisonnable.

LA DÉCISION DU COMITÉ EST-ELLE MANIFESTEMENT DÉRAISONNABLE

[8] Si la décision du Comité de révision comporte une erreur, celle-ci ne ressort pas manifestement à la simple lecture des motifs. Toutefois, le contrôle judiciaire fondé sur le caractère manifestement déraisonnable peut obliger la Cour à poursuivre son examen au-delà de la lecture des motifs. Selon les propos tenus par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, à la page 777:

La différence entre «déraisonnable» et «manifestement déraisonnable» réside dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable. Comme l'a fait observer le juge Cory dans *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, à la p. 963, «[d]ans le Grand Larousse de la langue française, l'adjectif manifeste est ainsi défini: «Se dit d'une chose que l'on ne peut contester, qui est tout à fait évidente». Cela ne veut pas dire, évidemment, que les juges qui contrôlent une décision en regard de la norme du caractère manifestement déraisonnable ne peuvent pas examiner le dossier. Si la décision contrôlée par un juge est assez complexe, il est possible qu'il lui faille faire beaucoup de lecture et de réflexion avant d'être en mesure de saisir toutes les dimensions du problème. Voir *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la p. 1370, juge Gonthier; voir aussi *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, au par. 47, le juge Cory. Mais une fois que les contours du problème sont devenus apparents, si la décision est manifestement déraisonnable, son caractère déraisonnable ressortira.

[9] La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si les termes «assujettie au Régime de pensions

receiving a disability pension under the *Canada Pension Plan*, or whether they are restricted to the making of contributions under the Canada Pension Plan only. Certainly, having regard to the Agreement as a whole, the words “subject to” may well be intended to contemplate only “contributing to” the CPP and not receiving a disability pension under the CPP. In so far as the CPP entitlement is concerned, the Agreement appears to address temporary employment in a country other than Canada when this is required by a Canadian employer. In such circumstances, during the first 60 months of employment outside Canada, the CPP legislation would apply to such employees and the employee would be contributing to the CPP.

[10] However, with respect to entitlement to a pension under the *Old Age Security Act*, it is not clear why the words “contributing to” the CPP or words of similar import were not used in Article 11(a) of the Agreement. I have not been told of any obvious reason why such words could not have been used or why the broader words “subject to” were used instead. The words “employee”, “employment”, “self-employment” are used in Articles 7, 11(b) and 11(c), while the term “person” is used in Article 11(a). This suggests that “subject to” in Article 11(a) may indeed contemplate persons in addition to those who are employed or self-employed and who are contributing to the CPP. The meaning of the words “subject to the Canada Pension Plan” is therefore not obvious.

[11] In the course of argument, I asked respondent’s counsel if a person who elected to receive a CPP retirement pension at age 60 and who was residing in Germany from ages 60 to 65 could be considered to be “subject to the Canada Pension Plan” for the purposes of Article 11(a). It would be surprising, to say the least, that a person who elected to leave Canada and receive an early *Canada Pension Plan* could use his or her years of receipt of that pension while outside of Canada as a credit towards Canadian old age pension entitlement.

du Canada» s’appliquent à la personne qui reçoit une pension d’invalidité en vertu du *Régime de pensions du Canada* ou s’ils se limitent exclusivement à celle qui verse des cotisations au Régime de pensions du Canada. Certes, lorsqu’on examine l’ensemble de l’Accord, les termes «assujettie au» peuvent bien viser uniquement la personne «cotisant au» RPC et non celle qui reçoit une pension d’invalidité en vertu du RPC. En ce qui concerne le droit à pension en vertu du *Régime de pensions du Canada*, l’Accord semble viser le salarié qui travaille temporairement dans un pays autre que le Canada à la demande de son employeur canadien. Dans ce cas, au cours des soixante premiers mois d’emploi à l’extérieur du Canada, le *Régime de pensions du Canada* s’applique à ces travailleurs salariés et ceux-ci cotisent au RPC.

[10] Toutefois, en ce qui a trait au droit à pension en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, on ne sait trop pourquoi les termes «cotisant au» RPC ou des termes ayant la même portée n’ont pas été utilisés dans l’article 11a) de l’Accord. On ne m’a proposé aucune raison évidente pour laquelle ces termes n’auraient pas pu être employés et les termes plus larges «assujettie au» leur ont été préférés. Les mots «travailleur salarié», «emploi» et «emploi autonome» figurent aux articles 7, 11b) et 11c), alors que l’article 11a) contient simplement le terme «personne». Cela laisse croire que l’expression «assujettie au» dans l’article 11a) peut effectivement englober d’autres personnes que celles qui ont un emploi ou un emploi autonome et qui versent des cotisations au RPC. Le sens de l’expression «assujettie au Régime de pensions du Canada» n’est donc pas évident.

[11] Pendant la plaidoirie, j’ai demandé à l’avocat du défendeur si une personne qui a fait le choix de recevoir une pension de retraite du RPC à l’âge de 60 ans et qui réside en Allemagne de l’âge de 60 ans à l’âge de 65 ans pourrait être considérée comme «assujettie au Régime de pensions du Canada» pour l’application de l’article 11a). Il serait à tout le moins surprenant qu’une personne qui a choisi de quitter le Canada et de recevoir une pension de retraite anticipée du RPC puisse imputer les années au cours desquelles elle a reçu cette pension et résidé à l’étranger aux années lui ouvrant droit à une pension de vieillesse du Canada.

[12] However, respondent's counsel has convinced me that a person receiving a CPP disability pension may not be in the same circumstance. He pointed out that a recipient of a CPP disability pension is unable to make contributions to the CPP and this may constitute a material distinction from persons who have elected to receive an early CPP retirement pension and leave Canada.

[13] It is not clear why Article 11(a) uses the terms "person" and "subject to" when words such as "employee" or "self-employed person" and "contributing to" could just as easily have been used had that been the intention. This is not a case in which "once the lines of the problem have come into focus" patent unreasonableness is evident. Therefore, I cannot say that the decision of the majority of the Review Committee in this case is patently unreasonable.

EXCLUSION OF EVIDENCE

[14] However, that does not end the matter. The applicant says that the Review Committee made an error of jurisdiction when it refused to hear evidence that would have assisted in the interpretation of Article 11(a). The applicant relies upon the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, [1980] Can. T.S. No. 37 (the Vienna Convention) to which Canada is a party. The Vienna Convention provides specific rules for the interpretation of treaties, and it was brought to the attention of the Review Committee.

[15] The applicant alleges two errors: that the Review Committee improperly refused to consider evidence of subsequent practice under Article 31(3)(b) of the Vienna Convention; and, that the Review Committee improperly rejected evidence of supplementary means of interpretation under Article 32 of the Vienna Convention.

[16] As to the first alleged error, Article 31(3)(b) of the Vienna Convention states:

[12] Toutefois, l'avocat du défendeur m'a convaincu qu'une personne qui reçoit une pension d'invalidité du RPC ne se trouve peut-être pas dans la même situation. Il a souligné que la personne qui reçoit une pension d'invalidité du RPC n'est pas capable de verser des cotisations au RPC et que cette incapacité peut distinguer de façon déterminante sa situation de celle des personnes qui ont choisi de recevoir une pension de retraite anticipée du RPC et de quitter le Canada.

[13] On ne sait trop pourquoi l'article 11a) utilise les termes «personne» et «assujettie au» alors que des termes comme «travailleur salarié» ou «travailleur autonome» et «cotisant au» auraient tout aussi bien pu être utilisés si telle avait été l'intention du rédacteur de l'Accord. Ce n'est pas un cas dans lequel le caractère manifestement déraisonnable de la décision ressort «une fois que les contours du problème sont devenus apparents». En conséquence, je ne puis affirmer que la décision du Comité de révision rendue à la majorité est manifestement déraisonnable en l'espèce.

EXCLUSION DE LA PREUVE

[14] L'affaire n'est cependant pas réglée pour autant. Le demandeur soutient que le Comité de révision a commis une erreur de compétence en refusant de recevoir une preuve qui l'aurait aidé à interpréter l'article 11a) de l'Accord. Le demandeur s'appuie sur la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, du 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37 (la Convention de Vienne) à laquelle le Canada est partie. La Convention de Vienne établit des règles expresses d'interprétation des traités et elle a été portée à l'attention du Comité de révision.

[15] Le demandeur invoque deux erreurs: le Comité de révision aurait refusé à tort de tenir compte de la pratique ultérieurement suivie prévue à l'article 31(3)(b) de la Convention de Vienne et il aurait rejeté à tort la preuve de moyens complémentaires d'interprétation prévue à l'article 32 de la Convention de Vienne.

[16] Quant à la première erreur alléguée, l'article 31(3)(b) de la Convention de Vienne prévoit:

Article 31

...

3. There shall be taken into account together with the context:

...

- (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

[17] The Review Committee did admit Canada's evidence with respect to subsequent practice. However, it then ruled that it would not consider the subsequent practice evidence because the issue before it was whether or not this practice complied with Article 11(a) of the Agreement. The Review Committee's reasons state:

Counsel for the Minister also argued that the Tribunal ought to consider the subsequent practice to the signing of the Agreement between the two governments. She argued that the practice of the Minister was not to consider a person receiving disability benefits but not resident in Canada as "subject to the Canada Pension Plan". We all agreed that we cannot exceed [*sic*] to that argument. This is the first appeal relating to the meaning of Art. 11 and the question under appeal is whether or not the Minister's practice is correct.

[18] The evidence heard but not considered by the Review Committee is summarized in the affidavit of Diane Cormier:

I did testify that since the coming into force of the agreement, the word "subject to the *Canada Pension Plan*" in Article 11 had consistently been interpreted to mean "contributing to the *Canada Pension Plan*" and had never been contested by Germany or any other claimant. I further stated that no other country or claimant had ever challenged Canada's interpretation of the like provision found in virtually all other social security agreements concluded by Canada. Since the time of the hearing no such challenges have been made.

[19] The Review Committee was correct not to consider the evidence but not for the reason given by it. Contrary to the Review Committee's reason, which suggests that it should not consider evidence of subsequent practice at all, it is mandatory under

Article 31

...

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:

...

- b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;

[17] Le Comité de révision a reçu la preuve produite par le Canada concernant la pratique ultérieurement suivie. Toutefois, il a décidé de ne pas tenir compte de la preuve de la pratique ultérieurement suivie parce que la question qu'il devait trancher était celle de savoir si cette pratique était conforme ou non à l'article 11a) de l'Accord. Voici les motifs prononcés par le Comité de révision à cet égard:

[TRADUCTION] L'avocate du ministre a également prétendu que le Tribunal aurait dû prendre en compte la pratique ultérieure à la signature de l'Accord entre les deux gouvernements. Elle a fait valoir que la pratique du ministre consistait à ne pas considérer une personne qui reçoit des prestations d'invalidité, mais qui ne réside pas au Canada, comme «assujettie au Régime de pensions du Canada». Nous sommes tous d'accord pour dire que nous ne pouvons pas retenir cet argument. Il s'agit du premier appel portant sur le sens de l'article 11 et la question à trancher est celle de savoir si la pratique du ministre est régulière ou non.

[18] La preuve que le Comité de révision a reçue, mais dont il n'a pas tenu compte, est résumée dans l'affidavit de Diane Cormier:

[TRADUCTION] J'ai précisé dans mon témoignage que, depuis l'entrée en vigueur de l'accord, l'expression «assujettie au Régime de pensions du Canada» figurant à l'article 11 a été interprétée, de façon constante, comme signifiant «cotisant au Régime de pensions du Canada» et n'a donné lieu à aucune contestation de la part de l'Allemagne ou d'une autre personne. J'ai aussi souligné qu'aucun autre pays ni aucune autre personne n'a déjà contesté l'interprétation donnée par le Canada de la disposition semblable que l'on trouve dans pratiquement tous les accords sur la sécurité sociale conclus par le Canada. Depuis l'audition, aucune contestation n'a été formulée.

[19] Le Comité de révision a eu raison de ne pas considérer la preuve, mais pas pour le bon motif. Contrairement à ce que le Comité de révision a affirmé dans ses motifs, et qui laisse croire qu'il ne doit tenir aucun compte de la preuve de la pratique

Article 31(3)(b) of the Vienna Convention for a tribunal to admit and take into account evidence of subsequent practice if such evidence helps to establish the agreement of the parties regarding interpretation of a treaty.

[20] The applicant argues that evidence of Canada's practice in applying Article 11(a) and similar provisions in other international agreements establishes Canada's intended interpretation of the provision and that it may be inferred that Germany accepts this interpretation because Germany has not objected to Canada's practice.

[21] However, the evidence that the applicant sought to introduce does not help to establish the agreement of the parties regarding the interpretation of Article 11(a) of the Agreement. First, the fact that "no other country or claimant had ever challenged Canada's interpretation of the like provision found in virtually all other social security agreements concluded by Canada" is not evidence establishing any agreement between Canada and Germany. Even if other countries had expressly agreed with Canada's practice respecting the interpretation of such provisions, it is conceivable that Germany holds a different opinion.

[22] Second, counsel for the applicant submits that the absence of complaint indicates Germany's implicit agreement with Canada's position. I do not agree. Clearly an express affirmation of or objection to Canada's practice by Germany would resolve the question one way or the other. However, I do not know whether the absence of complaint by Germany is because no one ever asked Germany to become involved, or whether Germany chose not to become involved. It is not clear, in the face of Germany's silence, whether Germany is even cognizant of Canada's practice. The absence of complaint by Germany is simply inconclusive.

[23] As a result, I must conclude that the evidence of Canada's unilateral subsequent practice pursuant to

ultérieurement suivie, l'article 31(3)(b) de la Convention de Vienne oblige un tribunal à recevoir et à prendre en compte la preuve d'une pratique ultérieurement suivie si cette preuve aide à établir l'accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité.

[20] Le demandeur soutient que la preuve relative à la pratique suivie par le Canada quant à l'application de l'article 11a) et des dispositions semblables figurant dans d'autres accords internationaux établit l'interprétation que le Canada entend donner à cette disposition et qu'il est possible d'en déduire que l'Allemagne accepte cette interprétation puisqu'elle ne s'est pas opposée à cette pratique du Canada.

[21] Néanmoins, la preuve que le demandeur a tenté de produire n'est d'aucun secours pour établir l'accord des parties à l'égard de l'interprétation de l'article 11a) de l'Accord. Premièrement, le fait «qu'aucun autre pays ni aucune autre personne n'a déjà contesté l'interprétation donnée par le Canada de la disposition semblable que l'on trouve dans pratiquement tous les accords sur la sécurité sociale conclus par le Canada» ne constitue pas une preuve établissant un accord entre le Canada et l'Allemagne. Même si d'autres pays avaient exprimé expressément leur accord relativement à la pratique suivie par le Canada quant à l'interprétation de cette disposition, il est plausible que l'Allemagne ne partage pas leur opinion.

[22] Deuxièmement, l'avocat du demandeur soutient que l'absence de plainte témoigne de l'approbation implicite du point de vue canadien par l'Allemagne. Je ne partage pas cet avis. Certes, l'approbation ou l'opposition expresse manifestée par l'Allemagne à l'égard de cette pratique résoudrait la question, dans un sens ou dans l'autre. Toutefois, je ne sais pas si l'absence de plainte de la part de l'Allemagne découle du fait que personne ne lui a jamais demandé de s'engager ou de son choix de ne pas s'engager. Il n'est pas évident, compte tenu du silence de l'Allemagne, que ce pays est même au courant de la pratique canadienne. L'absence de plainte de la part de l'Allemagne n'a tout simplement aucune force probante.

[23] En conséquence, je dois conclure que la preuve de la pratique ultérieure unilatérale du Canada sous le

Article 11(a) is not evidence that “establishes the agreement of the parties regarding its interpretation” (emphasis added) but is merely a self-serving attempt to persuade the Court to accept the applicant’s unilateral interpretation. The Review Committee did not err in not considering this evidence.

[24] The second alleged error relates to the Review Committee’s rejection of “supplementary means of interpretation”, which the applicant submits is admissible under Article 32 of the Vienna Convention:

Article 32

...

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

[25] In respect of this second alleged error, the Review Committee stated:

Counsel called Ms. D. Cormier, International Social Security Policy Officer in the Division of International Benefits and Foreign Affairs, an experienced and articulate civil servant to give evidence about the history of the Agreement and the Government’s practice in relation to the Agreement. After argument by counsel, the Chair of the Tribunal decided that Mr.[sic] Cormier could not give evidence as to the meaning of the words in question since that was the job of the Tribunal.

[26] The “supplementary means of interpretation” which the Review Committee refused to admit and consider was an internal Government of Canada memorandum dated June 29, 1983 which indicates that a provision similar to Article 11(a) of the Agreement was a standard feature of all social security agreements between Canada and other countries. The memorandum states in part:

régime de l’article 11a) ne constitue pas une preuve par laquelle «est établi l’accord des parties à l’égard de l’interprétation» de cette disposition (non souligné dans l’original), mais simplement une preuve intéressée proposée pour convaincre la Cour de reconnaître l’interprétation unilatérale privilégiée par le demandeur. Le Comité de révision n’a pas commis d’erreur en ne tenant pas compte de cette preuve.

[24] La deuxième erreur invoquée tient au fait que le Comité de révision a rejeté des «moyens complémentaires d’interprétation» que le demandeur prétend admissibles en vertu de l’article 32 de la Convention de Vienne:

Article 32

...

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d’interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l’application de l’article 31, soit de déterminer le sens lorsque l’interprétation donnée conformément à l’article 31:

- a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

[25] En ce qui a trait à cette deuxième erreur alléguée, le Comité de révision a déclaré:

[TRADUCTION] L’avocat a appelé M^{me} D. Cormier, agente des politiques de sécurité sociale de la Division des prestations internationales et des affaires étrangères, une fonctionnaire expérimentée et éloquente, à témoigner sur l’historique de l’Accord et sur la pratique suivie par le gouvernement relativement à l’Accord. Après la plaidoirie de l’avocat, le président du tribunal a décidé que M^{me} Cormier ne pouvait pas témoigner quant à la signification des termes en cause car c’est au tribunal qu’il incombait de se prononcer à cet égard.

[26] Les «moyens complémentaires d’interprétation» que le Comité de révision a refusé de recevoir et d’examiner consistaient en une note de service interne du gouvernement du Canada, datée du 29 juin 1983, indiquant qu’une disposition semblable à l’article 11a) de l’Accord constituait une caractéristique type de tous les accords sur la sécurité sociale entre le Canada et d’autres pays. Voici un extrait de cette note de service:

It has been our policy to include as a standard feature of all of our social security agreements a provision which links periods of contributions to the Canada Pension Plan (or to a comprehensive pension plan of a province) with periods of residence for purposes of the Old Age Security Act. The objective has been to ensure that a person who is covered by the CPP while residing outside of Canada will be covered by both components of our public pension system. Thus, those periods of CPP coverage are deemed to be periods of residence in Canada for OAS purposes; . . . Conversely, we have wanted to ensure that someone residing in Canada but contributing to another country's social security system (and hence not the CPP) would not have those periods considered as periods of residence for OAS purposes.

[27] The memorandum also indicates that the OAS/ CPP link is exclusively a matter of domestic Canadian policy:

However, I seriously question whether this provision should be part of our agreements or rather whether it would be more appropriate to incorporate it in the Old Age Security Regulations. The OAS/ CPP link is, after all, exclusively a matter of domestic Canadian policy which is not effectively negotiable since it does not have reciprocal application. Other countries inevitably seem to have difficulty understanding the reason for the article, and at least half a day is always spent discussing it. Through a change in the Regulations, the link we seek to establish between CPP and OAS coverage would flow as a consequence of having concluded an agreement. Putting the provision in the regulations would simplify the job of negotiating agreements and, more significantly, would locate the provisions where it properly belongs, given its domestic nature.

[28] Applicant's counsel says the Review Committee was bound to apply Article 32 of the Vienna Convention and, had it done so, it would not have excluded the memorandum. Counsel submits that the memorandum is relevant to the interpretation of Article 11(a) of the Agreement because it establishes that Canada intended that periods of contribution to the CPP be linked with periods of residence under the *Old Age Security Act*.

[29] The Review Committee was correct to exclude this evidence, but again it did so for the wrong

[TRANSLATION] Nous avons pour politique d'inclure typiquement dans tous nos accords sur la sécurité sociale une disposition qui établit un lien entre les périodes de cotisation au Régime de pensions du Canada (ou à un régime général de pensions d'une province) et les périodes de résidence pour l'application de la Loi sur la sécurité de la vieillesse. Notre objectif consiste à garantir qu'une personne qui participe au RPC pendant qu'elle réside à l'extérieur du Canada participera aux deux composantes de notre régime de pension de l'État. Ainsi, ces périodes de participation au RPC sont réputées constituer des périodes de résidence au Canada aux fins de la sécurité de la vieillesse; . . . À l'inverse, nous voulions nous assurer qu'à l'égard d'une personne qui réside au Canada, mais qui cotise au régime de sécurité sociale d'un autre pays (et donc pas au RPC), ces périodes ne soient pas considérées comme des périodes de résidence aux fins de la sécurité de la vieillesse.

[27] La note de service indique en outre que le lien entre le RPC et la sécurité de la vieillesse constitue exclusivement une question de politique interne canadienne:

[TRANSLATION] Toutefois, je me demande sérieusement si cette disposition devrait faire partie de nos accords ou si elle ne devrait pas plutôt être intégrée au Règlement sur la sécurité sociale. Le lien entre le RPC et la sécurité de la vieillesse constitue, somme toute, exclusivement une question de politique interne canadienne qui ne peut réellement faire l'objet de négociations car elle n'a pas d'application réciproque. Les autres pays semblent inévitablement avoir de la difficulté à comprendre la raison d'être de cet article, et il faut toujours y consacrer au moins une demi-journée de discussion. Si on modifiait la réglementation, le lien que nous voulons établir entre le RPC et la sécurité de la vieillesse découlerait de la conclusion d'un accord. En intégrant cette disposition au règlement, on simplifierait la négociation des accords et, ce qui est plus important, on la replacerait dans le cadre qui lui convient, compte tenu de sa nature nationale.

[28] L'avocat du demandeur affirme que le Comité de révision était tenu d'appliquer l'article 32 de la Convention de Vienne et que, s'il l'avait fait, il n'aurait pas exclu la note de service. L'avocat prétend que la note de service est pertinente quant à l'interprétation de l'article 11a) de l'Accord parce qu'elle établit que le Canada voulait que les périodes de cotisation au RPC soient liées aux périodes de résidence pour l'application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*.

[29] Le Comité de révision a eu raison d'exclure cette preuve, mais une fois encore, il ne s'est pas

reasons. The Review Committee seems to have thought that extrinsic evidence to assist in determining the meaning of the agreement is categorically not admissible. However, if such evidence comes within Article 32 of the Vienna Convention, the Review Committee has the discretion to admit it.

[30] It is implicit in Article 32 that the supplementary means of interpretation contemplated therein are those means of interpretation that help to disclose the parties' intended interpretation of the provision in question. These supplementary means of interpretation would be analogous to extrinsic evidence that is sometimes admitted to assist in the interpretation of an ambiguous contract.

[31] In this case, it is clear that Germany agreed to the words "subject to the Canada Pension Plan" in Article 11(a) of the Agreement. What is not clear, and what Canada attempted to demonstrate to the Review Committee through the use of "supplementary means of interpretation", is that Germany acceded to Canada's preferred interpretation of Article 11(a), i.e. that the words "subject to" were to be interpreted to mean "contributing to".

[32] As with the evidence of "subsequent practice" considered above, the 1983 memorandum is at best an expression of Canada's intended interpretation of Article 11(a). Indeed, the memorandum expressly points out that the OAS/CPP link is "exclusively a matter of Canadian domestic policy which is not effectively negotiable". Evidence showing that Germany knew of and acceded to the interpretation advanced by Canada, would indeed be of assistance in interpreting the Agreement. However, evidence of Canada's unilateral intention does not assist the Court in determining what interpretation the parties actually agreed to. A similar observation is made by Strayer J.A. in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 49 (C.A.), at page 60:

appuyé sur les motifs qui convenaient. Le Comité de révision semble avoir cru que le tribunal ne peut absolument pas recevoir une preuve extrinsèque pour l'aider à établir le sens de l'Accord. Or, si cette preuve satisfait aux exigences de l'article 32 de la Convention de Vienne, le Comité de révision a le pouvoir discrétionnaire de la recevoir.

[30] Il est implicite dans l'article 32 que les moyens complémentaires d'interprétation visés sont ceux qui contribuent à mettre au jour l'interprétation que les parties ont voulu donner à la disposition en cause. Ces moyens complémentaires d'interprétation seraient analogues à la preuve extrinsèque qui est parfois admise pour faciliter l'interprétation d'un contrat ambigu.

[31] En l'espèce, il est clair que l'Allemagne a donné son accord à l'utilisation des termes «assujettie au Régime de pensions du Canada» à l'article 11a) de l'Accord. Ce qui n'est pas clair, et ce que le Canada a tenté de démontrer au Comité de révision par l'utilisation de «moyens complémentaires d'interprétation», c'est l'acquiescement de l'Allemagne à l'interprétation de l'article 11a) que privilégie le Canada, c'est-à-dire au fait que les termes «assujettie au» doivent être interprétés comme signifiant «cotisant au».

[32] Tout comme en ce qui concerne la preuve de la «pratique ultérieurement suivie» dont il a déjà été question, la note de service de 1983 constitue tout au plus une expression de l'interprétation que le Canada entend donner de l'article 11a). En effet, cette note de service souligne expressément que le lien entre la sécurité de la vieillesse et le RPC constitue «exclusivement une question de politique interne canadienne qui ne peut réellement faire l'objet de négociations». La preuve établissant que l'Allemagne connaissait et acceptait l'interprétation proposée par le Canada serait effectivement utile pour l'interprétation de l'Accord. Cependant, la preuve de l'intention unilatérale du Canada n'est d'aucun secours à la Cour qui doit déterminer l'interprétation à laquelle les parties ont effectivement donné leur accord. Le juge Strayer, J.C.A. a formulé une remarque semblable dans l'arrêt

... it is hazardous to assume that the meaning attributed to a text by one or two delegations in a multilateral international negotiation necessarily reflects the collective intention, if indeed there was a common intention.

Even if the evidence made Canada's intention very clear, it is not apparent that Germany was aware of this intention and it is therefore not possible to determine what Germany's view was with respect to the interpretation of this provision. The Court is being asked to assume that Germany acceded to Canada's intended interpretation. The connection between the memorandum said to establish Canada's intended interpretation and any agreement actually reached by the parties as to interpretation is simply speculative.

[33] Nonetheless, the applicant's position appears to be that because Article 11(a) is only relevant to Canada, and because Germany agreed to the words of the provision knowing that it only concerned Canada's domestic policy, evidence of Canada's unilateral interpretation of the provision falls within Article 32 because it is evidence of the only interested party's intention.

[34] This case is indeed unusual in that Article 11(a), albeit a provision in the Agreement, does not affect both parties; it only affects the Government of Canada and persons living in Germany who may be entitled to a pension under Canada's *Old Age Security Act*. The 1983 memorandum states that provisions like Article 11(a) are "exclusively a matter of Canadian domestic policy which is not effectively negotiable since it does not have reciprocal application". It certainly appears that Germany would have little or no interest in the provision.

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1996] 2 C.F. 49 (C.A.), à la page 60:

... il est risqué de présumer que le sens qu'attribuent à un texte une ou deux délégations dans le cadre d'une négociation internationale multilatérale reflète nécessairement l'intention du groupe tout entier, si tant est qu'il existait effectivement une intention commune.

Même si la preuve établissait très clairement l'intention du Canada, il n'est pas manifeste que l'Allemagne connaissait cette intention et il n'est donc pas possible de déterminer quel était le point de vue de l'Allemagne à l'égard de l'interprétation de cette disposition. On demande à la Cour de tenir pour acquis que l'Allemagne souscrivait à l'interprétation voulue par le Canada. Le lien entre la note de service qui établirait l'interprétation voulue par le Canada et tout accord effectivement intervenu entre les parties à l'égard de l'interprétation de cette disposition relève de la pure conjecture.

[33] Néanmoins, il semble que le demandeur souligne que l'article 11a) n'est pertinent qu'à l'égard du Canada, et que l'Allemagne a donné son accord au libellé de cette disposition en sachant qu'elle concernait uniquement la politique interne du Canada, pour avancer que la preuve de l'interprétation unilatérale donnée par la Canada à cette disposition satisfait aux conditions d'application de l'article 32, parce qu'elle établit l'intention de l'unique partie intéressée.

[34] L'affaire dont la Cour est saisie est effectivement inhabituelle car l'article 11a), bien qu'il fasse partie de l'Accord, ne touche pas les deux parties; il n'a d'incidence que sur le gouvernement du Canada et sur les personnes qui vivent en Allemagne et qui peuvent avoir droit à une pension en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* du Canada. La note de service de 1983 précise qu'une disposition comme l'article 11a) constitue «exclusivement une question de politique interne canadienne qui ne peut réellement faire l'objet de négociations car elle n'a pas d'application réciproque». Il est certes manifeste que cette disposition n'a qu'un intérêt limité, voire inexistant pour l'Allemagne.

[35] However, even if Germany knew that Article 11(a) related exclusively to Canada's domestic policy and held no opinion with respect to its interpretation, this would still not mean that Germany agreed to Canada's preferred interpretation of the provision. Evidence purporting to establish Canada's unilateral interpretation, however persuasive, simply does not relate to any consensus that might have been reached by the parties respecting the interpretation of the provision and cannot, therefore, be used as a substitute for evidence of the parties' mutual intention.

[36] In addition, the evidence itself is not of assistance in determining whether it is only periods of contribution to the CPP that are to be credited as periods of residence for purposes of the *Old Age Security Act*. While the memorandum refers to "periods of contribution", there is no indication that this means periods of contribution to the exclusion of anything else. In other words, it does not address the question at issue here, i.e. whether periods of receipt of disability pension under the CPP in a foreign country should also count as periods of residence in Canada for *Old Age Security Act* purposes.

[37] The memorandum does not assist in the interpretation of Article 11(a) of the Agreement and the Review Committee did not err in not having regard to it.

INTEREST

[38] The Review Committee's decision recommended that the respondent recover interest from the Minister on retroactive benefits. The applicant challenged the Review Committee's jurisdiction to award interest. However, the respondent conceded that the Review Committee's decision was a recommendation to the Minister to pay interest and not a binding award or direction to the Minister to pay. This jurisdictional question does not arise from the Review Committee's decision.

[35] Toutefois, même si l'Allemagne savait que l'article 11a) concernait exclusivement la politique interne du Canada et ne s'était pas formé d'opinion à l'égard de son interprétation, cela ne signifierait pas pour autant que l'Allemagne a donné son accord à l'interprétation de cette disposition que privilégie le Canada. La preuve visant à établir l'interprétation unilatérale du Canada, si convaincante soit-elle, ne porte tout simplement pas sur un consensus auquel seraient parvenues les parties concernant l'interprétation de la disposition en cause et ne peut donc pas être utilisée pour remplacer la preuve de l'intention mutuelle des parties.

[36] En outre, la preuve elle-même n'est pas utile pour déterminer si ce ne sont que les périodes de cotisation au RPC qui doivent être imputées comme des périodes de résidence pour l'application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Bien que la note de service mentionne les «périodes de cotisation», rien n'indique qu'il s'agit des périodes de cotisation, à l'exclusion de toutes autres. En d'autres termes, elle ne traite pas de la question en litige en l'espèce, soit celle de savoir si les périodes pendant lesquelles une personne reçoit des prestations d'invalidité en vertu du RPC à l'extérieur du Canada doivent aussi être imputées comme périodes de résidence au Canada pour l'application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*.

[37] La note de service n'est pas utile pour l'interprétation de l'article 11a) de l'Accord et le Comité de révision n'a pas commis d'erreur en n'en tenant pas compte.

INTÉRÊTS

[38] La décision du Comité de révision recommandait que le défendeur reçoive des intérêts sur les prestations rétroactives versées par le ministre. Le demandeur a contesté la compétence du Comité de révision pour ordonner le paiement d'intérêts. Le défendeur a toutefois reconnu que la décision du Comité de révision ne constituait qu'une recommandation faite au ministre de verser des intérêts et non un ordre exécutoire adressé à celui-ci. La décision du Comité de révision ne soulève pas cette question de compétence.

CONCLUSION

[39] The Review Committee made no reviewable error in its disposition of this matter. The judicial review is therefore dismissed.

[40] The respondent seeks costs on the grounds of special reasons: that this is a test case. Counsel for the Minister represented to the Court that this is not a test case. I have no other evidence that contradicts the assertion of counsel for the Minister. In the circumstances, there will be no award of costs.

¹ C.R.C., c. 1246, s. 31 (repealed by SOR/96-521, s. 18) in force January 1, 1997.

² The scheme of the *Old Age Security Act* has been amended. S.C. 1995, c. 33 [s. 16], in force January 1, 1997 (SI/96-105) provides that a claimant must now request a reconsideration by the Minister before appealing to a Review Tribunal under s. 82(1) [as am. by S.C. 1995, c. 33, s. 35] of the *Canada Pension Plan*.

CONCLUSION

[39] Le Comité de révision n'a commis aucune erreur pouvant donner lieu au contrôle judiciaire en rendant la décision dont la Cour est saisie. La demande de contrôle judiciaire est donc rejetée.

[40] Le défendeur demande les dépens en invoquant l'existence de raisons spéciales: il affirme que l'affaire serait une cause type. L'avocat du ministre a soutenu devant la Cour qu'il ne s'agit pas d'une cause type. Je ne dispose d'aucune autre preuve qui contredirait l'affirmation de l'avocat du ministre. Dans les circonstances, il n'y aura pas d'adjudication des dépens.

¹ C.R.C., ch. 1246, art. 31 (abrogé par DORS/96-521, art. 18) entré en vigueur le 1^{er} janvier 1997.

² Le régime de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* a été modifié. Le chapitre 33 [art. 16] des L.C. 1995, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1997 (TR/96-105) prévoit qu'un prestataire doit maintenant demander au ministre de réviser sa décision avant d'interjeter appel devant un tribunal de révision en vertu de l'art. 82(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 33, art. 35] du *Régime de pensions du Canada*.

A-20-96

A-20-96

Marwan Youssef Thabet (*Appellant*)**Marwan Youssef Thabet** (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*intimé*)**INDEXED AS: THABET v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: THABET c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Linden, McDonald J.J.A. and Henry D.J.—Toronto, March 2; Ottawa, May 11, 1998.

Cour d'appel, juges Linden et McDonald, J.C.A., et juge suppléant Henry—Toronto, 2 mars; Ottawa, 11 mai 1998.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — How stateless person habitually residing in more than one country may establish claim for Convention refugee status — Appellant, stateless Palestinian, lived in Kuwait and U.S.A. before applying for refugee status in Canada — Whether claim must be established in respect of all countries of habitual residence — Persecuted persons not having absolute right to demand protection by Canada: Canada (Attorney General) v. Ward — Claim to refugee status not to be resorted to unless all other possibilities exhausted — Person not refugee solely by virtue of statelessness — Test to be applied as to which country relevant to determination of claim: any country plus Ward factor — Immigration and Refugee Board asking appropriate question as to why applicant denied entry to Kuwait, country of former habitual residence.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Comment une personne apatride qui a résidé de façon habituelle dans plus d'un pays peut-elle établir le bien-fondé de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention? — L'appellant, un Palestinien apatride, a vécu au Koweït et aux E.U. avant de revendiquer le statut de réfugié au Canada — Le bien-fondé de la revendication doit-il être établi au regard de tous les pays de résidence habituelle? — Les personnes persécutées n'ont pas le droit absolu de se réclamer de la protection du Canada: Canada (Procureur général) c. Ward — La personne persécutée ne peut revendiquer le statut de réfugié si elle n'a pas épuisé toutes les autres solutions qui s'offrent à elle — Une personne n'est pas un réfugié du seul fait qu'elle est apatride — Critère à appliquer pour déterminer au regard de quel pays le bien-fondé de la revendication doit être établi: l'un ou l'autre des pays, en tenant compte de l'arrêt Ward — La Commission de l'immigration et du statut de réfugié s'est posé la bonne question en se demandant pourquoi l'appellant ne pouvait retourner au Koweït, son pays de résidence habituelle.

This was an appeal from a Trial Division decision dismissing an application for judicial review of a decision by the Immigration and Refugee Board that the appellant was not a Convention refugee because he had not made out his fear of persecution in either of his two countries of former habitual residence. The appellant, a stateless Palestinian, was born in Kuwait and lived there on a residency permit sponsored by his father until he moved to the United States where he obtained an engineering degree. After his application for asylum in the United States was rejected, he came to Canada where he applied for refugee status. The Board found that both Kuwait and the U.S.A. were countries of former habitual residence and that the appellant had failed to demonstrate a well-founded fear of persecution against both. On appeal, the Trial Judge ruled that the Board erred in not asking itself whether the denial of a right to return to Kuwait was in itself an act of persecution, and in stating that the applicant must establish his claim by reference to each country of former habitual

Il s'agissait de l'appel d'une décision par laquelle la Section de première instance avait rejeté la demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui avait conclu que l'appellant n'était pas un réfugié au sens de la Convention parce qu'il n'avait pas prouvé sa crainte d'être persécuté dans l'un ou l'autre de ses pays de résidence habituelle. L'appellant, un Palestinien apatride, est né au Koweït, où il a vécu grâce à un permis de résidence parrainé par son père jusqu'à ce qu'il aille étudier aux États-Unis, où il a obtenu un diplôme en génie. Après le rejet de la demande d'asile qu'il avait déposée aux États-Unis, il est venu au Canada, où il a revendiqué le statut de réfugié. La Commission a conclu que l'appellant avait deux pays de résidence habituelle, soit le Koweït et les États-Unis, et qu'il avait omis d'établir qu'il avait une crainte bien fondée d'être persécuté dans ces deux pays. Le juge de première instance a conclu que la Commission avait commis une erreur en ne se demandant pas si la négation du droit de retour au Koweït constituait en soi un

residence. Instead, he found that the latter had to establish his claim by reference to the last country of former habitual residence. The issue herein, as reflected by the question certified by the Trial Judge, was how a stateless person, who has habitually resided in more than one country, may establish his claim for Convention refugee status.

Held, the appeal should be dismissed.

Although Canada is a signatory to the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, its obligation to victims of persecution is not unqualified. Not every persecuted person has an absolute right to come to Canada and demand its protection, as that point was made clear by the Supreme Court of Canada in *Canada (Attorney General) v. Ward*. The claim to refugee status should not be resorted to unless all other possibilities have been exhausted. Where a person does fear persecution in some state, but subsequently acquires the right to protection from that persecution in a second state, that person ceases to be a refugee. The Convention is meant to apply to those people who are without protection. Because someone is persecuted somewhere does not mean that he is automatically granted refugee status. There is no question that stateless persons may qualify as refugees; however, people are not refugees solely by virtue of their statelessness. They must still bring themselves within the terms of the definition set forth in the Convention and comply with those other sections of the *Immigration Act* which restrict access to the refugee determination process. Statelessness does not give a person an advantage over refugees who are not stateless.

There are four possible answers to the question as to which countries are relevant to the determination of a claim where a stateless person has habitually resided in more than one country. The first possibility is the last country of former habitual residence. This approach has a certain linguistic and logical coherence and is easy to administer, but is not the best solution. Its main flaw is that it leaves open the possibility that a person may be returned to a persecuting state, which is not in keeping with the intent of international refugee law and could put Canada in contravention of Article 33 of the Convention. The country relevant for the determination of a refugee claim could also be the first country of former habitual residence where the claimant faced persecution. This view suggests that a person becomes a refugee when he faces persecution and remains a refugee so long as the threat of that persecution persists in the original country. But the question is not whether

acte de persécution, et en déclarant que le demandeur devait établir le bien-fondé de sa revendication au regard de chacun de ses pays de résidence habituelle. Il a plutôt conclu que ce dernier devait établir le bien-fondé de sa revendication au regard de son dernier pays de résidence habituelle. La question à trancher en l'espèce, telle qu'elle ressortait de la question certifiée par le juge de première instance, était de savoir comment une personne apatride qui a résidé de façon habituelle dans plus d'un pays peut établir le bien-fondé de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Bien que le Canada soit signataire de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, son obligation envers les personnes qui sont victimes de persécution n'est pas illimitée. Chaque personne persécutée n'a pas le droit absolu de venir au Canada et de se réclamer de sa protection, comme l'a reconnu clairement la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*. La personne persécutée ne peut revendiquer le statut de réfugié si elle n'a pas épuisée toutes les autres solutions qui s'offrent à elle. Lorsqu'une personne craint d'être persécutée dans un État, mais acquiert par la suite le droit d'être protégée contre cette persécution dans un deuxième État, elle n'est plus un réfugié. La Convention est conçue pour s'appliquer aux personnes qui ne peuvent être protégées. Le fait qu'une personne soit persécutée quelque part ne signifie pas que le statut de réfugié lui est automatiquement reconnu. Il ne fait aucun doute que les personnes apatrides peuvent être reconnues comme des réfugiés; toutefois, une personne n'est pas un réfugié du seul fait qu'elle est apatride. Il faut encore qu'elle réponde à la définition énoncée dans la Convention et qu'elle satisfasse aux conditions fixées par les autres dispositions de la *Loi sur l'immigration* qui restreignent l'accès au processus de reconnaissance du statut de réfugié. Le fait qu'une personne soit apatride ne lui confère aucun avantage par rapport aux réfugiés qui ne sont pas apatrides.

Lorsqu'une personne apatride a résidé habituellement dans plus d'un pays, il existe quatre réponses possibles à la question de savoir lequel de ces pays est pertinent aux fins de sa revendication. La première réponse possible est son dernier pays de résidence habituelle. Bien que ce raisonnement ait une certaine cohérence sur le plan de la linguistique et de la logique et qu'il soit facile à appliquer, il ne constitue pas la meilleure solution. Sa principale lacune réside dans le fait qu'il n'écarte pas la possibilité qu'une personne soit retournée dans un État coupable de persécution; ce résultat est incompatible avec l'esprit du droit international en matière de réfugiés et susceptible d'entraîner la violation de l'article 33 de la Convention par le Canada. Le pays pertinent aux fins de la revendication du statut de réfugié pourrait également être le premier pays de résidence habituelle où le revendicateur a été exposé à la persécution. Cette hypothèse laisse croire qu'une personne devient un

someone faces persecution, but whether the claimant can be protected from that persecution. The latter must also show that he is without a safe alternative. This second option fails to address this point and, therefore, is deficient. The third option, which requires that a claimant establish a claim against all countries of former habitual residence, suggests that only states to which claimants are formally returnable should be relevant. This approach is not entirely satisfactory since it is unclear what is meant by "formally returnable". The fourth option is that a claimant need only establish a fear of persecution with respect to any country of former habitual residence. This option is also not entirely satisfactory as it pays insufficient attention to the requirement that a stateless person, like other refugee claimants, must establish unwillingness or inability to avail himself of the protection of places of former habitual residence. The test to be applied is a variation of the "any country" solution, that is any country plus the *Ward* factor. Where a claimant has been resident in more than one country, it is not necessary to prove that there was persecution at the hands of all those countries; but it is necessary to demonstrate that one country was guilty of persecution and that the claimant is unable or unwilling to return to any of the states where he formerly habitually resided. Stateless people should be treated as analogously as possible with those who have more than one nationality. Canada has no obligation to receive refugees if an alternate and viable haven is available elsewhere. The certified question was answered as follows: In order to be found to be a Convention refugee, a stateless person must show that, on a balance of probabilities, he or she would suffer persecution in any country of former habitual residence, and that he or she cannot return to any of his or her other countries of former habitual residence.

The Trial Judge found that the Board erred by not asking itself whether the denial of the appellant's right to return to Kuwait was in itself an act of persecution. The Board did address the question as to why the appellant was unable to return to Kuwait: he lacked a valid residency permit. This satisfied the requirement that the Board inquire into the reasons for denial of entry into one's country of former habitual residence.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Convention Refugee Determination Rules, SOR/93-45, R. 14(3).

réfugié lorsqu'elle est exposée à la persécution et qu'elle demeure un réfugié tant que la menace de cette persécution persiste dans son pays d'origine. Or, la question n'est pas celle de savoir si une personne est exposée à la persécution, mais plutôt de savoir si le revendicateur peut être protégé contre cette persécution. Ce dernier doit en outre démontrer qu'aucune autre solution sécuritaire ne s'offre à lui. Cette deuxième solution ne répond pas à cette question et comporte donc des lacunes. La troisième solution, qui exige que le revendicateur établisse le bien-fondé de sa revendication au regard de tous ses pays de résidence habituelle, laisse entendre que l'on ne doit tenir compte que des États dans lesquels le revendicateur peut légalement être retourné. Ce raisonnement n'est pas entièrement satisfaisant vu que l'on ne sait pas vraiment ce que l'on entend par «pays dans lesquels il peut légalement être renvoyé». La quatrième solution fait en sorte que le revendicateur doit prouver sa crainte d'être persécuté seulement au regard de l'un ou de l'autre de ses pays de résidence habituelle. Cette solution n'est pas non plus entièrement satisfaisante, car elle ne tient pas suffisamment compte de l'exigence selon laquelle la personne apatride, à l'instar de tout autre revendicateur du statut de réfugié, doit établir qu'elle ne peut ou ne veut se réclamer de la protection de ses pays de résidence habituelle. Le critère à appliquer est une variante de la solution «l'un ou l'autre des pays», c'est-à-dire l'un ou l'autre des pays, mais en tenant compte de l'arrêt *Ward*. Si le revendicateur a résidé dans plus d'un pays, il n'est pas nécessaire qu'il prouve qu'il a été persécuté dans chacun de ces pays; il doit toutefois démontrer que l'un d'eux l'a persécuté et qu'il ne peut ou ne veut retourner dans aucun des pays où il a eu sa résidence habituelle. Les apatrides doivent être traités le plus possible de la même façon que les personnes qui ont plus d'une nationalité. Le Canada n'a pas l'obligation d'offrir un refuge dans le cas où l'intéressé peut, de façon réaliste et en toute sécurité, se réfugier ailleurs. La question certifiée a reçu la réponse suivante: Pour se voir reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention, une personne apatride doit démontrer, selon la probabilité la plus forte, qu'elle serait persécutée dans l'un ou l'autre des pays où elle a eu sa résidence habituelle et qu'elle ne peut retourner dans aucun d'eux.

Le juge de première instance a conclu que la Commission avait commis une erreur en ne se posant pas la question de savoir si la négation du droit de l'appelant de retourner au Koweït constituait en soi un acte de persécution. La Commission a examiné la question de savoir pourquoi l'appelant ne pouvait retourner au Koweït: il n'avait pas de permis de résidence valide. Elle s'est donc acquittée de son obligation d'examiner les motifs du refus de laisser entrer une personne dans un pays où elle a eu sa résidence habituelle.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1E, 33.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), (1.1) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 1), (2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 14(1)(c) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 8), 46.01(1)(b) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36), 46.03(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 37), 46.04(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 38), 114(1)(s) (as am. *idem*, s. 102).

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Arts. 1E, 33.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321.

CONSIDERED:

Maarouf v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1994] 1 F.C. 723; (1993), 72 F.T.R. 6; 23 Imm. L.R. (2d) 163 (T.D.); *Martchenko et al. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 104 F.T.R. 59 (F.C.T.D.); *Abdel-Khalik v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 73 F.T.R. 211; 23 Imm. L.R. (2d) 262 (F.C.T.D.); *Altawil v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 114 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1994] 1 F.C. 589; (1993), 109 D.L.R. (4th) 682; 22 Imm. L.R. (2d) 241; 163 N.R. 232 (C.A.); *Khatib v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 83 F.T.R. 310 (F.C.T.D.); *affd sub nom. El Khatib v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 968 (C.A.) (QL).

AUTHORS CITED

Goodwin-Gill, Guy S. "Stateless Persons and Protection under the 1951 Convention: or Refugees, Beware of Academic Error!" in *Développements récents en droit de l'immigration* (1993). Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 1993.

Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*. Leyden: A. W. Sijthoff, 1966.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), (1.1) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 1), (2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), 14(1)(c) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 8), 46.01(1)(b) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36), 46.03(1) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 37), 46.04(1) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 38), 114(1)(s) (mod., *idem*, art. 102).

Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, Règle 14(3).

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Maarouf c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 1 C.F. 723; (1993), 72 F.T.R. 6; 23 Imm. L.R. (2d) 163 (1^{re} inst.); *Martchenko et al. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 104 F.T.R. 59 (C.F. 1^{re} inst.); *Abdel-Khalik c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 73 F.T.R. 211; 23 Imm. L.R. (2d) 262 (C.F. 1^{re} inst.); *Altawil c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 114 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 1 C.F. 589; (1993), 109 D.L.R. (4th) 682; 22 Imm. L.R. (2d) 241; 163 N.R. 232 (C.A.); *Khatib c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 83 F.T.R. 310 (C.F. 1^{re} inst.); *conf. par sub nom. El Khatib c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n^o 968 (C.A.) (QL).

DOCTRINE

Goodwin-Gill, Guy S. «Stateless Persons and Protection under the 1951 Convention: or Refugees, Beware of Academic Error!» in *Développements récents en droit de l'immigration* (1993). Cowansville (Québec): Yvon Blais, 1993.

Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*. Leyden: A. W. Sijthoff, 1966.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, 1979.

APPEAL from a Trial Division decision ([1996] 1 F.C. 685; (1995), 105 F.T.R. 49) dismissing an application for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board that the appellant, a stateless Palestinian, was not a Convention refugee because he did not have a well-founded fear of persecution if he were to return to either of his two countries of former habitual residence. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Ghina Al-Sewaidi for appellant
David Tyndale for respondent.

SOLICITORS:

Ghina Al-Sewaidi, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LINDEN J.A.: The issue to be decided in this appeal is how a stateless person, who has habitually resided in more than one country, may establish his or her claim for Convention refugee status.

[2] The facts are straightforward. The appellant was born in Kuwait and is a stateless Palestinian. His father is a Palestinian and currently works as a physician for the Kuwaiti government. The appellant lived in Kuwait on a residency permit sponsored by his father. In 1983 the appellant left Kuwait to study in the United States, where he obtained an engineering degree. In 1986 his residency status in Kuwait came to an end and he returned to Kuwait to make an independent application to renew his residency permit, which was denied. He therefore returned to the U.S.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, 1979.

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([1996] 1 C.F. 685; (1995), 105 F.T.R. 49) rejetant une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui avait conclu que l'appellant, un Palestinien apatride, n'était pas un réfugié au sens de la Convention parce qu'il n'avait pas prouvé sa crainte d'être persécuté s'il devait retourner dans l'un ou l'autre de ses deux pays de résidence habituelle. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Ghina Al-Sewaidi pour l'appellant.
David Tyndale pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ghina Al-Sewaidi, Toronto, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La question à trancher en appel est celle de savoir comment une personne apatride, qui a résidé de façon habituelle dans plus d'un pays, peut établir le bien-fondé de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention.

[2] Les faits sont simples. L'appellant est né au Koweït et il est Palestinien apatride. Son père est Palestinien et travaille actuellement en qualité de médecin pour le gouvernement du Koweït. L'appellant a vécu au Koweït en vertu d'un permis de résidence parrainé par son père. En 1983, l'appellant a quitté le Koweït pour étudier aux États-Unis, où il a obtenu un diplôme en génie. En 1986, son statut de résident du Koweït a expiré et il est retourné au Koweït pour présenter une demande indépendante de renouvellement de son permis de résidence, demande qui a été

on a visitors visa, where he lived for 11 years. While in the United States he married twice, his first marriage being a marriage of convenience, worked both legally and illegally, filed income tax returns, obtained a social security card as well as employment authorization.

[3] After the outbreak of the Gulf War, the appellant sought asylum in the United States. His application for asylum was rejected and he was ordered deported. He filed an appeal but abandoned it and came to Canada where he applied for refugee status. Before the Immigration and Refugee Board, the appellant based his claim for Convention refugee status on the ground that Kuwait was his country of former habitual residence and that he feared persecution there if he returned. He also claimed to fear persecution in the U.S. because, while living in Louisiana, he experienced harassment, threats and incidents of violence at the hands of the Ku Klux Klan. He abandoned this claim at the trial level and it was not pursued on appeal.

[4] The Board found that both Kuwait and the U.S. were countries of former habitual residence and that the appellant had to demonstrate a well-founded fear of persecution against both in order to be granted Convention refugee status. According to the Board, the appellant had not made out his fear of persecution in either country and it denied his claim for Convention refugee status. The appellant applied for judicial review to the Trial Division [[1996] 1 F.C. 685].

Reasons of the Trial Judge

[5] The Trial Judge found that the Board erred in not asking itself whether the denial of a right to return to Kuwait was in itself an act of persecution. He found that, because the Board might have reached a different conclusion had it addressed this question, its decision was vulnerable. However, the Trial Judge went on to hold that while the Board was correct to find that both the U.S. and Kuwait constituted countries of former

rejetée. Il est donc retourné aux États-Unis muni d'un visa de visiteur, et il y a habité pendant onze ans. Aux États-Unis, il s'est marié à deux reprises, son premier mariage étant un mariage de convenance, il a travaillé légalement et illégalement, produit des déclarations d'impôt sur le revenu, obtenu une carte de sécurité sociale ainsi qu'une autorisation de travail.

[3] Après l'éclatement de la guerre du Golfe, l'appellant a demandé l'asile aux États-Unis. Sa demande d'asile a été rejetée et une mesure d'expulsion a été prise contre lui. Il a formé un appel, mais s'en est désisté; il est alors entré au Canada où il a revendiqué le statut de réfugié. Devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, l'appellant a fait valoir, à l'appui de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, que le Koweït était son pays de résidence habituelle et qu'il craignait d'y être persécuté s'il y retournait. Il a invoqué en outre la crainte d'être persécuté aux États-Unis, parce qu'à l'époque où il demeurait en Louisiane, il avait subi du harcèlement, des menaces et des actes de violence de la part du Ku Klux Klan. Il s'est désisté de cette prétention en première instance et ne l'a pas invoquée en appel.

[4] La Commission a conclu que l'appellant avait deux pays de résidence habituelle, soit le Koweït et les États-Unis, et qu'il devait établir une crainte bien fondée d'être persécuté dans ces deux pays pour que lui soit reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention. De l'avis de la Commission, l'appellant n'a prouvé sa crainte d'être persécuté dans aucun pays; elle a donc rejeté sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. L'appellant a présenté une demande de contrôle judiciaire devant la Section de première instance [[1996] 1 C.F. 685].

Les motifs du juge de première instance

[5] Le juge de première instance a conclu que la Commission avait commis une erreur en ne se demandant pas si la négation du droit de retour au Koweït constituait en soi un acte de persécution. Il a conclu que la Commission aurait pu en venir à une conclusion différente si elle avait examiné cette question et que sa décision pouvait donc être attaquée. Toutefois, le juge de première instance a poursuivi en concluant

habitual residence, it erred in stating that the applicant must establish his claim by reference to each country. Instead, the Trial Judge found that a stateless person, who has habitually resided in more than one country before making a refugee claim, must establish his or her claim by reference to the last country of former habitual residence. The application was therefore dismissed as the appellant had conceded he did not fear persecution in the U.S. The following question was certified by the Trial Judge [at page 701]:

Whether a stateless person who has habitually resided in more than one country prior to making a refugee claim must establish his or her claim by reference to all such countries or by reference to some only, and if by reference to some only, by reference to which.

Analysis

[6] A Convention refugee is defined by subsection 2(1) of the *Immigration Act*:¹

2. (1) . . .

“Convention refugee” means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person’s nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person’s former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2),

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act;

The “Convention” referred to is the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, signed

que, bien que la Commission n’ait pas commis d’erreur en concluant que l’appelant avait eu sa résidence habituelle à la fois aux États-Unis et au Koweït, elle avait fait fausse route en déclarant que le demandeur devait établir le bien-fondé de sa revendication au regard de chaque pays. Le juge de première instance a plutôt conclu qu’un apatride qui a eu sa résidence habituelle dans plus d’un pays avant de présenter sa revendication du statut de réfugié doit établir le bien-fondé de celle-ci au regard de son dernier pays de résidence habituelle. La demande a donc été rejetée, puisque l’appelant avait admis qu’il ne craignait pas d’être persécuté aux États-Unis. Le juge de première instance a certifié la question suivante [à la page 701]:

Un apatride qui avait sa résidence habituelle dans plus d’un pays avant de revendiquer le statut de réfugié doit-il prouver le bien-fondé de sa revendication au regard de tous ces pays ou de certains d’entre eux seulement et, si la revendication doit être établie uniquement par rapport à certains pays, de quels pays s’agit-il?

Analyse

[6] L’expression «réfugié au sens de la Convention» est définie au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l’immigration* ¹:

2. (1) . . .

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

(a) qui, craignant avec raison d’être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) soit, si elle n’a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

b) qui n’a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2).

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l’application de la Convention par les sections E ou F de l’article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l’annexe de la présente Loi.

La «Convention» à laquelle ces dispositions renvoient est la *Convention des Nations Unies relative au statut*

at Geneva on July 28, 1951 [[1969] Can. T.S. No. 6].

[7] While Canada is a signatory to that Convention, our obligation to those persons who are victims of persecution is not unqualified. It is not every persecuted person's absolute right to come to Canada and demand protection. In *Canada (Attorney General) v. Ward*² La Forest J. makes this point very clear:

International refugee law was formulated to serve as a back-up to the protection one expects from the state of which an individual is a national. It was meant to come into play only in situations when that protection is unavailable, and then only in certain situations. The international community intended that persecuted individuals be required to approach their home state for protection before the responsibility of other states becomes engaged.³

In other words, if persecuted persons have other alternatives, these must be exhausted before their claim can be determined in this country. This is reflected in both domestic and international law.

[8] It is stated in the Convention, and has been incorporated into the Act as a schedule, that a person who would otherwise qualify as a Convention refugee is excluded from obtaining that status if that person has the rights of a national in a non-persecuting state. Section E of Article 1 of the Convention reads:

E. This Convention shall not apply to a person who is recognized by the competent authorities of the country in which he has taken residence as having the rights and obligations which are attached to the possession of the nationality of that country.

As La Forest J. points out, the claim to refugee status should not be resorted to unless all other possibilities have been exhausted. Where a person has fled a country where persecution took place but was subsequently able to settle in a second country and acquire the rights of a national in that country, then it cannot be said that that person is still a refugee.

des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951 [[1969] R.T. Can. n° 6].

[7] Bien que le Canada soit signataire de cette Convention, son obligation envers les personnes qui sont victimes de persécution n'est pas illimitée. Chaque personne persécutée n'a pas le droit absolu de venir au Canada et de se réclamer de sa protection. Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*², le juge La Forest l'a reconnu très clairement:

Le droit international relatif aux réfugiés a été établi afin de suppléer à la protection qu'on s'attend à ce que l'État fournisse à ses ressortissants. Il ne devait s'appliquer que si la protection ne pouvait pas être fournie, et même alors, dans certains cas seulement. La communauté internationale voulait que les personnes persécutées soient tenues de s'adresser à leur État d'origine pour obtenir sa protection avant que la responsabilité d'autres États ne soit engagée³.

En d'autres termes, si d'autres solutions s'offrent aux personnes persécutées, elles doivent les épuiser avant que leur revendication puisse être examinée dans notre pays. Ce principe se retrouve à la fois dans le droit canadien et dans le droit international.

[8] Une disposition de la Convention, incorporée à la Loi dans une annexe, prévoit qu'une personne qui serait autrement un réfugié au sens de la Convention ne peut se faire reconnaître ce statut si elle jouit des droits attachés à la possession de la nationalité d'un pays qui ne la persécute pas. Il s'agit de la section E de l'article premier de la Convention:

E. Cette Convention ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays.

Comme le souligne le juge La Forest, la revendication du statut de réfugié ne doit être utilisée qu'en dernier ressort lorsque toutes les autres possibilités ont été épuisées. Lorsqu'une personne s'est enfuie d'un pays qui pratiquait la persécution, mais qu'elle a réussi à s'établir dans un deuxième pays et à acquérir les droits attachés à la possession de la nationalité de ce pays, on ne peut plus affirmer que cette personne est encore un réfugié.

[9] This is not dissimilar to the cessation provisions in the Act. Subsection 2(2) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1] states:

2. (1) . . .

(2) A person ceases to be a Convention refugee when

(a) the person voluntarily reavails himself of the protection of the country of his nationality;

(b) the person voluntarily reacquires his nationality;

(c) the person acquires a new nationality and enjoys the protection of the country of that new nationality;

(d) the person voluntarily re-establishes himself in the country that the person left, or outside of which the person remained, by reason of fear of persecution; or

(e) the reasons for the person's fear of persecution in the country that the person left, or outside of which the person remained, cease to exist.

Paragraph 2(2)(c) addresses the situation where a person does fear persecution in some state, but subsequently acquires the right to protection from that persecution in a second state. That person ceases to be a refugee.

[10] This attention to the question of available protection was also the justification given in *Ward* for requiring those claimants with multiple nationalities to establish their claim with reference to all those countries of which they are a national. In that case the Board had found that the claimant would have been in danger if he had been returned to the United Kingdom but that there had been no finding as to whether protection could be provided to him there. The decision was flawed because as La Forest J. stated:

The fact that Ward's life will be in danger should he be returned either to Ireland or to Great Britain is not disputed by anyone; the question, rather, is whether Ward can be protected from that danger. The Board never made a finding of fact on the real issue—the ability of the British to protect Ward.⁴ [Emphasis in original.]

[11] The Act also contains some elaborate mechanisms to protect Canada's territorial integrity from those persons who have had the opportunity to have

[9] Ce principe ne se démarque pas des dispositions régissant la perte du statut de réfugié énoncées au paragraphe 2(2) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1]:

2. (1) . . .

(2) Une personne perd le statut de réfugié au sens de la Convention dans les cas où:

a) elle se réclame de nouveau et volontairement de la protection du pays dont elle a la nationalité;

b) elle recouvre volontairement sa nationalité;

c) elle acquiert une nouvelle nationalité et jouit de la protection du pays de sa nouvelle nationalité;

d) elle retourne volontairement s'établir dans le pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée;

e) les raisons qui lui faisaient craindre d'être persécutée dans le pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée ont cessé d'exister.

L'alinéa 2(2)c) traite du cas d'une personne qui craint d'être persécutée dans un État, mais acquiert par la suite le droit d'être protégée contre cette persécution dans un deuxième État. Cette personne n'est plus un réfugié.

[10] La prise en compte de la protection dont une personne peut se prévaloir a également justifié, dans l'arrêt *Ward*, l'obligation imposée aux revendicateurs ayant la nationalité de plus d'un pays d'établir leur revendication à l'égard de tous les pays dont ils ont la nationalité. Dans cette affaire, la Commission avait conclu que le revendicateur serait en danger s'il retournait au Royaume-Uni, mais n'avait tiré aucune conclusion quant à la question de savoir s'il pouvait y être protégé. Cette décision était erronée parce que, pour paraphraser le juge La Forest:

Personne ne conteste que la vie de Ward sera en danger s'il retourne en Irlande ou en Grande-Bretagne; il s'agit plutôt de savoir si Ward peut être protégé contre ce danger. La Commission n'a jamais tiré de conclusion de fait au sujet de la véritable question litigieuse—la capacité des Britanniques de protéger Ward⁴ [Souligné dans l'original.]

[11] La Loi contient également certains mécanismes soigneusement établis pour protéger l'intégrité territoriale du Canada contre les personnes qui ont eu

their refugee claim determined in other forums. Paragraph 46.01(1)(b) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36] of the Act reads:

46.01(1) A person who claims to be a Convention refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if the person

...

(b) came to Canada, directly or indirectly, from a country, other than a country of the person's nationality or, where the person has no country of nationality, the country of the person's habitual residence, that is a prescribed country under paragraph 114(1)(s);

This prevents potential claimants from having their claims determined in Canada where they have come to this country *via* other nations that are prescribed countries under paragraph 114(1)(s) [as am. *idem*, s. 102]. That paragraph reads:

114. (1) The Governor in Council may make regulations

...

(s) prescribing, for the purpose of sharing responsibility for the examination of persons who claim to be Convention refugees, countries that comply with Article 33 of the Convention.

Article 33 of the Convention is the non-*refoulement* [return] provision, by which signatory nations undertake not to return refugees to persecuting states. It states:

ARTICLE 33

Prohibition of Expulsion or Return ("Refoulement")

1. No Contracting State shall expel or return ("*refouler*") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

l'occasion de faire trancher leur revendication du statut de réfugié par d'autres instances. Voici le libellé de l'alinéa 46.01(1)(b) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36] de la Loi:

46.01(1) La revendication de statut n'est pas recevable par la section du statut si l'intéressé se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes:

...

b) il est arrivé au Canada, directement ou non, d'un pays—autre que celui dont il a la nationalité ou, s'il n'a pas de nationalité, que celui dans lequel il avait sa résidence habituelle—qui figure dans la liste établie en vertu des règlements d'application de l'alinéa 114(1)(s);

Cette disposition empêche les revendicateurs éventuels de faire trancher leur revendication au Canada lorsqu'ils se rendent dans notre pays en passant par d'autres pays figurant dans la liste établie en vertu de l'alinéa 114(1)(s) [mod., *idem*, art. 102], reproduit ci-dessous:

114. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

...

s) désigner, en vue du partage avec d'autres pays de la responsabilité de l'examen des revendications du statut de réfugié au sens de la Convention, les pays qui se conforment à l'article 33 de la Convention et en établir la liste;

L'article 33 de la Convention est la disposition contre le *refoulement*, par laquelle les nations signataires s'engagent à ne pas retourner les réfugiés dans les pays coupables de persécution. Voici cet article:

ARTICLE 33

Défense d'Expulsion et de Refoulement

1. Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée, en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

As a result of this scheme claimants who have come to Canada from those signatory states cannot have their claims determined in Canada.

[12] Subsection 46.01(1) must be read in conjunction with subsection 46.03(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 37], which reads:

46.03 (1) Where a removal order is made against a person who has been determined not to be eligible to have a claim to be a Convention refugee determined by the Refugee Division on the basis that the person is a person described in paragraph 46.01(1)(b), but the person

(a) cannot be removed from Canada to a country prescribed pursuant to paragraph 114(1)(s),

(b) having been removed from Canada, is allowed to come into Canada pursuant to paragraph 14(1)(c), or

(c) having been allowed to leave Canada voluntarily, has not been permitted entry to the country from which the person had come to Canada and is allowed to come to Canada pursuant to paragraph 14(1)(c),

a senior immigration officer shall forthwith refer the claim to the Refugee Division in the manner and form prescribed by rules made under subsection 65(1).

The result is that the claimant, if unable to obtain the protection of another prescribed country, will then be permitted to have his or her claim determined by the Refugee Division. The reference to paragraph 14(1)(c) [as am. *idem*, s. 8] is again to a provision that allows an immigration officer to admit a person to the country where he or she have been unable to find refuge elsewhere. That paragraph provides:

14. (1) Where an immigration officer is satisfied that a person whom the officer has examined

...

(c) is a person against whom a removal order has been made who has been removed from or otherwise left Canada but has not been granted lawful permission to be in any other country . . .

the officer shall allow that person to come into Canada.

[13] The Act also allows the removal of Convention refugees from Canada where that removal would not contravene Article 33 of the Convention. If a person,

Le régime établi ne permet donc pas aux revendicateurs qui sont arrivés au Canada en passant par ces États signataires de faire examiner leur revendication au Canada.

[12] Le paragraphe 46.01(1) doit être interprété conjointement avec le paragraphe 46.03(1) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 37], qui prévoit:

46.03 (1) L'agent principal défère sans délai le cas à la section du statut selon les modalités prévues par les règles mentionnées au paragraphe 65(1) si l'intéressé est visé par une mesure de renvoi et sa revendication a été jugée irrecevable en application de l'alinéa 46.01(1)b) mais que:

a) soit ce dernier ne peut être renvoyé dans un pays désigné en vertu des règlements d'application 114(1)s);

b) soit il a été renvoyé du Canada et est autorisé à y revenir conformément à l'alinéa 14(1)c);

c) soit il a été autorisé à quitter volontairement le Canada mais n'a pas été admis dans le pays d'où il est parti pour le Canada et est autorisé à y revenir conformément à l'alinéa 14(1)c).

En conséquence, si le revendicateur ne peut obtenir la protection d'un autre pays figurant sur la liste, sa revendication pourra être tranchée par la section du statut. La mention de l'alinéa 14(1)c) [mod., *idem*, art. 8] renvoie encore une fois à une disposition qui permet à un agent d'immigration d'admettre une personne au pays si celle-ci n'a pas réussi à trouver refuge ailleurs. Le voici:

14. (1) L'agent d'immigration laisse entrer au Canada ceux dont l'interrogatoire l'a convaincu:

...

c) soit qu'ils n'ont pas obtenu l'autorisation de séjourner dans un autre pays après avoir été renvoyés du Canada ou l'avoir quitté à la suite d'une mesure de renvoi;

[13] La Loi permet également le renvoi des réfugiés au sens de la Convention lorsque le renvoi du Canada ne contrevient pas à l'article 33 de la Convention. La

despite having come from a country willing to protect him or her, is found to be a Convention refugee, this does not grant that person the automatic right to remain in Canada. Section 46.04 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 38] of the Act provides for this contingency:

46.04 (1) Any person who is determined by the Refugee Division to be a Convention refugee may, within the prescribed period, apply to an immigration officer for landing of that person and any dependant of that person, unless the Convention refugee is

...

(d) a person who has permanently resided in a country, other than the country that the person left, or outside of which the person remains, by reason of fear of persecution, and who, if removed from Canada, would be allowed to return to that country.

[14] As well, it is settled that a refugee claimant who has recourse to an internal flight alternative is not a refugee.⁵ If a person is subjected to persecution in one part of a country, but has the option of moving to another part of the country where he or she will be safe from persecution, then that person must take advantage of the protection available. It is not the aim or the desire of refugee law that people who have protection available to them should have recourse to the rights accorded by the Convention. The Convention is meant to apply to those people who are without protection.

[15] The tenor of these provisions is in keeping with La Forest J.'s pronouncement in *Ward*. Because someone is persecuted somewhere does not mean he or she is automatically granted refugee status. That person may be subject to the exclusion clauses. The cessation provisions may be applicable. There may be an internal flight alternative. The claimant may have come here via a third country where a claim could have been made. He or she may possess nationality of a second country which would be willing to afford him or her protection. In all these cases the person is not a Convention refugee.

personne qui arrive d'un pays disposé à la protéger et qui est néanmoins reconnue comme un réfugié au sens de la Convention n'obtient pas automatiquement le droit de demeurer au Canada. L'article 46.04 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 38] de la Loi régit cette situation:

46.04 (1) La personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention est reconnu par la section du statut peut, dans le délai réglementaire, demander le droit d'établissement à un agent d'immigration pour elle-même et les personnes à sa charge, sauf si elle se trouve dans l'une des situations suivantes:

...

d) elle a résidé en permanence dans un autre pays que celui qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée et elle serait, en cas de renvoi du Canada, autorisée à retourner dans ce pays.

[14] De même, il est bien établi que le revendicateur du statut de réfugié qui a une possibilité de refuge dans une autre partie du pays n'est pas un réfugié⁵. Si une personne est persécutée dans une partie du pays, mais peut s'installer dans une autre partie de ce pays où elle sera à l'abri de la persécution, elle doit se prévaloir de la protection qu'elle peut ainsi obtenir. Le droit applicable aux réfugiés n'a pas pour but ni pour résultat souhaité de permettre aux personnes qui peuvent obtenir une protection de se prévaloir des droits accordés par la Convention. La Convention est conçue pour s'appliquer aux personnes qui ne peuvent être protégées.

[15] La teneur de ces dispositions est en accord avec l'opinion exprimée par le juge La Forest dans l'arrêt *Ward*. Le fait qu'une personne soit persécutée quelque part ne signifie pas que le statut de réfugié lui est automatiquement reconnu. Cette personne peut être assujettie aux clauses d'exclusion. Les dispositions relatives à la perte du statut de réfugié peuvent s'appliquer à elle. Elle peut avoir une possibilité de refuge dans une autre partie du pays. La personne qui revendique le statut de réfugié peut être arrivée au Canada en passant par un pays tiers où elle aurait également pu le revendiquer. Il se peut qu'elle ait la nationalité d'un deuxième pays qui serait disposé à lui accorder sa protection. La personne qui se trouve dans l'une ou l'autre de ces situations n'est pas un réfugié au sens de la Convention.

[16] There is no reason why stateless persons should be any more or less accommodated in their claims to refugee status. There is no question that stateless persons may qualify as refugees; the definition acknowledges this explicitly. However, people are not refugees solely by virtue of their statelessness. They must still bring themselves within the terms of the definition set forth in the Convention. And they must still comply with those other sections of the Act which restrict access to the refugee determination process. Statelessness does not give a person an advantage over those refugees who are not stateless.

[17] However, it is important to note the key distinction between the two groups of people so that neither advantages nor disadvantages are created. This distinction is contained in the wording of the refugee definition itself. In the case of nationals it talks of the claimant being “unwilling to avail himself of the protection of that country”. In the case of stateless persons it talks only of an unwillingness to return to that country. In this latter case the question of the avilment of protection does not arise.⁶ The definition takes into account the inherent difference between those persons who are nationals of a state, and therefore are owed protection, and those persons who are stateless and without recourse to state protection. Because of this distinction one cannot treat the two groups identically, even though one should seek to be as consistent as possible.

[18] Given these considerations, in the case of a stateless person who has habitually resided in more than one country, which of those countries is relevant to the determination of the claim? There are four possible answers to this question. The relevant country might be the first country of former habitual residence. It might be the last country of former habitual residence. It may be all of those countries, or it might be any one of those countries. Each of these options has something to recommend it, but each also has drawbacks.

[16] Rien ne justifie que les personnes apatrides soient avantagées ou désavantagées lorsqu’elles revendiquent le statut de réfugié. Il ne fait aucun doute que les personnes apatrides peuvent être reconnues comme des réfugiés; la définition de ce terme le reconnaît explicitement. Toutefois, une personne n’est pas un réfugié du seul fait qu’elle est apatride. Il faut encore qu’elle réponde à la définition énoncée dans la Convention. Il faut en outre qu’elle satisfasse aux conditions fixées par les autres dispositions de la Loi qui restreignent l’accès au processus de reconnaissance du statut de réfugié. Le fait qu’une personne soit apatride ne lui confère aucun avantage par rapport aux réfugiés qui ne sont pas apatrides.

[17] Toutefois, il est important de souligner la distinction importante qui existe entre ces deux groupes pour éviter de créer des avantages ou des désavantages en faveur de l’un ou l’autre. Cette distinction tient au libellé même de la définition du terme réfugié. Dans le cas des personnes qui ont la nationalité d’un pays, elle renvoie au revendicateur qui «ne veut se réclamer de la protection de ce pays». Dans le cas des personnes apatrides, elle renvoie uniquement au fait qu’elles ne veulent pas retourner dans le pays en cause. Dans ce dernier cas, la question de la possibilité d’obtenir une protection ne se pose pas⁶. Cette définition tient également compte de la différence inhérente entre les personnes qui ont la nationalité d’un État, et qui ont donc droit à sa protection, et celles qui sont apatrides et qui ne peuvent se prévaloir de la protection de l’État. En raison de cette distinction, ces deux groupes ne peuvent être traités de façon identique, même s’il faut tendre à la plus grande cohérence possible.

[18] Compte tenu de ce qui précède, lorsqu’une personne apatride a résidé habituellement dans plus d’un pays, lequel de ces pays est pertinent aux fins de sa revendication? Quatre réponses sont possibles. Le pays pertinent peut être son premier pays de résidence habituelle. Il peut aussi être son dernier pays de résidence habituelle. Il se peut en outre que tous ces pays doivent être pris en compte ou que l’un ou l’autre suffise. Chacune de ces solutions comporte des éléments favorables, mais chacune comporte aussi des inconvénients.

The Last Country of Former Habitual Residence

[19] The Trial Judge supported the view that it was only the last (most recent) country of former habitual residence that is relevant to a refugee claim. He based this view on two grounds. First, the Act makes provision for claimants possessing more than one nationality, but no provision is made for stateless persons in a similar situation. This implies that the drafters did not wish for the same provision to apply to stateless persons. If they had, it would have been a simple proposition. Secondly, subrule 14(3) of the *Convention Refugee Determination Division Rules*⁷ indicates that, in the case of a stateless person, all references to nationality should be read as references to the claimant's "*dernier pays de résidence habituelle*" [emphasis added]. This supports the view that "former" in the English text should be read in the sense of "last", to be consistent with the French word "*dernier*".

[20] While this approach has a certain linguistic and logical coherence and is easy to administer, it is not the best solution. Its main flaw is that it leaves open the possibility that a person may be returned to a persecuting state, something that concerned counsel for the claimant. Where the claimant has fled from persecution in a first country and settled in a second country where he or she is not persecuted, if the person's claim is judged only with reference to that second country then the claim will surely fail, with the result that he or she may be returned to the first country. This is not in keeping with the spirit or intent of international refugee law, and could create a situation where Canada is in contravention of Article 33 of the Convention. In addition, the French version of the definition in the statute (rather than the Rule) does not employ the word "*dernier*", but uses words equally vague as the English version.

First Country of Former Habitual Residence

[21] Atle Grahl-Madsen supports the view that the country relevant for the determination of a refugee

Le dernier pays de résidence habituelle

[19] Le juge de première instance était d'avis que seul le dernier pays de résidence habituelle (le plus récent) est pertinent aux fins de la revendication du statut de réfugié. Il fondait son opinion sur deux motifs. Premièrement, la Loi traite des revendicateurs qui possèdent plus d'une nationalité, mais ne traite pas des personnes apatrides qui se trouvent dans la même situation. Il est donc possible d'en déduire que les rédacteurs de la Loi ne souhaitaient pas que la même disposition s'applique aux personnes apatrides. S'ils l'avaient voulu, il aurait été simple de l'indiquer. Deuxièmement, le paragraphe 14(3) des *Règles de la section du statut de réfugié*⁷ précise que, dans le cas d'une personne apatride, la mention de sa nationalité vaut mention de «son dernier pays de résidence habituelle» [non souligné dans l'original]. Cet élément appuie l'hypothèse voulant que le terme «*former*» en anglais signifie «le plus récent», en conformité avec la version française qui utilise le terme «dernier».

[20] Bien que ce raisonnement ait une certaine cohérence sur le plan de la linguistique et de la logique et qu'il soit facile à appliquer, il ne constitue pas la meilleure solution. Sa principale lacune réside dans le fait qu'il n'écarte pas la possibilité qu'une personne soit retournée dans un État coupable de persécution, possibilité qui préoccupait l'avocat du revendicateur. Dans le cas d'un revendicateur qui a fui la persécution dans un pays et qui s'est établi dans un deuxième pays où il n'est pas persécuté, sa revendication ne sera sûrement pas accueillie, si elle est tranchée uniquement en regard du deuxième pays, et il pourra être retourné dans le premier pays. Ce résultat est incompatible avec l'esprit du droit international en matière de réfugiés et susceptible d'entraîner la violation de l'article 33 de la Convention par le Canada. De plus, la version française de la définition énoncée dans la Loi (plutôt que la Règle) n'emploie pas le mot «dernier», mais est formulée de façon aussi vague que la version anglaise.

Le premier pays de résidence habituelle

[21] Atle Grahl-Madsen souscrit à l'opinion voulant que le pays pertinent pour l'examen d'une revendica-

claim is the first country of former habitual residence where the claimant faced persecution. He states:

It follows that the country of which he was a national at the relevant date is the 'country of his nationality' in the sense of the said provision, and that it remains as such irrespective of whether he eventually loses his nationality. Similarly, the country from which a stateless person had to flee in the first instance, remains the 'country of his former habitual residence' throughout his life as a refugee, irrespective of any subsequent changes of factual residence.⁸

This view suggests that a person becomes a refugee when he or she faces persecution and remains a refugee so long as the threat of that persecution persists in the original country. But the question is not whether someone faces persecution, but whether the claimant can be protected from that persecution. Just as La Forest J. in *Ward* stressed the importance of establishing that the claimant cannot be protected by the relevant states, a similar question must be asked of stateless persons. Are they being persecuted and are no states with which they have a connection willing to protect them? Grahl-Madsen's thesis fails to address this point and, therefore, is deficient. The finding of persecution is a necessary but not sufficient condition to a claim for refugee status; the claimant must also show that he or she is without a safe alternative. If we assess refugee status by reference only to the first country, the possibility of havens in other states is ignored, something that cannot be done if we are to be content with *Ward*.

All Countries of Former Habitual Residence

[22] The requirement to show an inability or unwillingness to return to all countries of former habitual residence is consistent with the need, in cases of multiple nationality, to establish a claim against all countries of which one is a national. Insisting that stateless persons validate their claims against all countries of former habitual residence would encourage a degree of symmetry between the concepts of nationality and habitual residence. Professor Hathaway is a proponent of this approach. In responding to the

tion du statut de réfugié soit le premier pays de résidence habituelle où le revendicateur a été exposé à la persécution. Voici ce qu'il en dit:

[TRADUCTION] Il s'ensuit que le pays dont il a la nationalité à l'époque pertinente est le «pays dont il a la nationalité» au sens de cette disposition et que cela vaut peu importe qu'il perde sa nationalité par la suite. De même, le pays qu'une personne apatride a dû fuir en premier lieu demeure le «pays de sa résidence habituelle» pendant toute sa vie de réfugié, peu importe qu'elle change par la suite de résidence de fait.⁸

Cette hypothèse laisse croire qu'une personne devient un réfugié lorsqu'elle est exposée à la persécution et qu'elle demeure un réfugié tant que la menace de cette persécution persiste dans son pays d'origine. Or, la question n'est pas celle de savoir si une personne est exposée à la persécution, mais plutôt celle de savoir si le revendicateur peut être protégé contre cette persécution. À l'instar du juge La Forest qui a souligné, dans l'arrêt *Ward*, l'importance d'établir que le revendicateur ne peut être protégé par les États pertinents, il faut se poser cette question à l'égard des personnes apatrides. Sont-elles persécutées et n'existe-t-il aucun pays avec lequel elles ont des liens qui soit disposé à les protéger? La thèse de Grahl-Madsen ne répond pas à cette question et comporte donc des lacunes. Une conclusion de persécution est une condition nécessaire mais insuffisante en soi pour la reconnaissance du statut de réfugié; le revendicateur doit en outre démontrer qu'aucune autre solution sécuritaire ne s'offre à lui. L'évaluation du statut de réfugié en fonction uniquement du premier pays fait totalement fi de la possibilité de refuge dans d'autres États, ce qui est incompatible avec l'arrêt *Ward*.

Tous les pays de résidence habituelle

[22] L'obligation du revendicateur de démontrer qu'il ne peut ou ne veut retourner dans aucun de ses pays de résidence habituelle est compatible avec la nécessité pour le revendicateur qui a la nationalité de plusieurs pays d'établir le bien-fondé de sa revendication à l'égard de tous les pays dont il a la nationalité. En insistant pour que les personnes apatrides établissent le bien-fondé de leur revendication en regard de tous leurs pays de résidence habituelle, on favoriserait une certaine symétrie entre les concepts de la nationa-

argument of Atle Grahl-Madsen he states:

Under this rubric, Atle Grahl-Madsen's argument that country of former habitual residence should usually be equated with the state in which the stateless claimant first experienced persecution is not fully sustainable. The country from which flight first occurred is often the state to which the refugee claimant retains the greatest formal legal ties, simply because subsequent states of residence which admitted her on the basis of her fear of persecution may not have granted her an unconditional right to return. On the other hand, the refugee claimant may have as strong or stronger formal ties to some other country or countries, in which case the claim to need protection should be assessed in relation to any and all countries to which she is formally returnable. This position respects the need for symmetrical treatment of persons with and without nationality, since in the case of the former group the Convention requires proof of lack of protection in all states of nationality.⁹

[23] This view, however, should be considered in light of Professor Hathaway's comments with respect to nationality. A right to a second nationality, or the possession of a valid passport of a second nation, does not in and of itself indicate that a claim to refugee status will fail if not made out against both nations. The important point is that the second nation must be shown to be able and willing to protect the claimant. He states:

The major caveat to the principle of deferring to protection by a state of citizenship is the need to ensure *effective*, rather than merely formal, nationality.¹⁰

Professor Hathaway does propose that stateless persons be treated analogously with claimants who possess a nationality. But implicit in this proposition is the notion that in both cases we are concerned with people who possess real rights. If a second nationality is only formal, and does not accord the holder substantive rights, then it is not a bar. Similarly, in the case of stateless persons, his proposition is that only states to which claimants are formally returnable should be relevant. The basis for this is that people cannot be refugees from a place to which they cannot

lité et de la résidence habituelle. Le professeur Hathaway propose cette approche. Voici comment il répond aux arguments de Atle Grahl-Madsen:

[TRADUCTION] À ce chapitre, l'argument de Atle Grahl-Madsen selon lequel le pays de résidence habituelle devrait normalement être l'État dans lequel le demandeur apatride a initialement subi les persécutions n'est pas entièrement défendable. Le pays que le demandeur a fui en premier lieu est souvent l'État avec lequel le demandeur conserve ses principaux liens juridiques officiels, simplement parce que les pays dans lesquels il a résidé subséquemment en raison de sa crainte d'être persécuté peuvent ne pas lui avoir accordé un droit de retour inconditionnel. Par ailleurs, le demandeur du statut de réfugié peut avoir des liens officiels aussi forts, sinon plus, avec un ou plusieurs autres pays, auquel cas sa demande de protection doit être évaluée au regard de tous les pays dans lesquels il peut légalement être renvoyé. Cette position rétablit la symétrie nécessaire dans le traitement des personnes avec et sans nationalité, étant donné que la Convention exige, pour le premier groupe, la preuve que tous les États dont la personne a la nationalité, ne peuvent lui assurer une protection⁹.

[23] Ce point de vue doit toutefois être considéré en tenant compte des remarques formulées par le professeur Hathaway à l'égard de la nationalité. Le droit à une deuxième nationalité, ou la possession d'un passeport valide d'un deuxième pays, ne signifie pas en soi que la revendication du statut de réfugié sera rejetée si elle n'est pas faite à l'égard des deux pays. Ce qui est important, c'est de démontrer que le deuxième pays peut et veut protéger le revendicateur. Voici ce qu'il en dit:

[TRADUCTION] La principale réserve concernant le principe voulant qu'on s'en remette à la protection d'un État dont l'intéressé a la citoyenneté est qu'il faut s'assurer qu'il en a *effectivement* la nationalité, et non pas la nationalité seulement du point de vue formel¹⁰.

Le professeur Hathaway propose que les personnes apatrides soient traitées de la même façon que les revendicateurs qui possèdent une nationalité. Cette proposition comporte implicitement la notion que, dans les deux cas, les intéressés possèdent de véritables droits. Une deuxième nationalité qui est seulement formelle, le cas échéant, et qui n'accorde aucun droit à la personne qui la possède, ne fait pas obstacle à la revendication. De même, dans le cas des personnes apatrides, il propose qu'on ne tienne compte que des États dans lesquels les revendicateurs peuvent

return, because they cannot fear persecution from that state in the future.

[24] However, the Court, in *Maarouf*¹¹ and elsewhere, has determined that a country to which a stateless person is not returnable may still constitute a country of former habitual residence. The impossibility of return to a persecuting state does not detract from the fact that a person is fleeing persecution. And, as it is pointed out in *Maarouf*, stripping people of their right to return to a country may in itself be an act of persecution. It is also unclear what Hathaway means by “formally returnable”. Professor Hathaway’s position, therefore, is not entirely satisfactory.¹² While it is important to maintain some symmetry of treatment between nationals and stateless persons, we must also be careful not to insist on strict symmetrical treatment where that is not appropriate.

Any Country of Former Habitual Residence

[25] This is the most generous of the alternatives available, and was adopted by the Associate Chief Justice in *Martchenko et al. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*.¹³ This position is also in agreement with the Court’s decision in *Maarouf v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*¹⁴, as well as the opinion of the United Nations High Commissioner for Refugees. In *Maarouf*, Cullen J. found that “a ‘country of former habitual residence’ should not be limited to the country where the claimant initially feared persecution.”¹⁵ The Associate Chief Justice interpreted this to mean that a claimant could succeed if he or she were able to establish a fear of persecution with respect to any country of former habitual residence.

légalement être retournés. Sa proposition s’appuie sur la prémisse suivante: une personne ne peut être réfugiée d’un endroit où elle ne peut retourner, car elle ne peut pas craindre d’être persécutée par cet État à l’avenir.

[24] Toutefois, dans certaines décisions, dont la décision *Maarouf*¹¹, la Cour a statué qu’un pays dans lequel une personne apatride ne peut être renvoyée peut néanmoins constituer pour elle un pays de résidence habituelle. L’impossibilité de retourner dans un pays où elle serait exposée à la persécution ne change rien au fait qu’une personne fuit la persécution. En outre, comme le souligne la décision *Maarouf*, le fait de priver une personne de son droit de retourner dans un pays peut constituer en soi un acte de persécution. On ne sait pas non plus vraiment ce que Hathaway entend par [TRADUCTION] «pays dans lesquels il peut légalement être renvoyé». Le raisonnement du professeur Hathaway n’est donc pas entièrement satisfaisant¹². Bien qu’il soit important de maintenir une certaine symétrie de traitement entre les personnes qui ont une nationalité et les personnes apatrides, il faut se garder d’insister pour établir un symétrie parfaite lorsqu’il n’est pas opportun de le faire.

L’un ou l’autre des pays de résidence habituelle

[25] De toutes les solutions possibles, celle-ci est la plus généreuse et c’est celle qu’a retenue le juge en chef adjoint dans l’affaire *Martchenko et al. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*¹³. Elle est de plus conforme à la décision *Maarouf c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*¹⁴ rendue par la Cour, ainsi qu’à la position du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés. Dans la décision *Maarouf*, le juge Cullen a conclu que «le “pays de résidence habituelle” ne devrait pas être limité au pays où l’intéressé craignait initialement d’être persécuté»¹⁵. Le juge en chef adjoint a interprété cette opinion comme signifiant qu’un revendicateur peut être reconnu comme un réfugié s’il est en mesure de prouver sa crainte d’être persécuté en regard de l’un ou de l’autre de ses pays de résidence habituelle.

[26] This interpretation would be consistent with the prescription of the UNHCR's Handbook, which says:

104. A stateless person may have more than one country of former habitual residence, and he may have a fear of persecution in relation to more than one of them. The definition does not require that he satisfies the criteria in relation to all of them.¹⁶

Again I am forced to return to the definition of refugee enshrined in the Convention. A person may have a well-founded fear of persecution on one of the grounds enumerated therein, but that person must still establish that he or she is outside the country of former habitual residence and is either unable or unwilling to return to that country. The position of the UNHCR and of Associate Chief Justice Jaisys pays insufficient attention to the latter part of the test. Just as a person with more than one nationality cannot be found to be a Convention refugee unless he or she establishes that he or she is unwilling or unable to avail themselves of the protection of those countries, a stateless person must also pass a similar test. If the claimant has available a place of former habitual residence which will offer safety from persecution, then he or she must return to that country. For this reason I find that this option is also not entirely satisfactory.

The Test to be Applied: Any Country Plus the *Ward* Factor

[27] While I am somewhat attracted to Professor Hathaway's views, the best answer to this riddle is really a variation of the "any country" solution. When Professor Hathaway talks about refugee determination by reference to "any and all" countries of former habitual residence, this is really relevant to the latter part of the Convention refugee definition. Where a claimant has two nationalities he or she does not have to show two separate instances of persecution. It will suffice to show that one state is guilty of persecution, but that both states are unable to protect the claimant. Likewise, where a claimant has been resident in more than one country it is not necessary to prove that there was persecution at the hands of all those countries. But it is necessary to demonstrate that one country was guilty of persecution, and that the claimant is

[26] Cette interprétation est compatible avec le Guide de l'HCNUR selon lequel:

104. Pour un apatride, il peut y avoir plusieurs pays dans lesquels il a eu sa résidence habituelle et il peut craindre des persécutions sur le territoire de plusieurs d'entre eux. La définition n'exige pas que le réfugié apatride satisfasse aux conditions qu'elle pose vis-à-vis de tous ces pays¹⁶.

Je suis à nouveau tenu de me reporter à la définition du terme «réfugié» énoncée dans la Convention. Une personne peut avoir une crainte bien fondée d'être persécutée pour l'un des motifs qui y sont énumérés, mais elle doit encore établir qu'elle se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle et ne peut ou ne veut y retourner. Le point de vue du HCNUR et du juge en chef adjoint Jérôme ne tient pas suffisamment compte de la dernière partie de ce critère. Tout comme une personne qui a la nationalité de plusieurs pays ne peut se voir reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention à moins d'établir qu'elle ne peut ou ne veut se réclamer de la protection de ces pays, une personne apatride doit satisfaire à un critère similaire. Si le revendicateur peut se rendre dans un endroit où il a eu sa résidence habituelle et où il sera à l'abri de toute persécution, il doit retourner dans ce pays. Pour cette raison, je conclus que cette solution n'est pas non plus entièrement satisfaisante.

Le critère à appliquer: l'un ou l'autre des pays, mais en tenant compte de l'arrêt *Ward*

[27] Bien que je trouve le point de vue du professeur Hathaway assez attrayant, la meilleure solution à ce casse-tête est en fait une variante de la solution qui tient compte de «l'un ou l'autre des pays». Lorsque le professeur Hathaway parle de la détermination du statut de réfugié en regard de «tous» les pays de résidence habituelle, il se rattache de façon pertinente à la dernière partie de la définition d'un «réfugié au sens de la Convention». Lorsque le revendicateur a deux nationalités, il n'est pas tenu d'établir deux cas distincts de persécution. Il n'a qu'à démontrer que l'un des États est coupable de persécution, mais que tous les deux sont incapables de le protéger. De la même façon, si le revendicateur a résidé dans plus d'un pays, il n'est pas nécessaire qu'il prouve qu'il a été persécuté dans chacun de ces pays. Il doit toutefois démon-

unable or unwilling to return to any of the states where he or she formerly habitually resided. While it may appear burdensome to impose this duty upon all stateless claimants, we must, in the light of *Ward*, properly take into account the situations where claimants have other possible safe havens.

[28] Stateless people should be treated as analogously as possible with those who have more than one nationality. There is a need to maintain symmetry between these two groups, where possible. It is not enough to show persecution in any of the countries of habitual residence—one must also show that he or she is unable or unwilling to return to any of these countries. While the obligation to receive refugees and offer safe haven is proudly and happily accepted by Canada, there is no obligation to a person if an alternate and viable haven is available elsewhere. This is in harmony with the language in the definition and is also consistent with the teachings of the Supreme Court in *Ward*. If it is likely that a person would be able to return to a country of former habitual residence where he or she would be safe from persecution, that person is not a refugee. This means that the claimant would bear the burden, here as elsewhere, of showing on the balance of probabilities that he or she is unable or unwilling to return to any country of former habitual residence. This is not an unreasonable burden. This is merely to make explicit what is implicit in *Ward* and in the philosophy of refugee law in general. This is essentially the responsible position which counsel for the Crown argued before us, a position that is characteristically generous and consistent with Canada's international obligations, and the position which we adopt.

[29] It is unlikely that many countries of former habitual residence will grant their former residents the right to return, but there may be lands that do normally accept back former habitual residents. In such cases, this would affect a claim for refugee status. So long as the claimant does not face persecution in a

trier que l'un d'eux l'a persécuté et qu'il ne peut ou ne veut retourner dans aucun des pays où il a eu sa résidence habituelle. L'imposition de cette obligation à tous les revendicateurs apatrides peut sembler exigeante mais, en regard de l'arrêt *Ward*, nous devons dûment tenir compte des situations dans lesquelles les revendicateurs ont la possibilité de se réfugier ailleurs.

[28] Les apatrides doivent être traités le plus possible de la même façon que les personnes qui ont plus d'une nationalité. Il faut maintenir la symétrie entre ces deux groupes, dans la mesure du possible. Il ne suffit pas de démontrer que l'intéressé a été persécuté dans l'un de ses pays de résidence habituelle—il doit en outre établir qu'il ne peut ou ne veut retourner dans aucun de ces pays. Bien que le Canada accepte avec fierté et de bon cœur son obligation de recevoir les réfugiés et de leur offrir un refuge, cette obligation n'existe pas dans le cas où l'intéressé peut, de façon réaliste et en toute sécurité, se réfugier ailleurs. Ce principe respecte le libellé de la définition et il est compatible avec les règles établies par la Cour suprême dans l'arrêt *Ward*. Une personne n'est pas un réfugié lorsqu'elle pourrait vraisemblablement retourner dans un pays où elle a eu sa résidence habituelle et s'y trouver à l'abri de la persécution. Le revendicateur aurait donc le fardeau, comme dans d'autres contextes, de démontrer, selon la probabilité la plus forte, qu'il ne peut ou ne veut retourner dans aucun des pays où il a eu sa résidence habituelle. Ce fardeau n'est pas déraisonnable. Il exprime simplement de façon expresse un principe qui est implicite dans l'arrêt *Ward* et dans la philosophie du droit applicable aux réfugiés en général. C'est essentiellement le point de vue sérieux que l'avocat de la Couronne a fait valoir devant nous, point de vue qui est caractérisé par sa générosité et sa compatibilité avec les obligations internationales du Canada, et c'est ce point de vue que nous retenons.

[29] Il est peu probable que beaucoup de pays de résidence habituelle accordent à leurs anciens résidents le droit d'y retourner, mais il se peut que certains pays accueillent normalement les personnes qui y ont eu leur résidence habituelle. Cette attitude aurait une incidence sur une revendication du statut du réfugié.

country of former habitual residence that will take him or her back, he or she cannot be determined to be a refugee. The concern expressed by counsel for the appellant that a person might face persecution in a country of former habitual residence if returned or deported there is unrealistic, given our obligations under Article 33 of the Convention not to send people back to where they may be persecuted. If that were even to be considered, it could not be found that they are able or willing to return to a country of habitual residence, for to be able to return to persecution does not, in reality, amount to the ability to return.

[30] I would, therefore, answer the certified question in the following way:

In order to be found to be a Convention refugee, a stateless person must show that, on a balance of probabilities he or she would suffer persecution in any country of former habitual residence, and that he or she cannot return to any of his or her other countries of former habitual residence.

[31] Having disposed of the certified question, the only issue left to be addressed on this appeal is the respondent's assertion that the Trial Judge erred in holding that the Refugee Division erred in its assessment of the appellant's claim against Kuwait. The Trial Judge found that the Board erred by not asking itself nor discussing in any way the fundamental question as to whether the denial of the appellant's right to return to Kuwait was in itself an act of persecution. In *Maarouf and Abdel-Khalik v. Minister of Employment and Immigration*,¹⁷ it was held that the denial of a right to return to a country can in itself be an act of persecution. In *Altawil v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*¹⁸ Simpson J. stated:

While it is clear that a denial of a right to return may, in itself, constitute an act of persecution by a state, it seems to me that there must be something in the real circumstances which suggests persecutorial intent or conduct.¹⁹

Le revendicateur qui n'est pas exposé à la persécution dans un pays où il a eu sa résidence habituelle ne peut se voir reconnaître le statut de réfugié si ce pays accepte qu'il y retourne. La crainte exprimée par l'avocat de l'appelant qu'une personne soit exposée à la persécution dans un pays où elle a eu sa résidence habituelle si elle est renvoyée ou expulsée dans ce pays est irréaliste, compte tenu des obligations du Canada prévues à l'article 33 de la Convention de ne pas renvoyer des personnes dans un pays où elles risquent d'être persécutées. S'il fallait tout de même examiner cette question, on ne pourrait conclure qu'une personne peut ou veut retourner dans son pays de résidence habituelle, car la possibilité de retourner dans un pays qui la persécute ne peut être considérée comme une possibilité réelle de retourner dans ce pays.

[30] Je répondrais donc ainsi à la question certifiée:

Pour se voir reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention, une personne apatride doit démontrer, selon la probabilité la plus forte, qu'elle serait persécutée dans l'un ou l'autre des pays où elle a eu sa résidence habituelle et qu'elle ne peut retourner dans aucun d'eux.

[31] Une fois tranchée la question certifiée, le seul point toujours en litige dans le cadre de l'appel est la prétention de l'intimé portant que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la section du statut de réfugié a mal évalué la revendication de l'appelant en regard du Koweït. Le juge de première instance a conclu que la Commission avait commis une erreur en ne se posant pas et en n'examinant pas la question fondamentale de savoir si la négation du droit de l'appelant de retourner au Koweït constituait en soi un acte de persécution. Dans les décisions *Maarouf* et *Abdel-Khalik c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*¹⁷, la Cour a conclu que la négation du droit de retour dans un pays peut constituer en soi un acte de persécution. Dans la décision *Altawil c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁸, le juge Simpson a déclaré:

Bien qu'il soit manifeste que le déni d'un droit de retour puisse, en soi, constituer un acte de persécution de la part d'un État, il me semble que l'intention ou la conduite de la nature d'une persécution doit transparaître des circonstances réelles de l'affaire¹⁹.

[32] To ensure that a claimant properly qualifies for Convention refugee status, the Board is compelled to ask itself why the applicant is being denied entry to a country of former habitual residence because the reason for the denial may, in certain circumstances, constitute an act of persecution by the state. The issue, therefore, is whether the Board asked itself this question. The following passages of the Board's decision are pertinent to the resolution of this issue:

It appears to this panel that the claimant's fears are based on personal actions of Salah, a former student known to the claimant while he studied in the U.S.A. and his inability to return to Kuwait due to lack of a valid residency permit.

The panel does not consider threats by one person, Salah, as sufficient to constitute persecution, it is not reasonable that the claimant would have fear of a fellow student because he is now a lieutenant in the Kuwaiti army. He is only speculating that Salam [*sic*] would have any interest in him.

Frankly, since the Liberation of Kuwait and the normalization process, Palestinians from Gaza have received extensions of their residence permits and are not being deported as they were at the conclusion of the Gulf War.²⁰

It appears from these passages that the Board did address the question as to why the appellant was unable to return to Kuwait: he lacked a valid residency permit. This satisfies the requirement that the Board inquire into the reasons for denial of entry into one's country of former habitual residence.

[33] The appeal should be dismissed.

MCDONALD J.A.: I agree.

HENRY D.J.: I agree.

[32] Pour s'assurer qu'un revendicateur peut à juste titre se faire reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention, la Commission doit se demander pourquoi le demandeur se voit refuser l'entrée dans un pays où il a eu sa résidence habituelle parce que le motif de la négation de ce droit peut, dans certaines circonstances, constituer un acte de persécution par l'État. La question à résoudre est donc celle de savoir si la Commission s'est posée cette question. Les passages suivants de la décision de la Commission sont pertinents pour répondre à cette question:

[TRADUCTION] Le tribunal constate que les craintes du revendicateur sont fondées sur les actes personnels de Salah, un ancien étudiant que le revendicateur a connu pendant ses études aux États-Unis et sur le fait qu'il ne peut retourner au Koweït parce qu'il n'a pas de permis de résidence valide.

Le tribunal considère que des menaces émanant d'une seule personne, Salah, ne sont pas suffisantes pour constituer de la persécution, il ne serait pas raisonnable que le revendicateur craigne un camarade d'études parce qu'il est maintenant lieutenant dans l'armée koweïtienne. Il s'imagine simplement que Salam [*sic*] s'intéresserait à lui.

Franchement, depuis la libération du Koweït et le processus de normalisation, les Palestiniens de Gaza obtiennent des prolongations de leurs permis de résidence et ne sont plus expulsés comme ils l'étaient à la fin de la guerre du Golfe²⁰.

Il ressort de ces passages que la Commission a examiné la question de savoir pourquoi l'appelant ne pouvait retourner au Koweït: il n'avait pas de permis de résidence valide. La Commission s'est donc acquittée de son obligation d'examiner les motifs du refus de laisser entrer une personne dans un pays où elle a eu sa résidence habituelle.

[33] L'appel est rejeté.

MCDONALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE SUPPLÉANT HENRY: Je souscris à ces motifs.

¹ R.S.C., 1985, c. I-2 [s. 2(1) (as am. by R.S.C., (1985) (4th Supp.), c. 28, s. 1] (the Act).

² [1993] 2 S.C.R. 689.

³ *Ibid.*, at p. 709.

⁴ *Ward*, *supra*, note 2, at p. 753. Since that decision the Act has been amended to codify this requirement. S. 2(1.1)

¹ L.R.C. (1985), ch. I-2 [art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1] (la Loi).

² [1993] 2 R.C.S. 689.

³ *Ibid.*, à la p. 709.

⁴ *Ward*, précité, note 2, à la p. 753. Depuis le prononcé de cet arrêt, la Loi a été modifiée pour codifier cette exigence.

[as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 1] states:

2. . . .

(1.1) For the purposes of the definition "Convention refugee" in subsection (1), where a person has more than one nationality, all references to the person's nationality in that definition shall be construed as applying to each of the countries of which the person is a national.

⁵ See *Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 589 (C.A.).

⁶ See *Khatib v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 83 F.T.R. 310 (F.C.T.D.); aff'd [1996] F.C.J. No. 968 (C.A.) (QL).

⁷ SOR/93-45.

⁸ Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (Leyden: A.W. Sijthoff, 1966), Vol. 1, at p. 162.

⁹ James Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths: Toronto, 1991), at p. 62.

¹⁰ *Ibid.*, at p. 59.

¹¹ *Maarouf v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 723 (T.D.), at pp. 739-740.

¹² See the overly harsh criticism of Hathaway by Goodwin-Gill, "Stateless Persons and Protection under the 1951 Convention or Refugees, Beware of Academic Error!", in *Développements récents en droit de l'immigration (1993)*. Les Éditions Yvon Blais, at p. 91.

¹³ (1995), 104 F.T.R. 59 (F.C.T.D.).

¹⁴ *Supra*, note 11.

¹⁵ *Ibid.*, at p. 739.

¹⁶ Office of United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. (1979, Geneva), at p. 24.

¹⁷ (1994), 73 F.T.R. 211 (F.C.T.D.).

¹⁸ (1996), 114 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).

¹⁹ *Ibid.*, at p. 243.

²⁰ Decision of the Board, Appeal Book, Vol. 1, at p. 15.

L'art. 2(1.1) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 1] se lit comme suit:

2. . . .

(1.1) Pour l'application de la définition de «réfugié au sens de la Convention» au paragraphe (1), dans le cas d'une personne qui a la nationalité de plus d'un pays, l'expression «pays dont elle a la nationalité» s'entend de chacun des pays dont elle a la nationalité.

⁵ Voir l'arrêt *Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 589 (C.A.).

⁶ Voir *Khatib c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 83 F.T.R. 310 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par [1996] A.C.F. n^o 968 (C.A.) (QL).

⁷ DORS/93-45.

⁸ Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (Leyden: A.W. Sijthoff, 1966), vol. 1, à la p. 162.

⁹ James Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths: Toronto, 1991), à la p. 62.

¹⁰ *Ibid.*, à la p. 59.

¹¹ *Maarouf c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 723 (1^{re} inst.), aux p. 739 et 740.

¹² Voir la critique très sévère d'Hathaway faite par Goodwin-Gill, «Stateless Persons and Protection under the 1951 Convention or Refugees, Beware of Academic Error!», dans *Développements récents en droit de l'immigration (1993)*. Les Éditions Yvon Blais, à la p. 91.

¹³ (1995), 104 F.T.R. 59 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁴ *Supra*, note 11.

¹⁵ *Ibid.*, à la p. 739.

¹⁶ Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut d'un réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. (1979, Genève), à la p. 24.

¹⁷ (1994), 73 F.T.R. 211 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁸ (1996), 114 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁹ *Ibid.*, à la p. 243.

²⁰ Décision de la Commission, Cahier d'appel, vol. I, à la p. 15.

IMM-2788-97

IMM-2788-97

Peter Ndebele Gwala (*Applicant*)**Peter Ndebele Gwala** (*demandeur*)

v.

c.

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

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Ottawa and Vancouver (video conference), May 14; Ottawa, May 25, 1998.

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—Ottawa et Vancouver (vidéoconférence), 14 mai; Ottawa, 25 mai 1998.

Citizenship and Immigration — Judicial review — Federal Court jurisdiction — Judicial review of Senior Immigration Officer's (SIO) decision applicant ineligible pursuant to Immigration Act, s. 46.4(1) to have refugee status claim determined by CRDD, declaring Refugee Division's decision re: claim null, void — Applicant granted Convention refugee status — SIO subsequently concluding applicant obtained referral to Refugee Division by fraud, misrepresentation of material fact — Court lacking jurisdiction on judicial review to decide constitutional questions because SIO lacking power to determine questions of law — Administrative tribunal not having independent source of jurisdiction pursuant to Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Powers to determine questions of law must be conferred either expressly or implicitly — Immigration Act not expressly conferring on SIO authority to consider questions of law — Courts have yet to decide whether jurisdiction conferred implicitly on SIO to consider questions of law — S.C.C. case suggesting tribunal should have adjudicative role to have power to determine questions of law — SIO not having adjudicative function — Simple administrative procedure whereby SIO making decision as to refugee claimant's eligibility — Parliament not intending to confer on SIO s. 52(1) jurisdiction — Question certified: Whether SIOs having implied jurisdiction to decide questions of law; if not, whether F.C.T.D., when hearing judicial review application under Federal Court Act, s. 18.1, having jurisdiction to decide constitutional validity of Immigration Act section.

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Compétence de la Cour fédérale — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration principale a conclu, par application de l'art. 46.4(1) de la Loi sur l'immigration, que le demandeur n'était pas recevable à soumettre sa revendication du statut de réfugié à la CISR et que la décision de la section du statut à ce sujet était nulle et de nul effet — Le demandeur avait obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention — Par la suite, l'agente principale a conclu qu'il avait obtenu que son cas fût soumis à la section du statut par des moyens frauduleux et des fausses indications — La Cour n'avait pas compétence, sur recours en contrôle judiciaire, pour trancher des questions constitutionnelles, parce que l'agente principale n'avait pas le pouvoir de juger des questions de droit — Un tribunal administratif n'a aucune compétence inhérente au regard de l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 — Le pouvoir de juger des questions de droit doit lui être conféré expressément ou implicitement — La Loi sur l'immigration n'investissait pas expressément l'agente principale du pouvoir de juger des questions de droit — Les tribunaux n'ont pas encore tranché la question de savoir si les agents d'immigration principaux ont implicitement un pareil pouvoir — Selon un arrêt de la C.S.C., un tribunal administratif devrait être investi de fonctions juridictionnelles pour avoir le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit — L'agente principale n'est pas investie de fonctions juridictionnelles — Il s'agit d'un simple processus administratif dans lequel l'agent principal se prononce sur la recevabilité de la revendication du statut de réfugié — Le législateur n'avait pas l'intention d'investir les agents d'immigration principaux du pouvoir d'appliquer l'art. 52(1) — Question certifiée: les agents d'immigration supérieurs sont-ils implicitement investis du pouvoir de se prononcer sur des questions de droit et, dans la négative, la Section de première instance de la Cour fédérale a-t-elle compétence, sur recours en contrôle judiciaire exercé en application de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, pour se prononcer sur la validité constitutionnelle d'un article de la Loi sur l'immigration?

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of Senior Immigration Officer's (SIO) decision applicant ineligible pursuant to Immigration Act, s. 46.4(1) to have claim for refugee status determined by CRDD, declaring Refugee Division's decision re: claim null, void — Applicant granted Convention refugee status — SIO subsequently concluding applicant obtained referral to Refugee Division by fraud, misrepresentation of material fact — Application dismissed — S. 46.4 providing for "redetermination of eligibility" where prior positive finding on eligibility induced by fraud, misrepresentation — Not amounting to return to country where found to have well-founded fear of persecution — Applicant not Convention refugee — But for fraud, would never have been considered refugee — Argument once Convention refugee determination made, finding of misrepresentation, fraud cannot supplant it, creating distinction based on stage at which fraud, misrepresentation found out — Cannot make such distinctions — As any right applicant may have had as Convention refugee obtained by fraud, not entitled to it — Furthermore, s. 46.4 eligibility provision — F.C.A. holding eligibility screening terminating right of refugee claimants to claim protection under Charter, s. 7 — No s. 7 right engaged by s. 46.4.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Judicial review of Senior Immigration Officer's (SIO) decision applicant ineligible pursuant to Immigration Act, s. 46.4(1) to have claim for refugee status determined by CRDD, declaring Refugee Division's decision re: claim null, void — Applicant granted Convention refugee status — SIO subsequently concluding applicant obtained referral to Refugee Division by fraud, misrepresentation of material fact — Charter, s. 12 not offended by s. 46.4 — Refugee claimant obliged to truthfully present circumstances of case to SIO under s. 45(5) — To allow refugee claimants who misrepresent themselves or attempt by fraud to obtain protection of Canadian state to gain rights, would outrage society's standards of decency.

This was an application for judicial review of a senior immigration officer's (SIO) decision that the applicant was ineligible pursuant to *Immigration Act*, subsection 46.4(1) to

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration principale a conclu, par application de l'art. 46.4(1) de la Loi sur l'immigration, que le demandeur n'était pas recevable à soumettre sa revendication du statut de réfugié à la CISR et que la décision de la section du statut à ce sujet était nulle et de nul effet — Le demandeur avait obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention — Par la suite, l'agente principale a conclu qu'il avait obtenu que son cas fût soumis à la section du statut par des moyens frauduleux et des fausses indications — Recours en contrôle judiciaire rejeté — L'art. 46.4 prévoit le «réexamen de la recevabilité» si la décision conchuant à la recevabilité a été causée par le recours à des moyens frauduleux ou à de fausses indications — Cette mesure n'équivaut pas au refoulement dans un pays où il y a un risque fondé de persécution — Le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention — N'eût été les moyens frauduleux qu'il a employés, il n'aurait jamais été reconnu réfugié — L'argument selon lequel, une fois reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention, cette reconnaissance ne peut être anéantie par la conclusion qu'il y a eu recours à des moyens frauduleux et à de fausses indications instituerait une distinction en fonction du moment des moyens frauduleux ou fausses indications — Il ne saurait y avoir de distinctions de ce genre — Comme tout droit que le demandeur aurait acquis à titre de réfugié au sens de la Convention aurait été obtenu par des moyens frauduleux, il ne pourrait y prétendre — Qui plus est, l'art. 46.4 est une disposition portant sur la recevabilité — La C.A.F. a jugé que l'examen préalable de la recevabilité met fin au droit des demandeurs de statut de réfugié de prétendre à la protection assurée par l'art. 7 — Aucun des droits prévus à l'art. 7 n'est touché par l'art. 46.4.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Contrôle judiciaire contre la décision par laquelle une agente d'immigration principale a conclu, par application de l'art. 46.4(1) de la Loi sur l'immigration, que le demandeur n'était pas recevable à soumettre sa revendication du statut de réfugié à la CISR et que la décision de la section du statut à ce sujet était nulle et de nul effet — Le demandeur avait obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention — Par la suite, l'agente principale a conclu qu'il avait obtenu que son cas fût soumis à la section du statut par des moyens frauduleux et des fausses indications — L'art. 46.4 de la Loi ne porte pas atteinte à l'art. 12 de la Charte — Le demandeur de statut de réfugié a, selon l'art. 45(5), l'obligation d'expliquer honnêtement sa situation à l'agent d'immigration principal — Permettre aux demandeurs de statut de donner des fausses indications sur leur propre cas ou de chercher par des moyens frauduleux la protection de l'État canadien heurterait les normes sociétales de décence.

Il y avait en l'espèce recours en contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration principale a conclu, par application du paragraphe 46.4(1) de la *Loi sur*

have his refugee status claim determined by the Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division. The applicant had been granted refugee status in August 1994. It subsequently came to light that the eligibility decision may have been obtained through fraud and misrepresentation of a material fact, namely that the applicant had previously made a refugee claim in Canada which had been denied. After an interview, the SIO concluded, pursuant to section 46.4, that the applicant had obtained his referral to the Refugee Division by fraud and misrepresentation of a material fact. She then revisited the initial eligibility decision and determined that, pursuant to subsection 46.01(1), the applicant was ineligible for determination of his claim by the Refugee Division because he had already had a claim decided by the tribunal. She also advised the applicant that pursuant to subsection 46.4(2), any decision rendered by the Refugee Division in respect of his refugee claim would be null and void.

The applicant challenged the constitutionality of section 46.4 in so far as it required the making of an order which violated his rights under Charter, sections 7 and 12.

The issues were: (1) whether the Court had jurisdiction on judicial review to decide the constitutional question; (2) whether the SIO had the power under *Constitution Act, 1982*, subsection 52(1) to declare inoperative sections of the *Immigration Act*; (3) whether, in so far as a refugee claimant has been declared a Convention refugee by the Refugee Division, it violates a refugee claimant's rights to life, liberty and security of the person guaranteed by Charter, section 7 to void the Refugee Division's decision, revisit the initial eligibility decision and declare the claimant ineligible to make a claim, because it exposes the claimant to return to the country where he was determined to have a well-founded fear of persecution; and (4) whether it would amount to cruel and unusual treatment to return the applicant to a country where he faces a risk of persecution.

Held, the application should be dismissed.

(1) This Court lacked jurisdiction on judicial review to decide the constitutional question because the SIO did not have the power to determine the constitutional validity of section 46.4.

(2) An administrative tribunal does not have an independent source of jurisdiction pursuant to *Constitution Act, 1982*, subsection 52(1). Rather, the powers to determine questions of law must have been conferred on it either expressly or implicitly by the legislature before it is able, by virtue of subsection 52(1), to declare inoperative provisions of its empowering legislation. There is no provision in the *Immigration Act* which expressly confers on an SIO the

l'immigration, que le demandeur n'était pas recevable à soumettre sa revendication du statut de réfugié à la section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Le demandeur avait obtenu le statut de réfugié en août 1994. Par la suite, il est apparu que cette revendication aurait été déclarée recevable à la suite de moyens frauduleux et de fausses indications, en ce que le demandeur avait déjà revendiqué le statut de réfugié au Canada et que cette revendication antérieure avait été rejetée. Après une entrevue, l'agente principale a conclu, en application de l'article 46.4, qu'il avait obtenu que son cas fût soumis à la section du statut par des moyens frauduleux et des fausses indications. Revenant sur la décision initiale de recevabilité, elle a décidé, en application du paragraphe 46.01(1), qu'il n'était pas recevable à l'époque à saisir la section du statut, parce que celle-ci s'était déjà prononcée sur une revendication qu'il avait faite auparavant. Elle l'informait aussi que, conformément au paragraphe 46.4(2), toute décision rendue par la section du statut au sujet de sa revendication du statut de réfugié serait nulle et de nul effet.

Le demandeur a contesté la constitutionnalité de l'article 46.4 en ce qu'il prescrivait de rendre une ordonnance qui portait atteinte aux droits que lui garantissent les articles 7 et 12 de la Charte.

Il s'agissait de savoir: 1) si la Cour avait compétence, sur recours en contrôle judiciaire, pour se prononcer sur la question constitutionnelle; 2) si l'agente principale tenait du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* le pouvoir d'invalider des articles de la *Loi sur l'immigration*; 3) si, dans la mesure où quelqu'un a été déclaré réfugié au sens de la Convention par la section du statut, c'est une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité que garanti par l'article 7 que d'annuler la décision de la section du statut, de revenir sur la décision de recevabilité initiale et de déclarer l'intéressé irrecevable à faire sa revendication, parce que pareille mesure expose l'intéressé au risque d'être refoulé dans le pays même dont il a été jugé qu'il avait raison de craindre d'y être persécuté; et 4) si ce serait un traitement cruel et inusité de renvoyer le demandeur dans un pays où il risque la persécution.

Jugement: le recours en contrôle judiciaire doit être rejeté.

1) La Cour n'avait pas compétence, sur recours en contrôle judiciaire, pour trancher la question constitutionnelle, parce que l'agente principale n'avait pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 46.4.

2) Un tribunal administratif n'a aucune compétence inhérente au regard du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Au contraire, il faut qu'il tienne au préalable de la loi, expressément ou implicitement, le pouvoir de juger des questions de droit avant de pouvoir s'appuyer sur le paragraphe 52(1) pour déclarer inopérantes des dispositions de sa propre loi d'habilitation. La *Loi sur l'immigration* ne comporte aucune disposition investissant

authority to consider questions of law. And the courts have not yet decided whether SIOs have implicit jurisdiction to consider questions of law.

It has been suggested that for a tribunal to have the power to determine questions of law, it should have an adjudicative role. The scheme of the Act supports a finding that an SIO does not have an adjudicative function. Clearly, the legislator intended a simple administrative procedure whereby the SIO would make a decision with respect to the eligibility of the refugee claimant. Parliament did not intend to confer on the SIO subsection 52(1) jurisdiction. The SIO lacks any special expertise in dealing with questions of law, and does not have jurisdiction to decide such questions.

(3) Section 46.4 provides for the redetermination of eligibility by the SIO, in the event that a prior positive finding on eligibility was induced by fraud or misrepresentation. This does not amount to the return (*refoulement*) of a Convention refugee. In fact, the applicant was not a Convention refugee. Were it not for his fraud or misrepresentation, he would have been precluded from the refugee determination system, and never considered a refugee for the purposes of the Act.

To accept the argument that once a Convention refugee determination is made, a finding of misrepresentation and fraud cannot supplant it, would create a distinction between refugee claimants whose fraud or misrepresentation was discovered before their claim was referred to the Refugee Division and who were precluded from the system, and those who managed to keep their fraud or misrepresentation from being discovered on time, thereby having their claim referred and then accepted by the Board. A distinction cannot be based on the stage at which the fraud was perpetrated or the misrepresentation was found out. Any right that the applicant may have had as a Convention refugee was obtained by way of fraud, and therefore he was not entitled to it.

Furthermore, section 46.4 is an eligibility provision. The Federal Court of Appeal has held that eligibility screening has terminated the right of refugee claimants to claim protection under section 7. Thus, no section 7 right was engaged by section 46.4.

(4) Charter, section 12 is not offended by section 46.4. A refugee claimant has an obligation to truthfully present the circumstances of his case to the SIO under subsection 45(5). To allow a refugee claimant who misrepresents himself or

expressément l'agente principale du pouvoir de juger des questions de droit. Les tribunaux n'ont pas encore tranché la question de savoir si les agents d'immigration principaux ont implicitement un pareil pouvoir.

Il semble qu'un tribunal administratif n'a le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit que s'il est investi de fonctions juridictionnelles. Il ressort de l'économie de la Loi que l'agente principale n'est pas investie de fonctions juridictionnelles. Il est manifeste que le législateur envisageait un simple processus administratif dans lequel l'agent principal se prononce sur la recevabilité de la revendication du statut de réfugié. Le législateur n'avait pas l'intention d'investir les agents d'immigration principaux du pouvoir d'appliquer le paragraphe 52(1). L'agente principale n'a aucune expertise spéciale pour juger des questions de droit et n'a pas compétence pour décider de ces questions.

3) L'article 46.4 prévoit le réexamen de la recevabilité par l'agent principal, si la décision concluant à la recevabilité a été causée par le recours aux moyens frauduleux ou aux fausses indications. Cette mesure n'équivaut pas au renvoi (*refoulement*) d'un réfugié au sens de la Convention. En fait, le demandeur n'en était pas un. N'eût été les moyens frauduleux ou fausses indications qu'il a employés, il aurait été exclu du système d'examen des revendications du statut de réfugié et n'aurait jamais été reconnu réfugié sous le régime de la Loi.

Faire droit à l'argument selon lequel, une fois reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention, cette reconnaissance ne peut être anéantie par la conclusion qu'il y a eu recours à des moyens frauduleux et à de fausses indications instituerait une distinction entre les demandeurs de statut de réfugié dont les moyens frauduleux ou fausses indications ont été découverts avant que leur revendication n'ait été soumise à la section du statut et qui ont été exclus du système, et ceux qui ont réussi à soustraire leurs moyens frauduleux ou fausses indications à la découverte en temps voulu, et qui voient leur revendication instruite et acceptée par la section du statut. On ne saurait créer une distinction en fonction du moment où moyens frauduleux ont été employés ou celui où les fausses indications ont été mises à jour. Tout droit que le demandeur aurait acquis à titre de réfugié au sens de la Convention a été obtenu par des moyens frauduleux; il s'ensuit qu'il ne pourrait y prétendre.

Qui plus est, l'article 46.4 est une disposition portant sur la recevabilité. La Cour d'appel fédérale a jugé que l'examen préalable de la recevabilité met fin au droit des demandeurs de statut de réfugié de prétendre à la protection assurée par l'article 7. Ainsi donc, aucun des droits prévus à l'article 7 n'a été touché par l'article 46.4.

4) L'article 46.4 de la Loi ne porte pas atteinte à l'article 12 de la Charte. Le demandeur de statut de réfugié a, selon le paragraphe 45(5), l'obligation d'expliquer honnêtement sa situation à l'agent d'immigration principal. Permettre au

who attempts to fraudulently obtain the protection of the Canadian state to use his misrepresentation to gain rights would outrage society's standards of decency.

As the case law stands, the only avenue remaining for challenging the validity of section 46.4 would be to bring an action in the Federal Court or a provincial superior court for a declaration of constitutional invalidity simultaneously with a judicial review proceeding in the Federal Court, which would have to be stayed pending the outcome of the action (or, in the event that the parties failed to do so, the Court would have to sever the proceeding into an action and a judicial review). This multiplicity of procedures would be impractical, costly and time consuming. Moreover, the judicial review proceeding might be the appropriate way of dealing with situations similar to this. *Federal Court Act*, paragraph 18.1(4)(f) is a basket clause which allows the Court to intervene where a tribunal has "acted in any other way that was contrary to the law". It has been noted that this provision was added to allow the Court on judicial review to consider Charter issues where the tribunal whose decision is under review did not have the power to decide questions of law. The introduction of fresh evidence on Charter issues should be allowed, although normally on judicial review only evidence that was before the decision maker can be considered. This is an important consideration when dealing with a section 1 argument under the Charter.

The following question was certified: whether SIOs have implied jurisdiction to decide questions of law, and if not, whether the Trial Division, when hearing an application for judicial review under *Federal Court Act*, section 18.1, has jurisdiction to decide a constitutional challenge to the validity of a section of the *Immigration Act*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 12.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
- Family Allowances Act, 1973*, S.C. 1973-74, c. 44, s. 15.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(f) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 4).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 45(5) (as amended by S.C. 1992, c. 49, s. 35), 46.01(1) (as enacted by

demandeur de statut de donner des fausses indications sur son propre cas ou de chercher par des moyens frauduleux la protection de l'État canadien heurterait les normes sociétales de décence.

Selon les règles jurisprudentielles actuelles, la contestation de la constitutionnalité de l'article 46.4 se ferait uniquement par voie d'action en invalidité constitutionnelle devant la Cour fédérale ou une cour supérieure et simultanément par un recours en contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, lequel recours serait nécessairement suspendu en attendant l'issue de l'action (ou, faute par les parties de le faire, la Cour aurait à scinder la procédure en une action et un recours en contrôle judiciaire). Cette multiplicité des procédures semble fort encombrante, coûteuse et prendrait beaucoup de temps. De plus, le recours en contrôle judiciaire pourrait être la voie de droit qui s'impose dans les affaires comme en l'espèce. L'alinéa 18.1(4)f) de la *Loi sur la Cour fédérale* est une disposition fourre-tout qui habilite la Cour à intervenir lorsqu'un office fédéral «a agi de toute autre façon contraire à la loi». Il a été mentionné que cette disposition a été ajoutée pour permettre à la Cour de se prononcer, lors de recours en contrôle judiciaire, sur des questions touchant à la Charte dans les cas où le tribunal administratif dont la décision est contestée n'a pas compétence pour décider des questions de droit. Il faut permettre la production des preuves nouvelles relatives aux questions touchant à la Charte, bien que normalement, sur recours en contrôle judiciaire, seront seules examinées les preuves qui ont été administrées devant la juridiction administrative. Il s'agit là d'un facteur important en cas d'argument fondé sur l'article premier de la Charte.

La question suivante a été certifiée: les agents d'immigration supérieurs sont-ils implicitement investis du pouvoir de se prononcer sur des questions de droit et, dans la négative, la Section de première instance a-t-elle compétence, sur recours en contrôle judiciaire exercé en application de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour entendre une contestation de la validité constitutionnelle d'un article de la *Loi sur l'immigration*?

LOIS ET RÉGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 12.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).
- Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 31.
- Loi de 1973 sur les allocations familiales*, S.C. 1973-74, ch. 44, art. 15.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)f) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).

R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9), 46.4 (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 11).

Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 31.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Cooper v. Canada (Human Rights Commission), [1996] 3 S.C.R. 854; (1996); 140 D.L.R. (4th) 193; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Berrahma v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (F.C.A.); *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.); *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 612; (1994), 22 Imm. L.R. (2d) 105; 73 F.T.R. 279 (T.D.).

CONSIDERED:

Têtreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission), [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 91 CLLC 14,023; 126 N.R. 1; *Têtreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 CLLC 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.); *Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*, [1991] 3 F.C. 242; (1991), 83 D.L.R. (4th) 440; 14 Imm. L.R. (2d) 13; 127 N.R. 342 (C.A.);

REFERRED TO:

Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College, [1990] 3 S.C.R. 570; (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; [1991] 1 W.W.R. 643; 52 B.C.L.R. (2d) 68; 91 CLLC 17,002; 118 N.R. 340; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; [1993] 7 W.W.R. 641; 56 W.A.C. 1; 82 B.C.L.R. (2d) 273; 34 B.C.A.C. 1; 85 C.C.C. (3d) 15; 24 C.R. (4th) 281; 158 N.R. 1; *Yamani v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 1 F.C. 174; (1995), 129 D.L.R. (4th) 226 (T.D.); *Franz v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 80 F.T.R. 79 (F.C.T.D.); *Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship*

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 45(5) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35), 46.01(1) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9), 46.4 (édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 11).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne), [1996] 3 R.C.S. 854; (1996); 140 D.L.R. (4th) 193; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Berrahma c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 132 N.R. 202 (C.A.F.); *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.); *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 612; (1994), 22 Imm. L.R. (2d) 105; 73 F.T.R. 279 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Têtreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration), [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 91 CLLC 14,023; 126 N.R. 1; *Têtreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 CLLC 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (C.A.F.); *Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*, [1991] 3 C.F. 242; (1991), 83 D.L.R. (4th) 440; 14 Imm. L.R. (2d) 13; 127 N.R. 342 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College, [1990] 3 R.C.S. 570; (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; [1991] 1 W.W.R. 643; 52 B.C.L.R. (2d) 68; 91 CLLC 17,002; 118 N.R. 340; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; [1993] 7 W.W.R. 641; 56 W.A.C. 1; 82 B.C.L.R. (2d) 273; 34 B.C.A.C. 1; 85 C.C.C. (3d) 15; 24 C.R. (4th) 281; 158 N.R. 1; *Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 1 C.F. 174; (1995), 129 D.L.R. (4th) 226 (1^{re} inst.); *Franz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 80 F.T.R. 79 (C.F. 1^{re} inst.); *Ismaili c. Canada*

and Immigration) (1995), 100 F.T.R. 139; 29 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.T.D.); *Sivaraj v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 64 (F.C.T.D.); affd *sub nom. Nagarajah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, A-42-96, Robertson J.A., judgment dated 23/5/96, not reported; *sub nom. Gowrinathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, A-72-96, Robertson J.A., judgment dated 23/5/96, not reported; *sub nom. Vilvaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, A-74-96, Robertson J.A., judgment dated 23/5/96, not reported.

(*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*) (1995), 100 F.T.R. 139; 29 Imm. L.R. (2d) 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Sivaraj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 64 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par *sub nom. Nagarajah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, A-42-96, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 23-5-96, inédit; *sub nom. Gowrinathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, A-72-96, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 23-5-96, inédit; *sub nom. Vilvaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, A-74-96, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 23-5-96, inédit.

AUTHORS CITED

Desjardins, Alice. "Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada: The New Style in a Pluralist Setting", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto: Carswell, 1992.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, Vol. 1, Toronto: Butterworths, 1992.

APPLICATION for judicial review of a senior immigration officer's decision that the applicant was ineligible pursuant to *Immigration Act*, subsection 46.4(1) to have his refugee status claim determined by the Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division, and declaring the Refugee Division's decision that he was a Convention refugee null and void because it was based on fraud and misrepresentation of a material fact. Application dismissed and question certified.

COUNSEL:

Carolyn McCool for applicant.
Leigh A. Taylor for respondent.

SOLICITORS:

Legal Services Society Immigration and Refugee Law Clinic, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

DOCTRINE

Desjardins, Alice. «Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada: The New Style in a Pluralist Setting», in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto: Carswell, 1992.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, Vol. 1, Toronto: Butterworths, 1992.

RECOURS en contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration principale a conclu, par application du paragraphe 46.4(1) de la *Loi sur l'immigration*, que le demandeur n'était pas recevable à soumettre sa revendication du statut de réfugié à la section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, et que la décision de la section du statut selon laquelle il était un réfugié au sens de la Convention était nulle et de nul effet parce qu'elle était fondée sur des moyens frauduleux et de fausses indications. Recours en contrôle judiciaire rejeté et question certifiée.

AVOCATS:

Carolyn McCool pour le requérant.
Leigh A. Taylor pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Legal Services Society Immigration and Refugee Law Clinic, Vancouver, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is an application for judicial review of a decision of a senior immigration officer (SIO) wherein it was determined that the applicant was ineligible, pursuant to subsection 46.4(1) of the *Immigration Act*¹ (Act), to have his claim for refugee status determined by the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (Refugee Division).

[2] In November 1993, the applicant attended the Canada Immigration office in Vancouver to make a refugee claim. He stated that he was a citizen of South Africa. His claim was referred to the Refugee Division which eventually granted him refugee status in August 1994. Evidence subsequently came to the attention of the respondent, however, that the eligibility decision may have been obtained through fraud and misrepresentation of a material fact, namely, that the applicant had previously made a refugee claim in Canada which was denied.

[3] While attending the Canada Immigration office in Vancouver in January 1995, the applicant was apprehended by an investigation officer who believed him to be Louis Onodjamue against whom an arrest warrant had been issued. Mr. Onodjamue came to Canada in October 1990. He claimed to be a citizen of Nigeria and asked for refugee status which he was eventually denied by the Refugee Division. The immigration authorities were unable, however, to effect Mr. Onodjamue's removal from Canada as his whereabouts were unknown at the time.

[4] Following the applicant's arrest, a detention hearing was held. The applicant advised the adjudicator that he was really Peter Gwala. He explained that while he was sitting in the waiting room, the real Mr. Onodjamue handed him his documents while he went to the bathroom. When Mr. Onodjamue's name was called, the applicant stood up with the documents.

[5] Meanwhile the immigration authorities were conducting an investigation into the applicant's identity. His prints were compared with Mr. Onodjamue's prints contained in his passport. The

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: Il y a en l'espèce recours en contrôle judiciaire contre la décision par laquelle une agente d'immigration principale a conclu, par application du paragraphe 46.4(1) de la *Loi sur l'immigration*¹ (la Loi), que le demandeur n'était pas recevable à soumettre sa revendication du statut de réfugié à la section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

[2] En novembre 1993, le demandeur s'est présenté au bureau d'Immigration Canada à Vancouver pour revendiquer le statut de réfugié, en se disant citoyen d'Afrique du Sud. Sa revendication a été soumise à la section du statut, qui lui a subséquemment reconnu le statut de réfugié en août 1994. Par la suite cependant, la défenderesse a été saisie de preuves indiquant que cette revendication aurait été déclarée recevable à la suite de moyens frauduleux et de fausses indications, en ce que le demandeur avait déjà revendiqué le statut de réfugié au Canada et que cette revendication antérieure avait été rejetée.

[3] En janvier 1995, le demandeur a été arrêté pendant qu'il se trouvait au bureau d'Immigration Canada à Vancouver, par un investigateur qui pensait qu'il était Louis Onodjamue, contre lequel un mandat d'arrêt avait été lancé. M. Onodjamue était arrivé en octobre 1990 au Canada, où il se disait citoyen du Nigéria et revendiquait le statut de réfugié. Sa revendication a été rejetée par la section du statut, mais les autorités de l'immigration n'étaient pas en mesure de le renvoyer hors du Canada, faute d'avoir pu le retrouver.

[4] Au cours de l'audience relative à la garde, qui faisait suite à son arrestation, le demandeur a informé l'arbitre qu'il était vraiment Peter Gwala et que, pendant qu'il était assis dans la salle d'attente, le vrai M. Onodjamue lui avait remis des documents avant d'entrer dans les toilettes. Lorsque le nom de M. Onodjamue fut appelé, le demandeur s'est levé avec ces documents en main.

[5] Dans l'intervalle, les autorités de l'immigration ont procédé à une vérification de l'identité du demandeur. Ses empreintes digitales ont été comparées aux empreintes digitales dans le passeport de M.

results of the analysis were inconclusive. Fingerprints could not be compared because Onodjamue's passport fingerprint was not good enough. A handwriting analysis was then done. Handwriting samples contained in documents taken from the file of Onodjamue were compared with those taken from the file of Gwala. It was determined, based on the significant handwriting similarities coupled with the lack of significant differences, that the same person wrote all the samples.

[6] In a letter addressed to the applicant, the respondent advised him that he may have obtained his referral to the Refugee Division on the basis of fraud and misrepresentation. The letter also invited the applicant to attend before a SIO in order to address the evidence to be considered in his case. The applicant was provided with copies of this evidence.

[7] At the interview, the applicant was accompanied by his counsel. He was given the opportunity to make oral submissions. He declined, but later provided written submissions.

[8] The SIO advised the applicant of her decision in a letter dated June 17, 1997. She concluded, pursuant to section 46.4 [as enacted *idem*] of the Act, that the applicant had in fact obtained his referral to the Refugee Division on the basis of fraud and misrepresentation of a material fact. The SIO then revisited the initial eligibility decision and determined that, pursuant to subsection 46.01(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9] of the Act, the applicant was ineligible for determination of his claim by the Refugee Division because he already had a claim decided by the tribunal. She also advised the applicant that pursuant to subsection 46.4(2) of the Act, any decision rendered by the Refugee Division in respect of his refugee claim would be null and void.

[9] The applicant now seeks judicial review of the SIO's decision, challenging the constitutionality of

Onodjamue. Les résultats de l'analyse n'étaient pas concluants, ces empreintes digitales ne pouvant être comparées puisque celles qui se trouvaient dans le passeport de M. Onodjamue n'étaient pas assez nettes. Il y a eu alors une analyse des écritures. Des échantillons d'écriture tirés du dossier d'Onodjamue ont été comparés à des échantillons tirés du dossier de Gwala. Il a été jugé, à la lumière des similarités significatives et de l'absence de différences significatives, que ces échantillons étaient écrits de la main de la même personne.

[6] Dans une lettre adressée au demandeur, la défenderesse l'a informé qu'il avait peut-être obtenu que sa revendication fût soumise à la section du statut par des moyens frauduleux ou des fausses indications. Elle l'invitait aussi à se présenter devant un agent d'immigration principal pour s'expliquer sur les preuves recueillies à son sujet et dont copie était jointe à la lettre.

[7] Au cours de l'entrevue, le demandeur, qui était assisté de son avocat, s'est vu donner la possibilité de faire des observations de vive voix. Il a décliné l'offre, mais a présenté par la suite des observations écrites.

[8] L'agente principale a informé le demandeur de sa décision par lettre en date du 17 juin 1997, où elle a conclu, en application de l'article 46.4 [édicte, *idem*] de la Loi, qu'il avait en fait obtenu que son cas fût soumis à la section du statut par des moyens frauduleux et des fausses indications. Revenant sur la décision initiale de recevabilité, elle a décidé, en application du paragraphe 46.01(1) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9] de la Loi, qu'il n'était pas recevable à l'époque à saisir la section du statut, parce que celle-ci s'était déjà prononcée sur une revendication qu'il avait faite auparavant. Elle l'informait aussi que conformément au paragraphe 46.4(2) de la Loi, toute décision rendue par la section du statut au sujet de sa revendication du statut de réfugié serait nulle et de nul effet.

[9] Le demandeur agit maintenant en contrôle judiciaire contre la décision ci-dessus de l'agente principa-

section 46.4 of the Act in so far as it requires the making of an order which violates his constitutional rights. Section 46.4 reads:

46.4 (1) Where a person's claim has been referred to the Refugee Division and a senior immigration officer is satisfied that the decision with respect to the eligibility of the person to have their claim referred was based on fraud or a misrepresentation of a material fact and the person would not otherwise be eligible to have their claim referred, the senior immigration officer shall forthwith

(a) make a determination that the person is ineligible to have their claim referred to the Refugee Division; and

(b) notify the Refugee Division of that determination.

(2) On being notified pursuant to subsection (1), the Refugee Division shall terminate its consideration of the claim and any decision made by the Refugee Division in respect of the claim is null and void.

1. JURISDICTIONAL ISSUE

[10] Before addressing the constitutional questions, I must first deal with the preliminary issue raised by the respondent with respect to this Court's jurisdiction. The respondent takes the position that this Court does not have the jurisdiction on judicial review to decide the constitutional questions because the SIO does not have the power under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*² to declare inoperative sections of the *Immigration Act*.

[11] For this proposition, the respondent relies on the Supreme Court of Canada's decision in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*.³ In that case, the constitutionality of section 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*⁴ was challenged directly before the Federal Court of Appeal [[1989] 2 F.C. 245] from the Board of Referees, without the benefit of a ruling by the Umpire. La Forest J. found that the Board of Referees had no jurisdiction to decide the constitutional question. Because the jurisdiction of the Federal Court of Appeal was limited to overseeing and controlling the legality of decisions rendered by administrative bodies and to referring matters back for redetermination, the Court did not have the jurisdiction to rule on the constitutional question when the Board of Referees

le, en contestant la constitutionnalité de l'article 46.4 de la Loi en ce qu'il prescrit de rendre une ordonnance qui porte atteinte aux droits que lui garantit la Constitution. Cet article 46.4 porte:

46.4 (1) Si, après que le cas a été déféré à la section du statut, il est convaincu qu'une personne a obtenu que sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention soit jugée recevable par des moyens frauduleux ou de fausses indications et qu'elle ne serait pas recevable par ailleurs, un agent principal la déclare irrecevable et en avise sans délai la section du statut.

(2) Sur réception de l'avis, la section du statut met fin à l'étude du cas; si elle s'est déjà prononcée sur la revendication, sa décision est nulle et de nul effet.

1. LA QUESTION DE COMPÉTENCE

[10] Avant d'aborder les questions d'ordre constitutionnel, je dois examiner l'exception d'incompétence soulevée par la défenderesse, qui soutient que la Cour n'a pas compétence, sur recours en contrôle judiciaire, pour se prononcer sur les questions constitutionnelles puisque l'agente principale ne tient pas du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*² le pouvoir d'invalider des articles de la *Loi sur l'immigration*.

[11] À l'appui de cet argument, la défenderesse cite la décision *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*³ de la Cour suprême du Canada. Dans cette affaire, la constitutionnalité de l'article 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*⁴ a été contestée directement en Cour d'appel fédérale [[1989] 2 C.F. 245] à la suite d'une décision du conseil arbitral, sans passer par le juge-arbitre. Le juge La Forest a conclu que le conseil arbitral n'avait pas compétence pour se prononcer sur la question constitutionnelle. Puisque la compétence de la Cour d'appel fédérale se limitait à contrôler la légalité des décisions rendues par les organismes administratifs et à les leur renvoyer pour nouveau jugement, elle n'avait pas compétence pour se prononcer sur la question constitutionnelle quand le conseil arbitral lui-

itself did not have such jurisdiction. La Forest J. wrote:

The appellant raises a subsidiary issue as to whether the Federal Court of Appeal was entitled to consider the constitutional question, if the Board of Referees did not have jurisdiction over it.

...

... one cannot overlook the special nature of the Federal Court of Appeal's powers of review under s. 28 of the *Federal Court Act*. The powers of the Federal Court of Appeal under that section are limited to overseeing and controlling the legality of decisions of administrative bodies and to referring matters back to those bodies for redetermination, with directions when appropriate; see *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(d); *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233, per Marceau J., at p. 247. I am therefore of the view that, while the jurisdictional question was legitimately before the Court of Appeal, the court had no jurisdiction to make a final determination of the constitutional question.⁵

[12] The respondent also refers the Court to decisions of the Federal Court of Appeal which stand for the same proposition. For example, in *Canada (Attorney General) v. Sirois*,⁶ the Court of Appeal held that it did not have on judicial review the power to rule on the constitutionality of certain provisions of the *Family Allowances Act, 1973*,⁷ because the tribunal created under section 15 of that Act did not have the power to rule on such a matter.

[13] Given these authorities, the first question I must determine is whether or not the SIO has the power to decide the constitutional validity of section 46.4 of the Act. The issue of whether an administrative tribunal has the power to determine the constitutionality of a statutory provision was dealt with by the Supreme Court of Canada in four cases, namely *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*;⁸ *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*;⁹ *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*¹⁰ and more recently in *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*.¹¹ All four cases make it clear that an administrative tribunal empowered to decide questions of law may consider the constitutional validity of its enabling legislation. An administrative tribunal does not have an independent source of jurisdiction pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Rather, the legislature

même n'avait pas cette compétence. Voici la conclusion qu'il a tirée à ce sujet:

L'appelante soulève une question subsidiaire, savoir si la Cour d'appel fédérale pouvait examiner la question constitutionnelle dans l'hypothèse où le conseil arbitral n'avait pas lui-même compétence à cet égard.

...

Il ne faut toutefois pas oublier la nature spéciale des pouvoirs de révision conférés à la Cour d'appel fédérale par l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ces pouvoirs se limitent à surveiller et à contrôler la légalité des décisions des organismes administratifs et à leur demander de reconsidérer l'affaire en leur donnant, le cas échéant, les directives appropriées; voir *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, al. 52d); *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233, le juge Marceau, à la p. 247. Je suis donc d'avis que, bien que la question de la compétence ait été légitimement soumise à la Cour d'appel, celle-ci n'avait pas compétence pour trancher de façon définitive la question constitutionnelle.⁵

[12] La défenderesse cite aussi des décisions dans le même sens de la Cour d'appel fédérale. Par exemple, dans *Canada (Procureur général) c. Sirois*⁶, celle-ci a conclu que, sur recours en contrôle judiciaire, elle n'avait pas le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi de 1973 sur les allocations familiales*⁷, puisque le tribunal créé en application de l'article 15 de la même Loi n'était pas lui-même investi de ce pouvoir.

[13] Étant donné cette jurisprudence, il échet d'examiner en premier lieu si l'agente principale a le pouvoir de se prononcer sur la validité constitutionnelle de l'article 46.4 de la Loi. La question de savoir si un tribunal administratif est habilité à se prononcer sur la constitutionnalité d'un texte de loi a été examinée par la Cour suprême du Canada dans quatre causes, savoir *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*⁸; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*⁹; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*¹⁰; et, plus récemment, *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*¹¹. Il ressort de ces quatre arrêts que tout tribunal administratif habilité à se prononcer sur des questions de droit peut examiner la validité constitutionnelle de sa loi d'habilitation. Un tribunal administratif n'a aucune compétence inhérente au regard du paragraphe 52(1)

must have conferred upon it either expressly or implicitly the powers to determine questions of law before it is able, by virtue of subsection 52(1), to declare inoperative provisions of its empowering legislation.

[14] It was recognized by the respondent that there is no provision in the Act which expressly confers on the SIO the authority to consider questions of law. It then becomes necessary to determine whether the legislator has granted SIOs the implicit jurisdiction to consider questions of law. This issue has not yet been decided by the courts.

[15] In his book entitled *Immigration Law and Practice*,¹² Lorne Waldman argues in favour of the SIO having jurisdiction to consider questions of law. He bases his argument on the Federal Court of Appeal's decision in *Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*,¹³ wherein it was decided that immigration adjudicators have subsection 52(1) jurisdiction. In reaching this conclusion, Hugessen J.A. was influenced by the fact that there was no appeal to another competent body which had Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] jurisdiction. Using this type of reasoning, Waldman posits that the SIO does have the power to decide questions of law because "there is no other appellate body that would have such jurisdiction, the importance to the refugee claimant of the eligibility determination and the finality of a negative determination all point to granting senior immigration officers Charter jurisdiction".¹⁴

[16] However, Waldman also acknowledges that there is a difference between the jurisdiction of the adjudicator, who is often called upon to make complex legal decisions involving interpretations of foreign statutes, and the jurisdiction of the SIO which is very

de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Au contraire, il faut qu'il tienne au préalable de la loi, expressément ou implicitement, le pouvoir de juger des questions de droit avant de pouvoir s'appuyer sur le paragraphe 52(1) pour déclarer inopérantes des dispositions de sa propre loi d'habilitation.

[14] La défenderesse reconnaît que la Loi ne comporte aucune disposition investissant expressément l'agente principale du pouvoir de juger des questions de droit. Il est donc nécessaire d'examiner si le législateur a implicitement conféré pareil pouvoir aux agents d'immigration principaux. Ce point n'a pas encore été tranché en justice.

[15] Dans son ouvrage intitulé *Immigration Law and Practice*¹², Lorne Waldman est d'avis que les agents d'immigration principaux ont compétence pour se prononcer sur des questions de droit. Il tire argument de l'arrêt *Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*¹³ par lequel la Cour d'appel fédérale a jugé que les arbitres de l'immigration ont compétence pour appliquer le paragraphe 52(1). Dans sa conclusion, le juge Hugessen, J.C.A., était influencé par le fait qu'il n'y avait aucune voie d'appel devant une autre juridiction compétente, habilitée à se prononcer sur les questions touchant à la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. S'appuyant sur ce raisonnement, Waldman tient que les agents d'immigration principaux ont effectivement le pouvoir de juger des questions de droit parce que [TRADUCTION] «il n'y a aucune autre juridiction investie de cette compétence, et que l'importance que représentent, pour celui qui revendique le statut de réfugié, la décision en matière de recevabilité et la finalité d'une décision défavorable engage à conclure que les agents d'immigration principaux sont investis du pouvoir d'entendre les questions touchant à la Charte»¹⁴.

[16] Cependant, Waldman reconnaît aussi qu'il y a une différence entre la compétence de l'arbitre, qui est souvent appelé à décider des questions juridiques complexes comportant l'interprétation de lois étrangères, et celle des agents d'immigration principaux, qui

limited. This is a valid point, especially considering the decision of the Supreme Court of Canada in *Cooper*.

[17] The issue in *Cooper* was whether the Canadian Human Rights Commission had the implicit power to determine the constitutionality of its enabling legislation. To determine the issue, La Forest J., for the majority, considered whether the Commission had been given the mandate by Parliament to determine questions of law. The mandate given to an administrative tribunal can be evidenced by such factors as the composition and structure of the tribunal, the procedure before the tribunal, the appeal route from the tribunal, and the expertise of the tribunal. La Forest J. also took into account other practical considerations, though he noted that these considerations take second place to the intention of the legislator.¹⁵

[18] La Forest J. concluded that the Commission did not have the jurisdiction to determine Charter issues. He held that it had not been the intention of Parliament to give that mandate to the Commission. This is evidenced by the fact that Parliament did not vest the Commission with an adjudicative role. Rather, the Commission's role is that of screening complaints and determine which ones warrant an inquiry. Thus, La Forest suggests that in order for a tribunal to have the power to determine questions of law, it should have an adjudicative role. He wrote at page 891:

The striking down of s. 15(c) by the Commission, which is what a referral to a tribunal in the present case would amount to, would be an assumption by the Commission of an adjudicative role for which it has no mandate. When Parliament has failed to vest an administrative body with such a jurisdiction (which is the case here), then it is not the role of a court to create such jurisdiction. Administrative bodies and tribunals are creatures of statute; the will of the legislature as it appears therein must be respected.

And again at page 893:

The role of the Commission as an administrative and screening body, with no appreciable and adjudicative role, is a clear indication that Parliament did not intend the Commission to have the power to consider questions of law. There is simply nothing in the Act indicating that the

est très limitée. Il s'agit là d'une distinction valide, en particulier à la lumière de la décision *Cooper* de la Cour suprême du Canada.

[17] Dans cette dernière cause, il s'agissait de savoir si la Commission canadienne des droits de la personne avait le pouvoir implicite de juger de la constitutionnalité de sa loi d'habilitation. À cette fin, le juge La Forest, prononçant les motifs de la majorité, s'est demandé si le législateur avait habilité la Commission à se prononcer sur des questions de droit. Le mandat dont est investi un tribunal administratif peut se dégager de facteurs comme sa composition et sa structure, la procédure qu'il observe, les voies d'appel contre ses décisions, et son expertise. Le juge La Forest a aussi pris en compte d'autres considérations pratiques, tout en notant qu'elles sont subordonnées à la volonté du législateur¹⁵.

[18] Il a conclu que la Commission n'avait pas compétence pour se prononcer sur des questions touchant à la Charte. Et que la volonté du législateur n'était pas de lui confier ce mandat, ce qui ressort du fait qu'il ne l'a pas investie de fonctions juridictionnelles. Au contraire, son rôle consiste à instruire les plaintes pour juger lesquelles d'entre elles doivent donner lieu à une enquête. De l'avis donc du juge La Forest, un tribunal administratif n'a le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit que s'il est investi de fonctions juridictionnelles. Il a conclu en ces termes, à la page 891:

Si la Commission invalidait l'al. 15c), ce qu'elle ferait en l'espèce si elle déférait la plainte à un tribunal, elle exercerait en fait une fonction décisionnelle pour laquelle elle n'a reçu aucun mandat. Lorsque le législateur s'abstient de conférer une telle compétence à un organisme administratif (comme il l'a fait en l'espèce), il n'y a pas lieu pour les cours de justice de créer cette compétence. Les organismes et tribunaux administratifs sont créés par la loi; il importe de respecter la volonté que le législateur a exprimée dans le texte de loi.

Et en page 893:

Les fonctions d'administration et d'examen préalable qui sont dévolues à la Commission et l'absence de rôle important et décisionnel indiquent manifestement que le législateur n'avait pas l'intention de conférer à cet organisme le pouvoir d'examiner des questions de droit. Il n'y a tout

Commission has the mandate which the appellants and the Commission would wish it to have.

[19] La Forest J. also found that the practical advantages in having the Commission consider the constitutionality of its own statute were limited. First, he noted that the Commission, since not an adjudicative body, did not have appropriate mechanisms to deal with multifaceted constitutional issues. For example, the Commission is not bound by traditional rules of evidence. This is inappropriate when determining the constitutional validity of a legislative provision, which requires suitable evidentiary safeguards. Second, he noted the Commission's lack of expertise in dealing with such constitutional matters.

[20] I find it difficult to distinguish the circumstances in the case at bar from those in *Cooper*. As in the case of the Commission, the SIO does not have an adjudicative function. The scheme of the Act supports this finding. Subsection 45(1) of the Act requires that a SIO make a determination as to eligibility. The Act does not provide for any hearing or other procedure. Clearly, the legislator had in mind a simple administrative procedure where the SIO, after gathering the necessary information, would make a decision with respect to the eligibility of the refugee claimant. As stated by La Forest J. in *Cooper*, this is a clear indication of Parliament's intention of not conferring on the SIO subsection 52(1) jurisdiction.

[21] Furthermore, the same practical considerations noted by La Forest J. in *Cooper* are also present in the case of the SIO. The SIO lacks any special expertise in dealing with questions of law.

[22] The combination of all these considerations lead me to conclude that the SIO does not have the jurisdiction to decide questions of law. Given this finding and given the authorities, it follows that this Court also lacks jurisdiction on judicial review to consider

simplement rien dans la Loi qui puisse permettre de conclure que la Commission a le mandat qui, d'après elle et d'après les appelants, lui aurait été dévolu.

[19] Le juge La Forest a encore conclu qu'il n'y avait guère d'avantages pratiques à ce que la Commission fût habilitée à juger de la constitutionnalité de sa loi d'habilitation. En premier lieu, du fait qu'elle n'est pas une autorité juridictionnelle, la Commission n'a pas les mécanismes nécessaires pour s'attaquer aux questions constitutionnelles complexes. Par exemple, elle n'est pas tenue aux règles de preuve traditionnelles. Il s'agit là d'un défaut lorsqu'il s'agit de juger de la constitutionnalité d'un texte de loi, ce qui présuppose des garanties convenables en matière de preuves. En second lieu, la Commission n'a pas l'expertise nécessaire pour se prononcer sur pareilles questions constitutionnelles.

[20] Je trouve que les faits de la cause sont fort semblables à ceux de la cause *Cooper*. Tout comme la Commission, l'agente principale n'est pas investie de fonctions juridictionnelles. Cette conclusion est confortée par l'économie de la Loi. Le paragraphe 45(1) prescrit à l'agent principal de décider de la recevabilité. La Loi ne prévoit ni audience ni autre procédure à cette fin. Il est manifeste que le législateur envisageait un simple processus administratif dans lequel l'agent principal, après avoir réuni les éléments d'information nécessaires, se prononce sur la recevabilité de la revendication du statut de réfugié. Pour reprendre le raisonnement suivi par le juge La Forest dans *Cooper*, il s'agit là d'une claire indication de la volonté du législateur de ne pas investir les agents d'immigration principaux du pouvoir d'appliquer le paragraphe 52(1).

[21] Qui plus est, les mêmes considérations d'ordre pratique relevées par le juge La Forest dans *Cooper* s'appliquent à l'agente principale en l'espèce. Elle n'a aucune expertise spéciale pour juger des questions de droit.

[22] Toutes ces considérations conjuguées m'engagent à conclure que l'agente principale n'a pas compétence pour décider des questions de droit. Il résulte de cette conclusion et de la jurisprudence en la matière que la Cour elle-même n'a pas non plus compétence,

the constitutional validity of section 46.4 of the Act. However, in case I have wrongly decided the issue, I find myself compelled (and for reasons of expediency) to consider the constitutionality of section 46.4.

2. SECTION 7 OF THE CHARTER

[23] Counsel for the applicant did not argue that section 46.4 of the Act was invalid in its entirety. Rather, she argued that in so far as a refugee claimant has been declared to be a Convention refugee by the Refugee Division, it is a violation of his section 7 rights to life, liberty and security of the person, to void the Refugee Division's decision, revisit the initial eligibility decision and declare the claimant ineligible to make a claim. This is so because it exposes the claimant to return to the country where he was determined to have a well-founded fear of persecution. In a nutshell, counsel for the applicant submits that once a Convention refugee determination is made, a finding of misrepresentation and fraud cannot supplant it.

[24] I do not share her view. Section 46.4 of the Act provides for the redetermination of eligibility by the SIO, in the event that a prior positive finding on eligibility was induced by fraud or misrepresentation. It allows the SIO to turn back the clock and revisit the initial eligibility determination. This does not amount to the return of a Convention refugee. In fact, the applicant is not a Convention refugee. Were it not for his fraud or misrepresentation, he would have been precluded from the refugee determination system and never considered a refugee for the purposes of the Act.

[25] The respondent argues that to accept the applicant's argument would be tantamount to creating a distinction between refugee claimants whose fraud or misrepresentation was discovered before their claim was referred to the Refugee Division and who were precluded from the system, and those who managed to

sur recours en contrôle judiciaire, pour examiner la constitutionnalité de l'article 46.4 de la Loi. Cependant, au cas où je me serais trompée à ce sujet (et aussi pour des raisons pratiques), je me sens tenue d'examiner la constitutionnalité de l'article 46.4.

2. ANALYSE AU REGARD DE L'ARTICLE 7 DE LA CHARTE

[23] L'avocate du demandeur ne dit pas que l'article 46.4 de la Loi est invalide dans son intégralité. Elle soutient plutôt que dans la mesure où quelqu'un a été déclaré réfugié au sens de la Convention par la section du statut, c'est une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité que cette personne tient de l'article 7, que d'annuler la décision de la section du statut, de revenir sur la décision de recevabilité initiale et de déclarer l'intéressé irrecevable à faire sa revendication. Il en est ainsi parce que pareille mesure expose l'intéressé au risque d'être refoulé dans le pays même dont il a été jugé qu'il avait raison de craindre d'y être persécuté. En bref, l'avocate du demandeur soutient qu'une fois reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention, cette reconnaissance ne peut être anéantie par la conclusion qu'il y a eu recours aux moyens frauduleux et aux fausses indications.

[24] Je n'accepte pas cette vue. L'article 46.4 de la Loi prévoit le réexamen de la recevabilité par l'agent principal, si la décision concluant à la recevabilité a été causée par le recours à des moyens frauduleux ou à de fausses indications. Il permet à l'agent principal de revenir en arrière et de reprendre la décision initiale de recevabilité. Cette mesure n'équivaut pas au refoulement d'un réfugié au sens de la Convention. En fait, le requérant n'en est pas un. N'eût été les moyens frauduleux ou fausses indications qu'il a employés, il aurait été exclu du système d'examen des revendications du statut de réfugié et n'aurait jamais été reconnu réfugié sous le régime de la Loi.

[25] La défenderesse soutient que faire droit à l'argument du demandeur reviendrait à instituer une distinction entre les demandeurs de statut de réfugié dont les moyens frauduleux ou fausses indications sont découverts avant que leur revendication ne soit soumise à la section du statut et qui, de ce fait, sont

keep their fraud or misrepresentation from being discovered on time, thereby having their claim referred and then accepted by the Board. Put in this light, it is clear in my view that the applicant's argument is untenable. A distinction cannot be based on the stage at which the fraud or misrepresentation was discovered. Time is an irrelevant consideration. The fact is that the applicant obtained his referral based on a misrepresentation.

[26] Therefore, the applicant cannot argue that he has acquired the rights of a Convention refugee. Any right that he might have had as a Convention refugee (such as the right to non-return) was obtained by way of fraud and therefore, he is not entitled to it.

[27] Furthermore, section 46.4 is an eligibility provision. The Federal Court of Appeal has taken the position that eligibility screening has terminated the right of refugee claimants to claim protection under section 7. In *Berrahma v. Minister of Employment and Immigration*,¹⁶ the claimant was found to be ineligible to make a claim pursuant to paragraph 46.01(1)(c), which denies access to previously refused claimants who have been outside Canada for less than 90 days since their first claim was refused. The Federal Court of Appeal found that there was no right to make a refugee claim *per se* and that Parliament had the right to declare that certain persons were not eligible to make a refugee claim in Canada:

. . . the reason the Supreme Court concluded as it did in *Singh* is that, to give effect to its international obligations assumed earlier, Parliament had recognized and granted foreign nationals the right to claim refugee status . . . That, I think is the difference between *Singh* and the case of an ineligible claimant: *Singh* was denied a status which the law gave him the right to claim without having any opportunity of showing that he met the conditions for obtaining it, whereas the ineligible claimant is not denied a status he is entitled to claim.¹⁷

[28] The Federal Court of Appeal also upheld the constitutionality of eligibility criteria in *Nguyen v.*

exclus du système, et ceux qui ont réussi à soustraire leurs moyens frauduleux ou fausses indications à la découverte en temps voulu, et qui voient leur revendication instruite et acceptée par la section du statut. Vu sous ce jour, l'argument du demandeur est clairement indéfendable. Il ne saurait y avoir distinction en fonction du moment où on a découvert les moyens frauduleux ou les fausses indications. Le moment n'est pas un facteur à prendre en considération. Ce qui compte, c'est que le demandeur a obtenu, au moyen de fausses indications, que sa revendication fût instruite.

[26] Il s'ensuit qu'il ne peut soutenir qu'il a acquis les droits d'un réfugié au sens de la Convention. Tout droit qu'il aurait acquis à titre de réfugié au sens de la Convention (par exemple le droit de non-refoulement) a été obtenu par des moyens frauduleux; il s'ensuit qu'il ne peut y prétendre.

[27] Qui plus est, l'article 46.4 est une disposition portant sur la recevabilité. La Cour d'appel fédérale a jugé que l'examen préalable de la recevabilité met fin au droit des demandeurs de statut de réfugié de prétendre à la protection assurée par l'article 7. Dans *Berrahma c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*¹⁶, il a été jugé que le demandeur n'était pas recevable à faire sa revendication par application de l'alinéa 46.01(1)c), lequel exclut les demandeurs d'asile rejetés qui ont été à l'extérieur du Canada moins de 90 jours depuis le rejet de leur première revendication. La Cour d'appel fédérale a jugé que la revendication du statut de réfugié n'est pas un droit et que le législateur peut déclarer certaines personnes irrecevables à revendiquer ce statut au Canada:

Si la Cour suprême a conclu comme elle l'a fait dans l'arrêt *Singh*, du moins à ce que je comprends, c'est que le Parlement avait, pour donner effet à des obligations internationales assumées préalablement, reconnu et accordé à un étranger le droit de revendiquer le statut de réfugié . . . C'est là, je pense, que se trouve la différence entre le cas *Singh* et le cas du revendicateur non admissible: *Singh* se voyait dénier un statut que la loi lui donnait droit de réclamer sans qu'il ait toutes les chances de démontrer qu'il remplissait les conditions pour l'obtenir alors que le revendicateur non-admissible ne se voit dénier aucun statut qu'il a le droit de réclamer¹⁷.

[28] De même, la Cour d'appel fédérale a confirmé la constitutionnalité des critères de recevabilité dans

Canada (Minister of Employment and Immigration).¹⁸ In *Nguyen*, Marceau J.A. held that a decision made pursuant to subparagraph 46.02(1)(e)(ii) does not violate the Charter. Marceau J.A. stated:

A foreigner has no absolute right to be recognized as a political refugee under either the common law or any international convention to which Canada has adhered. It follows that legislation which purports to define conditions for eligibility to claim refugee status may violate the Charter only if those conditions have the effect of subjecting a group of claimants to discriminatory treatment within the meaning of section 15. To deny dangerous criminals the right, generally conceded to immigrants who flee persecution, to seek refuge in Canada certainly cannot be seen as a form of illegitimate discrimination. Only section 15 of the Charter is engaged since . . . a declaration of ineligibility does not imply or lead, in itself, to any positive act which may affect life, liberty or security of the person.¹⁹

[29] Thus, no section 7 right is engaged by section 46.4 of the *Immigration Act*. I need not proceed any further with my analysis.

3. SECTION 12 OF THE CHARTER

[30] With respect to the section 12 argument, counsel for the applicant argued that it would amount to a cruel and unusual treatment to return the applicant to a country where he faces a risk of persecution.

[31] Section 12 involves a two-stage analysis.²⁰ The first step is to determine whether the treatment at issue falls within the context of the system for the administration of justice. The second step is to determine whether the treatment is cruel and unusual in that it is so grossly disproportionate to the offence that it would outrage the standards of decency.

[32] I fail to see how section 12 is offended by section 46.4 of the Act. In fact, it is my opinion that allowing the applicant to further use his misrepresentation to gain rights would outrage the standards of decency. A similar reasoning was given by Sopinka J. in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and*

*Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*¹⁸. Le juge Marceau, J.C.A., a conclu en ces termes que la décision rendue en application du sous-alinéa 46.02(1)e(ii) n'allait pas à l'encontre de la Charte:

Un étranger n'a aucun droit absolu d'être reconnu comme étant un réfugié politique, soit en vertu de la common law, soit en vertu de toute convention internationale à laquelle a adhéré le Canada. Il s'ensuit que les dispositions législatives qui prétendent définir les conditions nécessaires à la revendication du statut de réfugié ne peuvent porter atteinte à la Charte que si ces conditions ont pour effet de faire preuve, à l'égard d'un groupe de demandeurs de statut, de discrimination au sens de l'article 15. Refuser à des criminels dangereux le droit, généralement accordé aux immigrants qui fuient la persécution, de chercher refuge au Canada ne saurait certes pas être considéré comme une forme illégitime de discrimination. Seul l'article 15 de la Charte est en cause car . . . une déclaration d'irrecevabilité n'implique ni n'entraîne, en elle-même, aucun acte qui puisse porter atteinte à la vie, la liberté ou la sécurité de la personne¹⁹.

[29] Ainsi donc, aucun des droits prévus à l'article 7 n'est touché par l'article 46.4 de la *Loi sur l'immigration*. Il n'est pas nécessaire que je pousse plus loin mon analyse à ce sujet.

3. ANALYSE AU REGARD DE L'ARTICLE 12 DE LA CHARTE

[30] Pour ce qui est de l'article 12, l'avocate du demandeur soutient que ce serait un traitement cruel et inusité de renvoyer le demandeur dans un pays où il risque la persécution.

[31] L'article 12 requiert une analyse en deux étapes²⁰. La première consiste à examiner si le traitement en cause participe du système d'administration de la justice. La seconde consiste à examiner si ce traitement est cruel et inusité en ce qu'il est si excessivement disproportionné à la transgression qu'il heurte les normes de décence.

[32] Je ne vois pas en quoi l'article 46.4 de la Loi porte atteinte à l'article 12 de la Charte. En fait, j'estime que permettre au demandeur de tirer profit de ses fausses indications pour se faire reconnaître des droits irait à l'encontre des normes de décence. Le même raisonnement est tenu dans *Chiarelli c. Canada*

Immigration),²¹ wherein he decided that the deportation of a permanent resident convicted of an offence did not offend the standards of decency:

The deportation of a permanent resident who has deliberately violated an essential condition of his or her being permitted to remain in Canada by committing a criminal offence punishable by imprisonment of five years or more, cannot be said to outrage standards of decency. On the contrary it would tend to outrage such standards if individuals granted conditional entry into Canada were permitted, without consequence, to violate those conditions deliberately.²²

[33] A refugee claimant has an obligation to truthfully present the circumstances of his case to the SIO under subsection 45(5) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 35] of the *Immigration Act*. To allow refugee claimants who misrepresent themselves or who attempt to fraudulently obtain the protection of the Canadian state to gain rights, would, in my opinion, outrage much more society's standards of decency.

[34] Given the above conclusions, the application for judicial review is dismissed.

[35] Counsel for the applicant asked that the following three questions be certified:

1. Whether the Trial Division, when hearing an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*, has the jurisdiction to decide a constitutional challenge to the validity of a section of the *Immigration Act* when that constitutional challenge was not raised in front of the Senior Immigration Officer?
2. Does the making of a decision under s. 46.4 of the *Immigration Act*, in the case of a person previously determined to be a Convention refugee, violate his or her rights to non-refoulement, to life, liberty and security of the person, and not to be subjected to any cruel and unusual punishment?
3. Is a person who was found to be a Convention refugee still a Convention refugee after a decision is made pursuant to s. 46.4(1) of the *Immigration Act*, notwithstanding the provisions of s. 46.4(2) of the *Act*?

[36] In my view, the first question is worthy of certification for the following reasons.

(*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*)²¹ par le juge Sopinka, qui y conclut que l'expulsion d'un résident permanent coupable d'une infraction criminelle ne heurte pas les normes de décence:

L'expulsion d'un résident permanent qui, en commettant une infraction criminelle punissable d'au moins cinq ans de prison, a délibérément violé une condition essentielle pour qu'il lui soit permis de demeurer au Canada, ne saurait être considérée comme incompatible avec la dignité humaine. Au contraire, c'est précisément le fait de permettre que les personnes ayant pu entrer au Canada sous condition violent délibérément et impunément ces conditions qui tendrait vers l'incompatibilité avec la dignité humaine²².

[33] Le paragraphe 45(5) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35] de la *Loi sur l'immigration* prévoit pour le demandeur de statut de réfugié l'obligation d'expliquer honnêtement sa situation à l'agent d'immigration principal. Permettre aux demandeurs de statut de donner des fausses indications sur leur propre cas ou de chercher par des moyens frauduleux la protection de l'État canadien pour obtenir des droits, heurterait, à mon avis, bien plus encore les normes sociétales de décence.

[34] Par ces motifs, la Cour déboute le demandeur de son recours en contrôle judiciaire.

[35] L'avocate du requérant demande que soient certifiées les trois questions suivantes:

1. Sur recours en contrôle judiciaire exercé sous le régime de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Section de première instance a-t-elle compétence pour se prononcer sur la contestation de la constitutionnalité d'un article de la *Loi sur l'immigration*, laquelle constitutionnalité n'a pas été soulevée devant l'agent d'immigration principal?
2. Une décision rendue en application de l'article 46.4 de la *Loi sur l'immigration* à l'égard d'une personne déjà reconnue réfugié au sens de la Convention, porte-t-elle atteinte à son droit au non-refoulement, à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, ainsi qu'à son droit à la protection contre des peines cruelles et inusitées?
3. Une personne reconnue réfugié au sens de la Convention l'est-elle toujours à la suite d'une décision rendue en application du paragraphe 46.4(1) de la *Loi sur l'immigration*, et ce malgré le paragraphe 46.4(2) de la même Loi?

[36] Je conclus qu'il y a lieu de certifier la première question par les motifs qui suivent.

[37] Unless the case law is changed, the only avenue left for challenging the validity of section 46.4 of the *Immigration Act* would be for the applicant to bring an action in the Federal Court or a superior court.²³

[38] However, I am not convinced that proceeding by way of action does lead to a practical and harmonious result. The parties would be required to simultaneously start an action for declaration of constitutional invalidity in either the Federal Court or a provincial superior court, and a judicial review proceeding in the Federal Court, which would have to be stayed pending the outcome of the action (or, in the event the parties failed to do so, the Court would have to sever the proceeding into an action and a judicial review). This multiplicity of procedures seems quite impractical, costly and time consuming.

[39] My colleague Rothstein J. expressed the same view in *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*:²⁴

If respondent's counsel's position is correct, applicants seeking relief from decisions of immigration officers would be required to choose between different processes depending upon the grounds to be advanced by them. This could lead to two processes having to be instituted in a case such as the one at bar; an application for judicial review for some grounds and an action for a declaration for others. This multiplicity of procedures would apply only in certain circumstances, i.e. when the tribunal whose decision is being challenged did not have jurisdiction to decide a question of law. I see no useful purpose to such a multiplicity of procedures. On the contrary, the confusion and additional cost inherent in them are clear disadvantages. I do not think Parliament intended to complicate access to the Federal Court by creating an obscure requirement for the commencement of proceedings by way of action in cases such as the one at bar. It has not been demonstrated that the Court would be impeded from performing its functions or that any party would be prejudiced by there being only one process, that is judicial review, for seeking relief in this Court from decisions of immigration officers.²⁵

[40] Moreover, as noted by Desjardins J.A. in an article published in 1992,²⁶ the judicial review proceeding might in fact be the appropriate way of dealing with situations similar to the circumstances in

[37] Sauf changement dans les règles jurisprudentielles, la contestation de la constitutionnalité de l'article 46.4 de la *Loi sur l'immigration* se ferait uniquement par voie d'action devant la Cour fédérale ou une cour supérieure²³.

[38] Je ne suis cependant pas convaincue que la voie de l'action soit garantie d'un résultat pratique et harmonieux. Les parties seraient obligées d'intenter simultanément une action en invalidité constitutionnelle soit devant la Cour fédérale soit devant une cour supérieure provinciale, et un recours en contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, lequel recours serait nécessairement suspendu en attendant l'issue de l'action (ou, faute par les parties de le faire, la Cour aurait à scinder la procédure en une action et un recours en contrôle judiciaire). Cette multiplicité des procédures semble fort encombrante, coûteuse et prendrait beaucoup de temps.

[39] C'est à la même conclusion qu'est parvenu mon collègue le juge Rothstein dans *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*:²⁴

Si l'argument de l'avocat de l'intimé est correct, cela veut dire que celui qui conteste la décision d'un agent d'immigration aurait à choisir entre différentes procédures selon les moyens qu'il aura pris. Cela pourrait signifier deux procédures à engager simultanément dans un cas comme celui qui nous occupe en l'espèce: demande de contrôle judiciaire pour certains chefs de demande, et action pour certains autres. Cette multiplicité des procédures ne s'appliquerait que dans le cas où le tribunal administratif dont la décision est contestée n'a pas compétence pour prononcer sur les questions de droit. Je ne vois pas l'utilité de pareille multiplicité des procédures. Au contraire, la confusion et le surcroît de coût inévitables sont autant de désavantages manifestes. Je ne pense pas que le législateur ait voulu compliquer l'accès à la Cour fédérale par un impératif obscur, savoir l'obligation d'engager la procédure par voie d'action dans les cas comme celui qui nous occupe en l'espèce. Il n'a pas été démontré que la Cour ne pourrait remplir ses fonctions ou que l'une des parties serait lésée par le fait qu'il n'existe qu'une procédure, celle du contrôle judiciaire, pour contester devant cette Cour les décisions des agents d'immigration²⁵.

[40] De fait, ainsi que l'a fait observer M^{me} le juge Desjardins de la Cour d'appel dans un article publié en 1992²⁶, le recours en contrôle judiciaire pourrait être en fait la voie de droit qui s'impose dans les

the case at bar and those in *Tétreault-Gadoury*: *Tétreault-Gadoury* was decided before the changes to sections 18 and 28 of the *Federal Court Act*.²⁷ In the amendments, a basket clause was added in the form of paragraph 18.1(4)(f) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 4] to allow the Court to intervene where a tribunal has “acted in any other way that was contrary to the law”.

[41] She noted that this provision was added in order to allow the Court on judicial review to consider Charter issues where the tribunal whose decision is under review did not have the power to decide questions of law:

It has been suggested, moreover, that this final ground of review might permit the court to determine whether a given decision is contrary to the *Charter*, particularly where the tribunal is without jurisdiction to determine *Charter* questions. This possibility should be reflected upon in light of the Supreme Court of Canada decision in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment & Immigration Commission)*. In *Tétreault-Gadoury*, the Supreme Court held that where an administrative tribunal does not have jurisdiction to entertain a question of law, the Federal Court of Appeal is also without jurisdiction to decide the constitutional matter.

...

But, *Tétreault-Gadoury*, of course, was based on s. 28, as formerly known. Whether para. 18.1(4)(f) constitutes remedial legislation which will change the law as established by *Tétreault-Gadoury* is an open question. In the affirmative, fresh evidence on *Charter* issues should be tendered.²⁸

[42] As pointed out by Desjardins J.A., the introduction of fresh evidence on Charter issues should be allowed. One must remember that on judicial review only evidence that was before the decision-maker can be considered.²⁹ This is an important consideration when dealing with a section 1 argument under the Charter.

[43] Therefore, in light of the foregoing and considering of the importance of the issue, I will certify the question raised by the applicant for the Court of Appeal. I have, however, modified the question as follows:

affaires comme celle qui nous occupe ou l'affaire *Tétreault-Gadoury*: cette dernière cause avait été décidée avant la modification des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*²⁷, laquelle modification a introduit une disposition fourre-tout par l'alinéa 18.1(4)(f) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] qui habilite la Cour à intervenir lorsqu'un office fédéral «a agi de toute autre façon contraire à la loi».

[41] M^{me} le juge Desjardins note que cette disposition a été ajoutée pour permettre à la Cour de se prononcer, sur recours en contrôle judiciaire, sur des questions touchant à la Charte dans les cas où le tribunal administratif dont la décision est contestée n'a pas compétence pour décider des questions de droit:

[TRADUCTION] Il semble de surcroît que ce dernier motif de contrôle judiciaire permettrait à la Cour de décider si une décision donnée va à l'encontre de la Charte, en particulier si le tribunal administratif concerné n'a pas compétence pour juger des questions touchant à ce texte. Cette possibilité mérite qu'on y réfléchisse à la lumière de la décision *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* de la Cour suprême du Canada qui a jugé que, dans les cas où le tribunal administratif concerné n'a pas compétence pour se saisir d'une question de droit, la Cour d'appel fédérale n'a pas compétence non plus pour prononcer sur la question constitutionnelle.

...

Cependant, la décision *Tétreault-Gadoury* a été rendue au regard de l'article 28 ancien. Reste à savoir si l'alinéa 18.1(4)(f) constitue un texte correctif qui changera la règle de droit telle qu'elle a été définie par cet arrêt. Dans l'affirmative, il y a lieu à production des preuves nouvelles relatives aux questions touchant à la Charte²⁸.

[42] Ainsi que l'a fait observer M^{me} le juge Desjardins, il faut permettre la production des preuves nouvelles relatives aux questions touchant à la Charte. Il faut se rappeler que sur recours en contrôle judiciaire, seront seules examinées les preuves qui ont été administrées devant la juridiction administrative²⁹. Il s'agit là d'un facteur important en cas d'argument fondé sur l'article premier de la Charte.

[43] Ainsi donc, à la lumière de ce qui précède et étant donné l'importance du point litigieux, je certifierai à l'intention de la Cour d'appel la question proposée par le requérant, en la modifiant comme suit:

Whether SIOs have the implied jurisdiction to decide questions of law? If not, whether the Trial Division, when hearing an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*, has the jurisdiction to decide a constitutional challenge to the validity of a section of the *Immigration Act*?

[44] As for the remaining two questions, I see no reason for certification.

¹ R.S.C., 1985, c. I-2 [as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 11].

² Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

³ [1991] 2 S.C.R. 22.

⁴ S.C. 1970-71-72, c. 48.

⁵ *Supra*, note 3, at pp. 37-38.

⁶ (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.), at p. 42.

⁷ S.C. 1973-74, c. 44.

⁸ [1990] 3 S.C.R. 570.

⁹ [1991] 2 S.C.R. 5.

¹⁰ *Supra*, note 3.

¹¹ [1996] 3 S.C.R. 854.

¹² Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice*, Vol. 1 (Toronto: Butterworths, 1992).

¹³ [1991] 3 F.C. 242 (C.A.).

¹⁴ *Supra*, note 12, at p. 9.19.2.

¹⁵ *Supra*, note 11, at pp. 888-889 and 893.

¹⁶ (1991), 132 N.R. 202 (F.C.A.).

¹⁷ *Id.*, at pp. 212-213.

¹⁸ [1993] 1 F.C. 696 (C.A.).

¹⁹ *Id.*, at p. 704.

²⁰ *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

²¹ [1992] 1 S.C.R. 711.

²² *Id.*, at p. 736.

²³ *Sivaraj v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 64 (F.C.T.D.); *affd sub nom Nagarajah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, A-42-96, Robertson J.A., judgment dated 23/5/96, not reported; *sub nom. Gowrinathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, A-72-96, Robertson J.A., judgment dated 23/5/96, not reported; *sub nom. Vilvaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, A-74-96, Robertson J.A., judgment dated 23/5/96, not reported.

²⁴ [1994] 2 F.C. 612 (T.D.).

²⁵ *Id.*, at p. 623.

²⁶ Alice Desjardins, "Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada: The New Style in a Pluralist

Les agents d'immigration supérieurs sont-ils implicitement investis du pouvoir de se prononcer sur des questions de droit? Dans la négative, la Section de première instance a-t-elle compétence, sur recours en contrôle judiciaire exercé en application de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour entendre une contestation de la validité constitutionnelle d'un article de la *Loi sur l'immigration*?

[44] Pour ce qui est des deux questions restantes, je ne vois aucune raison de les certifier.

¹ L.R.C. (1985), ch. I-2 [édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 11].

² Annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

³ [1991] 2 R.C.S. 22.

⁴ S.C. 1970-71-72, ch. 48.

⁵ Note 3, *supra*, aux p. 37 et 38.

⁶ (1988), 90 N.R. 39 (C.A.F.), à la p. 42.

⁷ S.C. 1973-74, ch. 44.

⁸ [1990] 3 R.C.S. 570.

⁹ [1991] 2 R.C.S. 5.

¹⁰ Note 3, *supra*.

¹¹ [1996] 3 R.C.S. 854.

¹² Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice*, vol. 1 (Toronto: Butterworths, 1992).

¹³ [1991] 3 C.F. 242 (C.A.).

¹⁴ Note 12, *supra*, à la p. 9.19.2.

¹⁵ *Supra*, note 11, aux p. 888, 889 et 893.

¹⁶ (1991), 132 N.R. 202 (C.A.F.).

¹⁷ *Id.*, aux p. 212 et 213.

¹⁸ [1993] 1 C.F. 696 (C.A.).

¹⁹ *Id.*, à la p. 704.

²⁰ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

²¹ [1992] 1 R.C.S. 711.

²² *Id.*, à la p. 736.

²³ Voir *Sivaraj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 64 (C.F. 1^{re} inst.); *conf. par sub nom. Nagarajah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 23-5-96, inédit; *sub nom. Gowrinathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* A-72-96, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 23-5-96, inédit; *sub nom. Vilvaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, A-74-96, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 23-5-96, inédit.

²⁴ [1994] 2 C.F. 612 (1^{re} inst.).

²⁵ *Id.*, à la p. 623.

²⁶ Alice Desjardins, «Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada: The New Style in a Pluralist

Setting” in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (Toronto: Carswell, 1992), at p. 405.

²⁷ R.S.C., 1985, c. F-7.

²⁸ *Supra*, note 26, at pp. 431-432.

²⁹ *Yamani v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 1 F.C. 174 (T.D.); *Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139 (F.C.T.D.), at p. 143; *Franz v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 80 F.T.R. 79 (F.C.T.D.), at p. 80.

Setting» dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (Toronto: Carswell, 1992), à la p. 405.

²⁷ L.R.C. (1985), ch. F-7.

²⁸ *Supra*, note 26, aux p. 431 et 432.

²⁹ Voir *Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 1 C.F. 174 (1^{re} inst.); *Ismaili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 143; *Franz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 80 F.T.R. 79 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 80.

A-347-96

Éric F. Lemieux (*Appellant*)

v.

Michel Gobeil, in his capacity as Labour Affairs Officer, Human Resources Development Canada, Canadian Broadcasting Corporation (*Respondents*)**Attorney General of Canada** (*Intervener*)**INDEXED AS: LEMIEUX v. CANADA (LABOUR AFFAIRS OFFICER, HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) (C.A.)**Court of Appeal, Denault J.A. (*ex officio*), Desjardins and Décary, J.J.A.—Montréal, May 15; Ottawa, June 4, 1998.*Labour relations — Powers of inspector under Canada Labour Code with respect to unjust dismissal complaint — Inspector without power to determine complaint unfounded on ground not in relation to true dismissal as merely non-renewal of determinate contract — Matter for adjudicator.*

When the Canadian Broadcasting Corporation informed the appellant that it did not intend to renew his contract of employment, the appellant filed a complaint of unjust dismissal under sections 240 *et seq.* of the *Canada Labour Code*. The inspector then asked the CBC to give the reasons for the dismissal. The CBC answered that it had simply decided not to renew the appellant's contract, and that this was not a matter of dismissal. Without informing the appellant of the CBC's position and without giving the appellant an opportunity to comment, the inspector informed the appellant that the complaint was unfounded "since the non-renewal of fixed-term contracts does not constitute dismissal". When the appellant replied that this was a matter for the adjudicator, the inspector replied that it was his responsibility "to ensure that anyone who files a complaint of unjust dismissal meets the requirements set out in section 240 of the Code in respect of whether the complaint is founded". A Judge of the Trial Division dismissed the appellant's application for judicial review, finding that "it is the inspector's responsibility as the first person receiving the complaint to refuse to act on it if it is inadmissible on its face". The Judge added that "a screening mechanism is required to eliminate complaints that do not meet the preconditions". The appeal from that decision required the Court to consider the respective roles of the inspector and adjudicator under the Code.

A-347-96

Éric F. Lemieux (*appelant*)

c.

Michel Gobeil, ès qualité Agent des affaires du travail, Développement des ressources humaines Canada, la Société Radio-Canada (*intimés*)**Le procureur général du Canada** (*intervenant*)**RÉPERTORIÉ: LEMIEUX c. CANADA (AGENT DES AFFAIRES DU TRAVAIL, DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) (C.A.)**

Cour d'appel, juges Denault, J.C.A. (de droit), Desjardins et Décary, J.C.A.—Montréal, 15 mai; Ottawa, 4 juin 1998.

Relations du travail — Pouvoirs de l'inspecteur en vertu du Code canadien du travail relativement à une plainte de congédiement injuste — L'inspecteur n'a pas le pouvoir de décider que la plainte est irrecevable au motif qu'il ne s'agit pas véritablement d'un congédiement, mais simplement du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée — La question relève de la compétence d'un arbitre.

Lorsque la Société Radio-Canada a informé l'appelant qu'elle n'avait pas l'intention de renouveler son contrat de travail, l'appelant a déposé une plainte pour congédiement injuste en vertu des articles 240 et suivants du *Code canadien du travail*. L'inspecteur a alors demandé à la SRC de fournir les raisons du congédiement. La SRC a répondu qu'elle avait simplement décidé de ne pas renouveler le contrat de l'appelant et qu'il ne s'agissait pas d'un congédiement. Sans informer l'appelant de la position de la SRC et sans lui accorder la possibilité de faire un commentaire, l'inspecteur a informé l'appelant que la plainte était irrecevable «puisque le non-renouvellement de contrats à durée déterminée ne constitue pas un congédiement». Lorsque l'appelant a répondu qu'il s'agissait d'une affaire qui relevait de la compétence de l'arbitre, l'inspecteur a répondu qu'il était de sa responsabilité de «s'assurer que toutes personnes qui déposent une plainte de congédiement injuste rencontrent les conditions de recevabilité prévues à l'article 240 du Code». Un juge de la Section de première instance a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant, concluant qu'«il revient... à l'inspecteur, puisqu'il est le premier à recevoir la plainte, de refuser de donner suite à une plainte qui à sa face même est irrecevable». Le juge a ajouté qu'«il doit exister un système de filtrage qui élimine les plaintes qui ne rencontrent pas les conditions préliminaires». L'appel formé contre cette décision a nécessité que la Cour examine les rôles respectifs de l'inspecteur et de l'arbitre selon le Code.

Held, the appeal should be allowed.

The role of the inspector is so limited that he must only collect information relating to the reasons and circumstances of the dismissal, without drawing conclusions therefrom. Another inspector may be caused to endeavour to assist the parties upon receipt of the complaint. The only purpose of the report made to the Minister under subsection 241(3) is to report "that the endeavour to assist the parties to settle the complaint has not succeeded". What is delivered to the Minister is not a conclusion or finding of fact the inspector may have drawn from examining the case, but only the documents received. Moreover, the Act makes no provision for the inspector to meet the parties in the course of endeavouring to settle the complaint, and does not require that the inspector inform them of their respective positions. From a review of the specific duties assigned to an inspector, it is clear that, as a general rule, the duties performed and the decisions made by him are administrative in nature and cannot raise questions such as those raised herein.

Assuming that the inspector could decide whether or not there had been a dismissal, the decision could not stand up to an application for judicial review, in that the decision was made extremely summarily, based solely on the written representations of the CBC, which were not based on any documentary evidence, and the content of which were not brought to the attention of the complainant.

The inspector is not the proper person to whom the matter should be referred back. Since the inspector will never have anything in front of him but the record, as put together by himself, and since he has none of the powers to investigate and determine that the adjudicator has under subsection 242(2), he could never proceed otherwise than "summarily and on a preliminary motion", which would be unacceptable every time. Accordingly, the fact that the inspector does not have the powers required to hold a hearing that respects the parties' rights is a certain, and even conclusive indication that it is not for him to determine whether or not there has been a dismissal. Only the adjudicator has the power, under subsection 242(1), to "hear and adjudicate on the complaint". To find otherwise would be opening the door to a host of applications for judicial review of conclusions reached by an official who has no decision-making power, and this would amount to putting an extra spoke in the wheel of a process that is supposed to be expeditious.

Contrary to what the inspector contended in his letter, the decision of this Court in *Eskasoni School Board and Eskasoni Band Council v. MacIsaac et al.* (1986), 69 N.R. 315 (F.C.A.) did not decide forever that where fixed-term contracts are not renewed, there has been no dismissal within the meaning of section 240.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Le rôle de l'inspecteur est à ce point limité qu'il doit se contenter de colliger des informations relatives aux motifs et aux circonstances du congédiement sans en tirer de conclusions. Le processus de conciliation qui doit être entamé dès réception de la plainte peut être confié à un autre inspecteur. Le rapport qu'il fait au ministre en vertu du paragraphe 241(3) ne vise qu'à constater «l'échec de son intervention». Il transmet au ministre non pas quelque conclusion ou constatation de fait qu'il aurait pu tirer de son examen du dossier, mais seulement les documents qu'il a reçus. Qui plus est, la loi ne prévoit aucunement que l'inspecteur, en cours de conciliation, rencontre les parties et elle n'exige pas qu'il les informe de leurs prétentions respectives. Ce qui ressort clairement de cette revue des fonctions spécifiques attribuées à un inspecteur, c'est que l'inspecteur, règle générale, exerce des fonctions et prend des décisions d'ordre administratif qui ne peuvent d'aucune façon soulever des interrogations de la nature de celles soulevées en la présente affaire.

Quand bien même l'inspecteur aurait eu le pouvoir de déterminer s'il y avait ou non congédiement, la décision de ce dernier ne saurait en l'espèce résister à une demande de contrôle judiciaire, et ce pour la simple raison que cette décision a été prise de façon plus que sommaire, sur la foi des seules représentations écrites de Radio-Canada qui ne s'appuyaient sur aucune preuve documentaire et dont le contenu n'avait pas été porté à la connaissance du plaignant.

L'inspecteur n'est pas la personne compétente à qui le dossier devrait être retourné. Puisque l'inspecteur n'aura jamais devant lui que le dossier tel que constitué par lui-même et comme il ne détient aucun des pouvoirs d'enquête et de détermination que possède l'arbitre en vertu du paragraphe 242(2), il s'ensuit qu'il ne pourrait jamais procéder autrement que "sommairement et préliminairement", ce qui serait à chaque fois inacceptable. Le fait, par conséquent, que l'inspecteur n'ait pas les pouvoirs requis pour tenir une audition respectueuse des droits des parties, est un indice certain, voire déterminant, qu'il ne lui appartient pas de déterminer s'il y a ou non congédiement. Seul l'arbitre a le pouvoir, en vertu du paragraphe 242(1), d'«entendre et trancher l'affaire». En décider autrement, c'est ouvrir la porte à une multitude de demandes de contrôle judiciaire à l'encontre de conclusions prises par un fonctionnaire qui n'a aucun pouvoir décisionnel et c'est mettre des bâtons dans les roues d'un processus qui se veut expéditif.

Contrairement à ce que prétend l'inspecteur dans sa lettre, l'arrêt de cette Cour dans *Eskasoni School Board et Eskasoni Band Council c. MacIsaac et al.* (1986), 69 N.R. 315 (C.A.F.), n'a pas décidé à jamais que dès qu'il y avait non-renouvellement de contrats à durée déterminée, il n'y avait pas congédiement au sens de l'article 240.

The conclusion that the inspector did not have the power to determine a complaint to be unfounded on the ground that it was not in relation to a true dismissal was consistent with the decisions of this Court, which have held (a) that one of the essential prerequisites for an adjudicator's consideration of an unjust dismissal complaint is that the complainant prove that he or she was dismissed; (b) that the adjudicator has the authority to dispose of that question; and (c) that the standard for review of the adjudicator's decision is absence of error.

A review of that case law shows that many complex questions of law may be raised in applying the requirements for a complaint of unjust dismissal to be founded. It is difficult to believe that Parliament's silence with respect to the authority of inspectors to dispose of those questions may be interpreted as recognition of that authority.

The Trial Division decision was therefore overturned and the judgment which should have been given below was substituted. The inspector's decision was set aside and the inspector (or another) ordered to undertake conciliation between the parties, as provided by subsection 241(2) of the *Canada Labour Code*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 16(a),(b),(c), 172.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 42, s. 16), 182, 222, 223, 240 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15), 241, 242(1),(2),(3) (as am. *idem*, s. 16), (3.1) (as am. *idem*), (4), 248, 249(1),(2),(3),(4),(5),(6) (as am. by S.C. 1993, c. 42, s. 35), (7) (as am. *idem*), (8) (as am. *idem*), 250, 251 (as am. *idem*, s. 36), 251.1 (as enacted *idem*, s. 37), 251.11 (as enacted *idem*), 251.12 (as enacted *idem*), 252 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 18; S.C. 1993, c. 42, s. 38).

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 11.

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, R. 403.

Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Srougi v. Lufthansa German Airlines (1988), 93 N.R. 244 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Fréchette v. Canadian Pacific Limited and Canada et al. (1984), 60 N.R. 177 (F.C.A.); *Eskasoni School*

La conclusion que l'inspecteur n'a pas le pouvoir de juger une plainte non recevable pour le motif qu'elle ne serait pas reliée à un véritable congédiement se situe dans la lignée de la jurisprudence de cette Cour, laquelle est à l'effet a) que l'une des conditions essentielles préalables à l'examen par l'arbitre d'une plainte de congédiement injuste est que le plaignant prouve qu'il a été congédié, b) que l'arbitre a compétence pour trancher cette question et c) que la norme de contrôle de la décision de l'arbitre à cet égard est l'absence d'erreur.

La lecture de ces décisions révèle à quel point l'application des conditions de recevabilité d'une plainte pour congédiement injuste peut soulever des questions de droit complexes. Il est difficile de croire que le silence du législateur quant à la compétence des inspecteurs de les trancher, puisse être interprété comme une reconnaissance de cette compétence.

Le jugement rendu par la Section de première instance est infirmé et il lui est substitué le jugement qui aurait dû être rendu. La décision de l'inspecteur est annulée et il est ordonné à l'inspecteur de s'efforcer de concilier les parties ou de confier cette tâche à un autre inspecteur, le tout conformément au paragraphe 241(2) du *Code canadien du travail*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 16(a),(b),(c), 172.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 42, art. 16), 182, 222, 223, 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15), 241, 242(1),(2),(3) (mod., *idem*, art. 16), (3.1) (mod., *idem*), (4), 248, 249(1),(2),(3),(4),(5),(6) (mod. par L.C. 1993, ch. 42, art. 35), (7) (mod., *idem*), (8) (mod., *idem*), 250, 251 (mod., *idem*, art. 36), 251.1 (édicte, *idem*, art. 37), 251.11 (édicte, *idem*), 251.12 (édicte, *idem*), 252 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 18; L.C. 1993, ch. 42, art. 38).

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 11.

Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11.

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, Règle 403.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Srougi c. Lufthansa German Airlines (1988), 93 N.R. 244 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Fréchette c. Canadien Pacifique Limitée et Canada et al. (1984), 60 N.R. 177 (C.A.F.); *Eskasoni School*

Board and Eskasoni Band Council v. MacIsaac et al. (1986), 69 N.R. 315 (F.C.A.); *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652; (1993), 109 D.L.R. (4th) 272; 18 Admin. L.R. (2d) 67; 1 C.C.E.L. (2d) 75; 94 CLLC 14,006; 161 N.R. 66 (C.A.).

REFERRED TO:

Sagkeeng Education Authority Inc. v. Guimond, [1996] 1 F.C. 387; (1995), 16 C.C.E.L. (2d) 259; 103 F.T.R. 274 (T.D.); *Sedpex, Inc. v. Canada (Adjudicator appointed under the Canada Labour Code)*, [1989] 2 F.C. 289; (1988), 34 Admin. L.R. 23; 25 F.T.R. 3 (T.D.); *Beothuk Data Systems Ltd., Seawatch Division v. Dean*, [1996] 1 F.C. 451; (1995), 102 F.T.R. 241 (T.D.); revd [1998] 1 F.C. 433 (C.A.); *Canadian Airlines International Ltd. v. Husain*, [1998] F.C.J. No. 607 (C.A.); *Lee-Shanok v. Banca Nazionale del Lavoro of Canada Ltd.*, [1987] 3 F.C. 578; (1987), 26 Admin. L.R. 133; 76 N.R. 359 (C.A.); *Standard Radio Inc. v. Canada (Attorney General and Minister of Labour) et al.* (1989), 96 N.R. 388 (F.C.A.).

APPEAL from a Trial Division decision (*Lemieux v. Canadian Broadcasting Corporation et al.* (1996), 120 F.T.R. 193 (F.C.T.D.)) dismissing an application for judicial review of the decision of an inspector under the *Canada Labour Code* dismissing as unfounded an unjust dismissal complaint on the ground that non-renewal of a fixed-term contract did not constitute dismissal. Appeal allowed.

COUNSEL:

David Rhéaume for appellant.
Raymond Piché and *Nadine Perron* for respondents and interveners.

SOLICITORS:

Grégoire, Payette, Rhéaume, Granby, Quebec, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents and interveners.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[1] DÉCARY J.A.: This appeal requires that we examine the respective roles of the inspector and adjudicator when a complaint of unjust dismissal is

Board et Eskasoni Band Council c. MacIsaac et al. (1986), 69 N.R. 315 (C.A.F.); *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652; (1993), 109 D.L.R. (4th) 272; 18 Admin. L.R. (2d) 67; 1 C.C.E.L. (2d) 75; 94 CLLC 14,006; 161 N.R. 66 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Sagkeeng Education Authority Inc. c. Guimond, [1996] 1 C.F. 387; (1995), 16 C.C.E.L. (2d) 259; 103 F.T.R. 274 (1^{re} inst.); *Sedpex, Inc. c. Canada (Arbitre nommé sous le régime du Code canadien du travail)*, [1989] 2 C.F. 289; (1988), 34 Admin. L.R. 23; 25 F.T.R. 3 (1^{re} inst.); *Beothuk Data Systems Ltd., Seawatch Division c. Dean*, [1996] 1 C.F. 451; (1995), 102 F.T.R. 241 (1^{re} inst.); inf. par [1998] 1 C.F. 433 (C.A.); *Lignes aériennes Canadien International Ltée c. Husain*, [1998] A.C.F. n° 607 (C.A.); *Lee-Shanok c. Banque Nazionale del Lavoro du Canada*, [1987] 3 C.F. 578; (1987), 26 Admin. L.R. 133; 76 N.R. 359 (C.A.); *Standard Radio Inc. c. Canada (Procureur général et ministre du Travail) et al.* (1989), 96 N.R. 388 (C.A.F.).

APPEL contre une décision de la Section de première instance (*Lemieux c. Société Radio-Canada et al.* (1996), 120 F.T.R. 193 (C.F. 1^{re} inst.)) qui a rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un inspecteur en vertu du *Code canadien du travail*, qui avait rejeté comme irrecevable une plainte pour congédiement injuste au motif que le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée ne constitue pas un congédiement. Appel accueilli.

AVOCATS:

David Rhéaume pour l'appelant.
Raymond Piché et *Nadine Perron* pour les intimés et l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Grégoire, Payette, Rhéaume, Granby, Québec, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés et l'intervenant.

Voici les motifs du jugement rendus en français par

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Cet appel nous amène à examiner les rôles respectifs de l'inspecteur et de l'arbitre lors du dépôt d'une plainte pour congédie-

filed under Division XIV [sections 240 to 246] of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, as amended (the Code). The more specific question that arises is whether, when the inspector receives a complaint from a person who “has been dismissed and considers the dismissal to be unjust” (section 240 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15]), the inspector has the authority to ascertain personally at the outset whether the unjust dismissal in question was truly a dismissal, regardless of whether it was just or unjust, and if the inspector concludes that it was not, to personally determine the complaint to be unfounded.

The facts

[2] The facts are very simple. The appellant was employed by the Canadian Broadcasting Corporation (the CBC) when his employer informed him, on April 8, 1994, of its intention not to renew the contract of employment, which was ending on June 30, 1994.

[3] On July 11, 1994, the appellant filed a complaint of unjust dismissal with Labour Canada under sections 240 *et seq.* of the *Canada Labour Code*. The “government official who received the complaint” was Michel Gobeil (A.B., at page 43).

[4] On July 19, 1994, an operations clerk at Labour Canada informed the appellant that Michel Gobeil, a “labour affairs officer”, [TRANSLATION] “[had] been assigned to investigate this case” (A.B., at page 45).

[5] On October 26, 1994, Mr. Gobeil (the inspector) asked the CBC, under subsection 241(1) of the Code, to “provide . . . a written statement giving the reasons for the dismissal” (emphasis added).

[6] On November 2, 1994, the CBC provided a written statement indicating:

[TRANSLATION] . . . the Corporation believes that the complainant’s contract was not renewed, and not that he was dismissed, and that it was justified and entitled not to renew the complainant’s contract.

ment injuste dans le cadre de la section XIV [articles 240 à 246] du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, tel que modifié (le Code). La question plus particulière qui se pose est celle de savoir si l’inspecteur a la compétence, lorsqu’il reçoit la plainte d’une personne «qui se croit injustement congédiée» (article 240 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15]), de vérifier lui-même au départ si le congédiement injuste en question est un véritable congédiement, indépendamment de son caractère juste ou injuste, et, s’il en vient à la conclusion que non, pour juger lui-même la plainte irrecevable.

Les faits

[2] Les faits sont fort simples. L’appelant était à l’emploi de la Société Radio-Canada (Radio-Canada) lorsque, le 8 avril 1994, son employeur l’informait de son intention de ne pas renouveler le contrat de travail. Ce dernier venait à échéance le 30 juin 1994.

[3] Le 11 juillet 1994, l’appelant enregistrait une plainte pour congédiement injuste auprès de Travail Canada, en vertu des articles 240 et suivants du *Code canadien du travail*. Le «fonctionnaire qui a reçu la plainte» était M. Michel Gobeil. (D.A., à la page 43).

[4] Le 19 juillet 1994, un commis aux opérations de Travail Canada avisait l’appelant que ce même Michel Gobeil, un «agent des affaires du travail», «[avait] été chargé de faire enquête dans cette affaire». (D.A., à la page 45).

[5] Le 26 octobre 1994, M. Gobeil (l’inspecteur) demandait à Radio-Canada, aux termes du paragraphe 241(1) du Code, de lui «fournir . . . une déclaration écrite faisant état des motifs de ce congédiement» (mon soulignement).

[6] Le 2 novembre 1994, Radio-Canada fournissait une déclaration écrite à l’effet que:

. . . la Société considère que le plaignant a fait l’objet d’un non-renouvellement de contrat et non d’un congédiement et qu’elle était justifiée et en droit de ne pas renouveler le contrat du plaignant.

In the circumstances, the Corporation reserves the right to raise any objection to that effect, at the appropriate time, before a tribunal of competent jurisdiction.

No copy of that letter was sent to the appellant.

[7] On November 15, 1994, the inspector informed the appellant of his "decision", as follows:

[TRANSLATION] Your complaint is considered to be unfounded since the non-renewal of fixed-term contracts does not constitute dismissal.

The Department's position was adopted pursuant to the judgment of the Federal Court of Appeal in the Eskasoni School Board case. I attach hereto a copy of that judgment and the decision of the Supreme Court of Canada refusing to hear the case. Accordingly, I have no choice but to close your file. [A.B., at page 50.]

[8] On December 6, 1994, the appellant replied as follows:

[TRANSLATION] I have read your decision to treat my complaint as unfounded. However, I believe that this question in fact falls within the authority of an adjudicator acting under Division XIV of the *Canada Labour Code*.

Accordingly, under section 241 of the Code, I would ask you to report to the Minister that the endeavour to assist the parties to settle the complaint has not succeeded so that an adjudicator may be appointed in my case as soon as possible. [A.B., at page 48.]

[9] On December 22, 1994, the inspector put an end to the discussion, as follows:

[TRANSLATION] In reply to your letter of December 6, 1994, I would like to remind you that one of our responsibilities as labour affairs officers is to ensure that anyone who files a complaint of unjust dismissal meets the requirements set out in section 240 of the Code in respect of whether the complaint is founded. [A.B., at page 49.]

[10] It should be noted that the inspector, Mr. Gobeil, made his "decision" solely on the basis of the letter written by the CBC on November 2, 1994, without having a copy of the contract of employment and without asking the appellant about his employer's arguments.

[11] The appellant applied to the Trial Division of this Court, which dismissed his application for judicial

Dans les circonstances, la Société se réserve le droit de soulever, en temps opportun, toute objection à cet effet auprès d'un tribunal compétent.

Copie de cette lettre n'a pas été envoyée à l'appellant.

[7] Le 15 novembre 1994, l'inspecteur informait l'appelant de sa «décision» dans les termes suivants:

Votre plainte est considérée irrecevable puisque le non-renouvellement de contrats à durée déterminée ne constitue [sic] pas un congédiement.

Cette position du Ministère a été adoptée suite au jugement de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire Eskasoni School Board. Je joins à la présente copie de ce jugement ainsi que la décision de la Cour Suprême du Canada qui a refusé d'entendre cette cause. Conséquemment, je n'ai d'autres [sic] choix que de fermer votre dossier. [D.A., à la p. 50.]

[8] Le 6 décembre 1994, l'appelant répondait ce qui suit:

Je prends note de votre décision de considérer ma plainte comme irrecevable. Toutefois, je considère que cette question relève plutôt de la compétence d'un arbitre agissant en vertu de la section XIV du *Code canadien du travail*.

Ainsi, en application de l'article 241 du Code, je vous demande de faire rapport au Ministre de l'échec de la conciliation en vue qu'un arbitre soit nommé dans mon dossier dans les plus brefs délais. [D.A., à la p. 48.]

[9] Le 22 décembre 1994, l'inspecteur mettait fin au débat en ces termes:

En réponse à votre lettre datée du 6 décembre 1994, j'aimerais vous rappeler qu'une de nos responsabilités en tant qu'agent des affaires du travail est de s'assurer que toutes personnes qui déposent une plainte de congédiement injuste rencontrent les conditions de recevabilité prévues à l'article 240 du Code. [D.A., à la p. 49.]

[10] Il est à noter que l'inspecteur Gobeil a rendu sa «décision» sur la seule foi de la lettre écrite par Radio-Canada le 2 novembre 1994, sans avoir en main le contrat d'emploi et sans avoir informé l'appelant des prétentions de son employeur.

[11] L'appelant s'est adressé à la Section de première instance de cette Cour, laquelle a rejeté sa

review, essentially on the following ground (*Lemieux v. Canadian Broadcasting Corporation et al.* (1996), 120 F.T.R. 193 (F.C.T.D.), at page 204):

In my view, despite Parliament's silence on this point, it is the inspector's responsibility as the first person receiving the complaint to refuse to act on it if it is inadmissible on its face. As stated by the Attorney General, a screening system is required to eliminate complaints that do not meet the preconditions. In my opinion, it is implicit in the role of inspectors that they are to perform this function.

[12] None of the respondents took part in argument, and it was the Attorney General of Canada (the Attorney General), as intervenor, who defended the authority of the inspector.

[13] I have structured my reasons as follows. First, I shall review the most relevant statutory provisions. Next, I shall give a description of the duties of an inspector when a complaint of unjust dismissal is filed under Division XIV, followed by a description of the duties of an inspector under other divisions of Part III of the Code. Lastly, I shall set out an analysis of the issues, the parties' arguments and the decisions of this Court.

The relevant legislation

[14] In order to properly understand the reasons that are to follow, it is necessary for me to reproduce a number of provisions of the *Canada Labour Code*. They are as follows [ss. 240 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15), 241, 242 (as am. *idem*, s. 16), 248, 249 (as am. by S.C. 1993, c. 42, s. 35), 250, 251 (as am. *idem*, s. 36)]:

DIVISION XIV UNJUST DISMISSAL

240. (1) Subject to subsections (2) and 242(3.1), any person

(a) who has completed twelve consecutive months of continuous employment by an employer, and

(b) who is not a member of a group of employees subject to a collective agreement,

demande de contrôle judiciaire, essentiellement pour le motif suivant (*Lemieux c. Société Radio-Canada et al.* (1996), 120 F.T.R. 193 [C.F. 1^{re} inst.], à la page 204):

Malgré le silence du législateur sur ce point, il revient à mon avis à l'inspecteur, puisqu'il est le premier à recevoir la plainte, de refuser de donner suite à une plainte qui à sa face même est irrecevable. Comme l'exprimait le procureur général, il doit exister un système de filtrage qui élimine les plaintes qui ne rencontrent pas les conditions préliminaires. À mon avis, il est implicite du rôle de l'inspecteur qu'il assure cette fonction.

[12] Aucun des intimés n'a participé au débat et c'est le procureur général du Canada (le procureur général) qui, à titre d'intervenant, est venu défendre la compétence de l'inspecteur.

[13] J'ai structuré mes motifs de la façon suivante. D'abord, un rappel des dispositions législatives des plus pertinentes. Puis une description des fonctions de l'inspecteur lors du dépôt d'une plainte de congédiement injuste en vertu de la section XIV, suivie d'une description des fonctions de l'inspecteur en vertu des autres sections de la partie III du Code. Une analyse, enfin, des questions en litige, des prétentions des parties et de la jurisprudence de cette Cour.

La législation pertinente

[14] Il s'impose, pour une bonne compréhension des motifs qui vont suivre, que je reproduise plusieurs dispositions du *Code canadien du travail*. Les voici [art. 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15), 241, 242 (mod., *idem*, art. 16), 248, 249 (mod. par L.C. 1993, ch. 42, art. 35), 250, 251 (mod., *idem*, art. 36)]:

SECTION XIV CONGÉDIEMENT INJUSTE

240. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si:

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur;

b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective.

may make a complaint in writing to an inspector if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust.

(2) Subject to subsection (3), a complaint under subsection (1) shall be made within ninety days from the date on which the person making the complaint was dismissed.

(3) The Minister may extend the period of time referred to in subsection (2) where the Minister is satisfied that a complaint was made in that period to a government official who had no authority to deal with the complaint but that the person making the complaint believed the official had that authority.

241. (1) Where an employer dismisses a person described in subsection 240(1), the person who was dismissed or any inspector may make a request in writing to the employer to provide a written statement giving the reasons for the dismissal, and any employer who receives such a request shall provide the person who made the request with such a statement within fifteen days after the request is made.

(2) On receipt of a complaint made under subsection 240(1), an inspector shall endeavour to assist the parties to the complaint to settle the complaint or cause another inspector to do so.

(3) Where a complaint is not settled under subsection (2) within such period as the inspector endeavouring to assist the parties pursuant to that subsection considers to be reasonable in the circumstances, the inspector shall, on the written request of the person who made the complaint that the complaint be referred to an adjudicator under subsection 242(1),

(a) report to the Minister that the endeavour to assist the parties to settle the complaint has not succeeded; and

(b) deliver to the Minister the complaint made under subsection 240(1), any written statement giving the reasons for the dismissal provided pursuant to subsection (1) and any other statements or documents the inspector has that relate to the complaint.

242. (1) The Minister may, on receipt of a report pursuant to subsection 241(3), appoint any person that the Minister considers appropriate as an adjudicator to hear and adjudicate on the complaint in respect of which the report was made, and refer the complaint to the adjudicator along with any statement provided pursuant to subsection 241(1).

(2) An adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1)

(a) shall consider the complaint within such time as the Governor in Council may by regulation prescribe;

(b) shall determine the procedure to be followed, but shall give full opportunity to the parties to the complaint to

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la plainte doit être déposée dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la date du congédiement.

(3) Le ministre peut proroger le délai fixé au paragraphe (2) dans les cas où il est convaincu que l'intéressé a déposé sa plainte à temps mais auprès d'un fonctionnaire qu'il croyait, à tort, habilité à la recevoir.

241. (1) La personne congédiée visée au paragraphe 240(1) ou tout inspecteur peut demander par écrit à l'employeur de lui faire connaître les motifs du congédiement; le cas échéant, l'employeur est tenu de lui fournir une déclaration écrite à cet effet dans les quinze jours qui suivent la demande.

(2) Dès réception de la plainte, l'inspecteur s'efforce de concilier les parties ou confie cette tâche à un autre inspecteur.

(3) Si la conciliation n'aboutit pas dans un délai qu'il estime raisonnable en l'occurrence, l'inspecteur, sur demande écrite du plaignant à l'effet de saisir un arbitre du cas:

a) fait rapport au ministre de l'échec de son intervention;

b) transmet au ministre la plainte, l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement et tous autres déclarations ou documents relatifs à la plainte.

242. (1) Sur réception du rapport visé au paragraphe 241(3), le ministre peut désigner en qualité d'arbitre la personne qu'il juge qualifiée pour entendre et trancher l'affaire et lui transmettre la plainte ainsi que l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement.

(2) Pour l'examen du cas dont il est saisi, l'arbitre:

a) dispose du délai fixé par règlement du gouverneur en conseil;

b) fixe lui-même sa procédure, sous réserve de la double obligation de donner à chaque partie toute possibilité de

present evidence and make submissions to the adjudicator and shall consider the information relating to the complaint; and

(c) has, in relation to any complaint before the adjudicator, the powers conferred on the Canada Labour Relations Board, in relation to any proceeding before the Board, under paragraphs 16(a), (b) and (c).

(3) Subject to subsection (3.1), an adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1) shall

(a) consider whether the dismissal of the person who made the complaint was unjust and render a decision thereon; and

(b) send a copy of the decision with the reasons therefor to each party to the complaint and to the Minister.

(3.1) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where

(a) that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; or

(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.

(4) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (3) that a person has been unjustly dismissed, the adjudicator may, by order, require the employer who dismissed the person to

(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(b) reinstate the person in his employment; and

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

...

DIVISION XVI

ADMINISTRATION AND GENERAL

Inquiries

248. (1) The Minister may,

(a) for any of the purposes of this Part, cause an inquiry to be made into and concerning employment in any industrial establishment; and

(b) appoint one or more persons to hold the inquiry.

(2) A person appointed pursuant to subsection (1) has all of the powers of a person appointed as a commissioner under Part I of the *Inquiries Act*.

lui présenter des éléments de preuve et des observations, d'une part, et de tenir compte de l'information contenue dans le dossier, d'autre part;

c) est investi des pouvoirs conférés au Conseil canadien des relations du travail par les alinéas 16a), b) et c).

(3) Sous réserve du paragraphe (3.1), l'arbitre:

a) décide si le congédiement était injuste;

b) transmet une copie de sa décision, motifs à l'appui, à chaque partie ainsi qu'un ministre.

(3.1) L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste;

b) la présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

(4) S'il décide que le congédiement était injuste, l'arbitre peut, par ordonnance, enjoindre à l'employeur:

a) de payer au plaignant une indemnité équivalant, au maximum, au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;

b) de réintégrer le plaignant dans son emploi;

c) de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

...

SECTION XVI

APPLICATION ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Enquêtes

248. (1) Le ministre peut, dans le cadre de la présente partie:

a) faire procéder à une enquête sur toute question concernant l'emploi dans un établissement;

b) nommer la ou les personnes qui en seront chargées.

(2) Toute personne nommée conformément au paragraphe (1) est investie des pouvoirs conférés aux commissaires aux termes de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*.

249. (1) The Minister may designate any person as an inspector for the purposes of this Part.

(2) For the purposes of this Part and the regulations, and inspector may

(a) inspect and examine all books, payrolls and other records of an employer that relate to the wages, hours of work or conditions of employment affecting any employee;

(b) take extracts from or make copies of any entry in the books, payrolls and other records mentioned in paragraph (a);

(c) require any employer to make or furnish full and correct statements, either orally or in writing, in such form as may be required, respecting the wages paid to all or any of this employees, and the hours of work and conditions of their employment;

(d) require an employee to make full disclosure, production and delivery to the inspector of all records, documents, statements, writings, books, papers, extracts therefrom or copies thereof or of other information, either orally or in writing, that are in the possession or under the control of the employee and that in any way relate to the wages, hours of work or conditions of his employment; and

(e) require any party to a complaint made under subsection 240(1) to make or furnish full and correct statements, either orally or in writing, in such form as may be required, respecting the circumstances of the dismissal in respect of which the complaint was made.

(3) An inspector may, at any reasonable time, enter on any place used in connection with a federal work, undertaking or business for the purpose of making an inspection authorized under subsection (2), and may, for that purpose, question any employee apart from his employer.

(4) The person in charge of any federal work, undertaking or business and every person employed thereon or in connection with the operation thereof shall give an inspector all reasonable assistance to enable the inspector to carry out his duties and functions under this Part or the regulations.

(5) The Minister shall furnish every inspector with a certificate of his designation as an inspector and on entering any place used in connection with a federal work, undertaking or business an inspector shall, if so required, produce the certificate to the person in charge of that place.

(6) An inspector may, in carrying out the inspector's duties and functions, be accompanied or assisted by such persons as the inspector considers necessary.

(7) No inspector, and no person who has accompanied or assisted the inspector in carrying out the inspector's duties

249. (1) Le ministre peut désigner quiconque à titre d'inspecteur pour l'application de la présente partie.

(2) Pour l'application de la présente partie et de ses règlements, l'inspecteur peut:

a) examiner les livres, feuilles de paie et autres documents de l'employeur ayant trait au salaire, à la durée du travail ou aux conditions d'emploi de tout employé;

b) reproduire ces documents en tout ou en partie;

c) obliger l'employeur à fournir des renseignements complets et exacts, oralement ou par écrit et en la forme demandée, sur les salaires payés à tous ses employés ou à l'un d'entre eux, sur la durée de leur travail et sur leurs conditions d'emploi;

d) obliger l'employé à lui communiquer les documents—ou leurs copies—ainsi que les autres renseignements oraux ou écrits en sa possession ou son pouvoir qui, de quelque façon, ont trait à son salaire, à la durée de son travail ou aux conditions de son emploi;

e) obliger les parties à une plainte déposée en application du paragraphe 240(1) à fournir des renseignements complets et exacts, oralement ou par écrit et en la forme demandée, sur les circonstances du congédiement qui fait l'objet de la plainte.

(3) L'inspecteur peut, à toute heure convenable, pénétrer dans tout lieu où est exploitée une entreprise fédérale afin d'y procéder à une visite dans le cadre du paragraphe (2) et, à cette fin, interroger tout employé hors de la présence de son employeur.

(4) Le responsable de l'entreprise fédérale et ceux qui y travaillent ou dont l'emploi est lié à l'entreprise sont tenus de prêter à l'inspecteur toute l'assistance possible dans l'exercice des fonctions que la présente partie ou ses règlements lui confèrent.

(5) Le ministre remet à chaque inspecteur un certificat attestant sa qualité, que celui-ci présente, sur demande, au responsable de l'entreprise fédérale où il pénètre.

(6) L'inspecteur peut, dans l'exercice de ses fonctions, se faire accompagner ou assister par les personnes dont il estime le concours nécessaire.

(7) Ni l'inspecteur ni les personnes qui l'accompagnent ou l'assistent dans ses fonctions ne peuvent être contraints, sans

and functions, shall be required to give testimony in any civil suit or civil proceedings, or in any proceeding under section 242 with regard to information obtained in carrying out those duties and functions or in accompanying or assisting the inspector, except with the written permission of the Minister.

(8) An inspector is not personally liable for anything done or omitted to be done by the inspector in good faith under the authority or purported authority of this Part.

250. An inspector may administer all oaths and take and receive all affidavits and statutory declarations required with respect to the powers of the inspector set out in subsection 249(2) and certify to the administration, taking or receiving thereof.

251. (1) Where an inspector finds that an employer has failed to pay an employee any wages or other amounts to which the employee is entitled under this Part, the inspector may determine the difference between the wages or other amounts actually paid to the employee under this Part and the wages or other amounts to which the employee is entitled under this Part.

The duties of an inspector when an unjust dismissal complaint is filed

[15] If we read these provisions we see that the role of an inspector in respect of an unjust dismissal complaint is limited by the Act to the following: receiving the complaint (subsection 240(1)), making a request in writing to the employer and the complainant for information, either oral or in writing, concerning the reasons and circumstances of the dismissal (subsection 241(1) and paragraph 249(2)(e)), endeavouring, on receipt of the complaint, to assist the parties to settle the complaint (subsection 241(2)) or asking another inspector to do so and, where this is unsuccessful, on the request of the complainant, reporting to the Minister that the endeavour was unsuccessful (paragraph 241(3)(a)) and delivering to the Minister the complaint, any written statement by the employer and any other documents that relate to the complaint (paragraph 241(3)(b)). It is the Minister who has the power to extend the time limit prescribed for filing the complaint (subsection 240(3)), it is the complainant personally who must make the request for adjudication (subsection 241(3)), it is the Minister who decides whether to appoint an adjudicator (subsection 242(1)) and it is the adjudicator who disposes of the complaint (subsection 242(2)).

l'autorisation écrite du ministre, à témoigner dans un procès civil, dans des procédures civiles ou dans les procédures visées à l'article 242 au sujet des renseignements qu'ils ont obtenus à cette occasion.

(8) L'inspecteur est déchargé de toute responsabilité personnelle en ce qui concerne les faits—actes ou omissions—accomplis de bonne foi dans l'exercice effectif ou censé tel des pouvoirs que lui confère la présente partie.

250. L'inspecteur peut, dans le cadre du paragraphe 249(2), faire prêter serment et recevoir des affidavits et déclarations solennelles, et en donner attestation.

251. (1) S'il constate que l'employeur n'a pas versé à l'employé le salaire ou une autre indemnité auxquels celui-ci a droit sous le régime de cette partie, l'inspecteur peut déterminer lui-même la différence entre le montant exigible et celui qui a été effectivement versé.

Les fonctions d'un inspecteur lors du dépôt d'une plainte de congédiement injuste

[15] La lecture de ces dispositions laisse voir que le rôle d'un inspecteur, eu égard à une plainte de congédiement injuste, est limité par la Loi à ce qui suit: recevoir la plainte (paragraphe 240(1)), demander par écrit à l'employeur et au plaignant des informations orales ou écrites relatives aux motifs et aux circonstances du congédiement (paragraphe 241(1) et alinéa 249(2)e)), chercher, dès réception de la plainte, à concilier les parties (paragraphe 241(2)) ou demander à un autre inspecteur de le faire, et, en cas d'échec, sur demande du plaignant, remettre un rapport au ministre faisant état de cet échec (alinéa 241(3)a)) et transmettre au ministre la plainte, l'éventuelle déclaration de l'employeur et les autres documents relatifs à la plainte (paragraphe 241(3)b)). C'est le ministre qui a le pouvoir de proroger le délai prescrit pour le dépôt de la plainte (paragraphe 240(3)), c'est le plaignant lui-même qui doit faire la demande d'arbitrage (paragraphe 241(3)), c'est le ministre qui décide de la désignation d'un arbitre (paragraphe 242(1)) et c'est l'arbitre qui procède à l'instruction de la plainte (paragraphe 242(2)).

[16] The role of the inspector is so limited that he must only collect information relating to the reasons and circumstances of the dismissal, without drawing conclusions therefrom, that another inspector may be caused to endeavour to assist the parties upon receipt of the complaint, that the only purpose of the report made to the Minister under subsection 241(3) is to report “that the endeavour to assist the parties to settle the complaint has not succeeded” and that what is delivered to the Minister is not any conclusion or finding of fact the inspector may have drawn from examining the case, but only the documents received. Moreover, the Act makes no provision for the inspector to meet with the parties in the course of endeavouring to settle the complaint, and does not require that the inspector inform them of their respective positions.

[17] The facts in this case confirm that the inspector and the CBC knew that the inspector’s role was limited to endeavouring to assist the parties to settle. (I am not saying that this role is not meaningful. On the contrary, conciliation has a long and honourable history in labour law and is a major instrument for resolving disputes. What I am saying is that a conciliator has very little power in respect of anything but conciliation.) Thus in the letter he sent to the CBC on October 26, 1994, the inspector asked it to inform him of the reasons for the dismissal; this means that he was not questioning whether there had been a dismissal, thereby complying with the requirements of subsection 241(1). In the answer it sent to the inspector on November 2, 1994, the CBC did not state its objection, *per se*, relating to the fact that there had been no dismissal, but reserved the right to make it “at the appropriate time” and “before a tribunal of competent jurisdiction”; thus it was of the opinion that this was not yet the time and that it had to wait until it was before the tribunal of competent jurisdiction, presumably the adjudicator.

The other duties of an inspector in Part III of the Code

[18] Part III of the Code (Standard Hours, Wages, Vacations and Holidays, sections 166 to 267) assigns

[16] Le rôle de l’inspecteur est à ce point limité qu’il doit se contenter de colliger des informations relatives aux motifs et aux circonstances du congédiement sans en tirer de conclusions, que le processus de conciliation qui doit être entamé dès réception de la plainte peut être confié à un autre inspecteur, que le rapport qu’il fait au ministre en vertu du paragraphe 241(3) ne vise qu’à constater «l’échec de son intervention» et qu’il transmet au ministre, non pas quelque conclusion ou constatation de fait qu’il aurait pu tirer de son examen du dossier, mais seulement les documents qu’il a reçus. Qui plus est, la Loi ne prévoit aucunement que l’inspecteur, en cours de conciliation, rencontre les parties et elle n’exige pas qu’il les informe de leurs prétentions respectives.

[17] Les faits du présent dossier confirment que l’inspecteur et Radio-Canada savaient à quel point le rôle de l’inspecteur se limitait à la conciliation. (Je ne dis pas que ce rôle de conciliation n’est pas significatif. Au contraire, la conciliation a ses lettres de noblesse en droit du travail et constitue un instrument majeur de solution de conflits. Ce que je dis, c’est que le conciliateur est investi de bien peu de pouvoirs dès qu’il s’agit d’autre chose que de conciliation.) Ainsi, dans la lettre qu’il adressait à Radio-Canada le 26 octobre 1994, l’inspecteur la priait de lui faire connaître les motifs du congédiement; il ne remettait donc pas en question l’existence d’un congédiement, se conformant en cela aux exigences du paragraphe 241(1). Dans la réponse qu’elle faisait parvenir à l’inspecteur le 2 novembre 1994, Radio-Canada ne soulevait pas comme telle son objection relative à l’absence de congédiement, mais se réservait le droit de la soulever «en temps opportun» et «auprès d’un tribunal compétent»; ainsi était-elle d’avis que le moment n’était pas encore venu et qu’il lui fallait attendre de se retrouver devant le tribunal compétent, vraisemblablement l’arbitre.

Les autres fonctions d’un inspecteur dans la partie III du Code

[18] Le Code, en sa partie III (Durée normale du travail, salaire, congés et jours fériés, articles 166 à

few specific duties to inspectors appointed under subsection 249(1) “for the purposes of” that Part. Where a work schedule is modified, section 172.1 [as enacted by S.C. 1993, c. 42, s. 16] gives an inspector the power to hold a secret vote, to count the ballots and to report the result of the vote to the director; that is where the inspector’s role ends. Subsection 182(2) allows an inspector who “has reasonable grounds . . . for believing that an employer is engaging or has engaged in a discriminatory practice” as defined in section 11 of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6] to “notify the Canadian Human Rights Commission or file a complaint with that Commission”. This is undoubtedly an important function, and in performing it an inspector is expressly given considerable discretion in respect of pay equity as between men and women.

[19] Section 222 provides that an inspector may “monitor . . . the establishment and operation” of a joint planning committee established at the time notice is given of a group termination. The inspector may, “on request, assist” and “attend any sittings of a joint planning committee as an observer”. However, if there is a deadlock, it is an arbitrator who will resolve it (section 223).

[20] Section 251 permits an inspector who finds that an employer has failed to pay to an employee any wages or other amounts to which the employee is entitled to “determine” the amount owing. Section 251.1 [as enacted by S.C. 1993, c. 42, s. 37] allows the inspector to issue a written payment order to the employer to pay the money, but also gives the inspector the power to conclude “that a complaint of non-payment” of any amount “is unfounded” and to serve a “notice of unfounded complaint” on the employer. Section 251.11 [as enacted *idem* gives “[a] person who is affected by a payment order or notice of unfounded complaint” the opportunity to appeal the inspector’s decision to the Minister, who must then appoint a referee (section 251.12 [as enacted *idem*]).

267), attribue peu de fonctions spécifiques aux inspecteurs nommés en vertu du paragraphe 249(1) «pour l’application» de cette partie. En cas de modification d’horaire de travail, l’article 172.1 [édicte par L.C. 1993, ch. 42, art. 16] confie à un inspecteur le pouvoir de tenir un scrutin secret, de procéder au dépouillement du vote et de faire rapport au directeur du résultat du scrutin; son rôle s’arrête là. Le paragraphe 182(2) permet à un inspecteur «qui a des motifs raisonnables de soupçonner un employeur d’avoir commis l’un des actes discriminatoires» définis à l’article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6], d’«en aviser la Commission canadienne des droits de la personne ou déposer une plainte devant celle-ci». Il s’agit, à n’en pas douter, d’une fonction importante dans l’exercice de laquelle un inspecteur se voit expressément confier un pouvoir discrétionnaire considérable en matière d’équité salariale entre les hommes et les femmes.

[19] L’article 222 prévoit qu’un inspecteur peut «surveiller la constitution et le fonctionnement» d’un comité mixte de planification mis sur pied à l’occasion d’un avis de licenciement collectif. L’inspecteur peut «fournir . . . l’aide qu’on pourrait lui demander» et «assister aux réunions du comité à titre d’observateur». En cas d’impasse, c’est toutefois un arbitre («*arbitrator*», dans le texte anglais de l’article 223) qui tranchera.

[20] L’article 251 permet à l’inspecteur qui a constaté qu’un employeur n’avait pas versé des montants auxquels un employé avait droit, de «déterminer lui-même» la somme due. L’article 251.1 [édicte par L.C. 1993, ch. 42, art. 37] lui permet d’ordonner par écrit à l’employeur de verser ce montant, mais reconnaît aussi le pouvoir de l’inspecteur de conclure «à l’absence de fondement d’une plainte portant que l’employeur n’a pas versé» un certain montant et de signifier son «avis de plainte non fondée» à l’employeur. L’article 251.11 [édicte, *idem*] donne à «[t]oute personne concernée par un ordre de paiement ou un avis de plainte non fondée» la possibilité d’interjeter appel de la décision de l’inspecteur auprès du ministre, lequel doit alors nommer un arbitre (un «*referee*» dans le texte anglais de l’article 251.12 [édicte, *idem*]).

[21] Lastly, section 252 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 18; S.C. 1993, c. 42, s. 38] allows the inspector to examine an employer's records at all reasonable times.

[22] It is clear from this review of the specific duties assigned to an inspector that the inspector's role varies according to the wishes of Parliament. The Attorney General was wrong, accordingly, in raising in this Court the spectre of a decision in this case that would not meet Parliament's expectations. Whatever we decide here will have little impact on which might be decided in relation to another duty of an inspector. What is certain, however, is that as a general rule the duties performed and decisions made by an inspector are administrative in nature and can in no way raise questions of the nature of those raised in this case.

[23] It is also plain from this review that when Parliament wanted to give an inspector discretion or decision-making authority, it did so in unequivocal terms. There is, for instance, the inspector's power to refer a complaint to the Canadian Human Rights Commission (section 182) and the inspector's power to conclude that a complaint of insufficient payment is unfounded (section 251.1). That power is particularly relevant, for purposes of comparison with the power with which we are concerned in this appeal, in that the Act refers to the "inspector's decision" (subsection 251.11(1)), which may be appealed to the Minister, who must then appoint a referee (section 251.12). There is no such provision in Division XIV of Part III of the Code.

[24] Moreover, for the purposes of performing his duties, an inspector has the general powers described in Division XVI, in section 249, including the power to examine an employer's books, to require an employer and employee to provide information, to enter on premises, to question an employee apart from his or her employer and to administer oaths. I am not persuaded that all these powers are relevant to the performance of the duties assigned to an inspector by Division XIV, but in any event, they do nothing to change or to expand the duties that the Code otherwise assigns to an inspector. However, I note that unlike

[21] L'article 252 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 18; L.C. 1993, ch. 42, art. 38], enfin, permet à l'inspecteur d'examiner, à toute heure convenable, les registres d'un employeur.

[22] Il ressort de cette revue des fonctions spécifiques attribuées à un inspecteur, que le rôle de ce dernier varie au gré du législateur. C'est à tort, par conséquent, que le procureur général dresse devant nous l'épouvantail d'une décision qui, en l'espèce, ne rencontrerait pas ses attentes. Quoi que nous décidions ici, aura peu d'impact sur ce qui pourrait être décidé relativement à une autre fonction d'un inspecteur. Ce qui est certain, toutefois, c'est que l'inspecteur, règle générale, exerce des fonctions et prend des décisions d'ordre administratif qui ne peuvent d'aucune façon soulever des interrogations de la nature de celles soulevées en la présente affaire.

[23] Il ressort aussi de cette revue que lorsque le législateur a voulu donner un pouvoir discrétionnaire ou décisionnel à un inspecteur, il l'a fait en des termes non équivoques. Ainsi en est-il du pouvoir de l'inspecteur de saisir d'une plainte la Commission canadienne des droits de la personne (article 182) et du pouvoir de l'inspecteur de conclure à l'absence de fondement d'une plainte de paiements insuffisants (article 251.1). Ce dernier pouvoir est d'autant plus pertinent, pour fins de comparaison avec le pouvoir qui nous intéresse dans cet appel, que la Loi parle d'une «décision de l'inspecteur» (paragraphe 251.11(1)), laquelle peut faire l'objet d'un appel au ministre, lequel doit alors nommer un arbitre (article 251.12). Il n'y a rien de tel, dans la section XIV de la Partie III du Code.

[24] L'inspecteur dispose, par ailleurs, pour l'exécution de ses fonctions, des pouvoirs généraux décrits dans la section XVI, à l'article 249, dont ceux d'examiner les livres de l'employeur, d'obliger l'employeur et l'employé à lui fournir des renseignements, de visiter les lieux, d'interroger un employé hors de la présence de l'employeur et de faire prêter serment. Je ne suis pas convaincu que tous ces pouvoirs soient pertinents à l'exercice des fonctions attribuées à un inspecteur par la section XIV, mais quoi qu'il en soit, ces pouvoirs ne modifient en rien ni ne bonifient les fonctions que le Code attribue par ailleurs à l'inspecteur.

the persons appointed by the Minister under section 248 to hold inquiries, inspectors do not have the powers of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act* [R.S.C., 1985, c. I-11].

The merits of the case

[25] This brings me to the merits of the case: in the absence of any express provisions giving a decision-maker the power to determine whether or not there has been a dismissal, we must determine which decision-maker is implicitly given this power.

[26] I will say at the outset that even if that decision-maker were the inspector, in this case the inspector's decision cannot stand up to an application for judicial review, for the simple reason that the decision was made extremely summarily, based solely on the written representations of the CBC, which were not based on any documentary evidence, and the content of which was not brought to the attention of the complainant. If it is the case that the inspector had the power to find the complaint to be unfounded, he could not do so without having the relevant documents in his possession and without inviting the applicant to present his views. In *Srougi v. Lufthansa German Airlines* (1988), 93 N.R. 244 (F.C.A.), at page 246 this Court held that it seemed to it to be "hard to imagine a situation", where a complaint was dismissed by an adjudicator on the ground that there had not been a true dismissal,

. . . in which such a thing could be done summarily and on a preliminary motion, simply be reading the record as presented by the complaint.

A fortiori, the same would be true if the decision had been made by an inspector rather than by an adjudicator.

[27] However, the application for judicial review cannot be allowed solely on that ground, since in any event we must determine whether the inspector is the proper person to whom the matter should be referred back. The Attorney General argued that it would be pointless to refer the case back either to the inspector

teur. Je note cependant que contrairement aux enquêteurs qui sont nommés par le ministre en vertu de l'article 248, les inspecteurs ne sont pas investis des pouvoirs conférés aux commissaires aux termes de la partie I de la *Loi sur les enquêtes* [L.R.C. (1985), ch. I-11].

Le fond du litige

[25] Ce qui m'amène au fond du litige: en l'absence de dispositions expresses qui attribuent à un décideur le pouvoir de déterminer s'il y a ou non congédiement, il faut rechercher quel décideur s'est vu accorder implicitement ce pouvoir.

[26] Je dirai d'entrée de jeu que quand bien même ce décideur serait l'inspecteur, la décision de ce dernier ne saurait en l'espèce résister à une demande de contrôle judiciaire, et ce pour la simple raison que cette décision a été prise de façon plus que sommaire, sur la foi des seules représentations écrites de Radio-Canada qui ne s'appuyaient sur aucune preuve documentaire et dont le contenu n'avait pas été porté à la connaissance du plaignant. Si tant est que l'inspecteur ait eu le pouvoir de juger la plainte irrecevable, il ne pouvait le faire sans avoir en sa possession les documents pertinents et sans inviter le requérant à faire valoir son point de vue. Cette Cour, dans *Srougi c. Lufthansa German Airlines* (1988), 93 N.R. 244 (C.A.F.), à la page 246 a jugé qu'il lui paraissait «difficile d'imaginer une situation», dans le cas de rejet d'une plainte par un arbitre au motif qu'il ne s'agissait pas d'un véritable congédiement,

. . . où cela pourrait être fait sommairement et préliminairement, sur la seule vue du dossier tel que constitué par la plainte . . .

À plus forte raison en irait-il de même si la décision était prise par un inspecteur plutôt que par un arbitre.

[27] La demande de contrôle judiciaire ne saurait cependant être accueillie pour ce seul motif, puisqu'il faut de toute façon déterminer si l'inspecteur est la personne compétente à qui le dossier devrait être retourné. Le procureur général prétend qu'il serait inutile de renvoyer l'affaire, que ce soit à l'inspecteur,

or to the Minister or the adjudicator, since in any event the Trial Judge has already disposed of the question and decided that in this instance there was no true dismissal. This argument is without merit: once the trial judgment was quashed, it would lose any binding value, and both an inspector and a minister or an adjudicator could reach a completely different conclusion.

[28] The fact that the inspector has summarily found the complaint to be unfounded, however, is not foreign to the question of jurisdiction. Since the inspector will never have anything in front of him but the record, as it is put together by himself, and since he has none of the powers to investigate and determine that an adjudicator has under subsection 242(2), he could never proceed otherwise than “summarily and on a preliminary motion”, which would be unacceptable every time. Accordingly, the fact that the inspector does not have the powers required to hold a hearing that respects the parties’ rights is a certain, and even conclusive indication that it is not for him to determine whether or not there has been a dismissal.

[29] Only the adjudicator has the power, under subsection 242(1), to “hear and adjudicate on the complaint”. When “a complaint has been referred” to him (subsection 242(2)), the adjudicator personally determines the procedure to be followed, but “shall give full opportunity to the parties to the complaint to present evidence and make submissions”. Moreover, under paragraph 242(2)(c), the adjudicator has the powers conferred on the Canada Labour Relations Board by paragraphs 16(a), (b) and (c). The power conferred by paragraph 16(a) is unequivocal:

16. The Board has, in relation to any proceeding before it, power

(a) to summon and enforce the attendance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Board deems requisite to the full investigation and consideration of any matter within its jurisdiction that is before the Board in the proceeding;

The inspector has no analogous power or obligation, which it is easy to understand when we recognize that he is vested with no powers to investigate and decide.

au ministre ou à l’arbitre, puisque de toute façon le juge de première instance a déjà tranché la question et décidé qu’il n’y avait pas, en l’espèce, de véritable congédiement. Cette prétention n’a aucun mérite: dès lors que le jugement de première instance serait cassé, il perdrait toute valeur de contrainte et aussi bien un inspecteur qu’un ministre ou un arbitre pourraient en arriver à une conclusion toute autre.

[28] Le fait que l’inspecteur ait sommairement jugé la plainte non recevable n’est pas pour autant étranger à la question de compétence. Puisque l’inspecteur n’aura jamais devant lui que le dossier tel que constitué par lui-même et comme il ne détient aucun des pouvoirs d’enquête et de détermination que possède l’arbitre en vertu du paragraphe 242(2), il s’ensuit qu’il ne pourrait jamais procéder autrement que «*summairement et préliminairement*», ce qui serait à chaque fois inacceptable. Le fait, par conséquent, que l’inspecteur n’ait pas les pouvoirs requis pour tenir une audition respectueuse des droits des parties, est un indice certain, voire déterminant, qu’il ne lui appartient pas de déterminer s’il y a ou non congédiement.

[29] Seul l’arbitre a le pouvoir, en vertu du paragraphe 242(1), d’«*entendre et trancher l’affaire*». Pour «*l’examen du cas dont il est saisi*» (paragraphe 242(2)), l’arbitre fixe lui-même sa procédure, mais «*sous réserve de la double obligation de donner à chaque partie toute possibilité de lui présenter des éléments de preuve et des observations*». Qui plus est, l’arbitre, selon l’alinéa 242(2)c), est investi des pouvoirs conférés au Conseil canadien des relations du travail par les alinéas 16(a), (b) et (c). Le pouvoir conféré par l’alinéa 16(a) est sans équivoque:

16. Le Conseil peut, dans le cadre de toute affaire dont il connaît:

a) convoquer des témoins et les contraindre à comparaître et à déposer sous serment, oralement ou par écrit, ainsi qu’à produire les documents et pièces qu’il estime nécessaires pour mener à bien ses enquêtes et examens sur les questions de sa compétence;

L’inspecteur n’a aucun pouvoir ni aucune obligation analogues, ce qui se comprend aisément dès lors qu’on reconnaît qu’il n’est investi d’aucun pouvoir d’instruction et de décision.

[30] The Attorney General is being greedy. She argued that the inspector has the authority to dispose of any dispute relating to any and all of the requirements that must be met in order for a complaint filed under section 240 to be founded. In her factum, she defined what she considered to be those requirements:

[TRANSLATION]

- (a) The person who files the complaint must be employed by an employer which is subject to the *Canada Labour Code* [subsection 167(1) of the Code].
- (b) The complaint must be made by a person who is an employee but does not hold a management position [subsection 167(3) of the Code].
- (c) The person must have been employed by the same employer for a period of at least twelve months with the same employer [paragraph 240(1)(a) of the Code].
- (d) The person must not be a member of a group of employees subject to a collective agreement [paragraph 240(1)(b) of the Code].
- (e) The person must have been dismissed for a reason other than lack of work or discontinuance of a function [paragraph 242(3.1)(a) of the Code].
- (f) The person must not have any other procedure for redress as provided by the Code or any other Act of Parliament [paragraph 242(3.1)(b) of the Code].
- (g) The complaint must have been filed in writing within 90 days from the date of the dismissal [subsection 240(2) of the Code] or within such extended time as is allowed by the Minister of Labour [subsection 240(3) of the Code].
- (h) The person must assert that he or she considers the dismissal to be unjust [subsection 240(1) of the Code].

This, I am afraid, is a case where counsel's eyes are bigger than counsel's stomach.

[31] I shall not review each of the requirements for a complaint to be founded that the Attorney General says fall within the jurisdiction of the inspector. I need only rule out a few of them in order to conclude that the principle proposed by Attorney General is unsound.

[32] Subsection 242(3.1) of the Code provides:

242. . . .

(3.1) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where

[30] Le procureur général est gourmand. Il soutient que l'inspecteur a compétence pour trancher tout différend relatif à toutes et chacune des conditions de recevabilité d'une plainte déposée conformément à l'article 240. Il définit ainsi, dans son mémoire, ce qu'il considère être les conditions de recevabilité:

- a) La personne qui présente la plainte doit être employée par un employeur assujéti au *Code canadien du travail* [paragraphe 167(1) du Code].
- b) La plainte doit être présentée par une personne qui est un employé mais qui n'occupe pas un poste de directeur [paragraphe 167(3) du Code].
- c) Cette personne doit avoir été employée par le même employeur pendant une période d'au moins douze mois pour le même employeur [alinéa 240(1)a du Code].
- d) Cette personne ne doit pas faire partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective [alinéa 240(1)b du Code].
- e) Cette personne doit avoir été congédiée pour un motif autre qu'un manque de travail ou la suppression d'un poste [alinéa 242(3.1)a du Code].
- f) Cette personne ne doit pas disposer d'un autre recours prévu par le *Code* ou par une autre loi fédérale [alinéa 240(3.1)b du Code].
- g) La plainte doit avoir été présentée par écrit dans un délai de 90 jours qui suivent la date du congédiement [paragraphe 240(2) du Code] ou dans le délai prorogé par le ministre du Travail [paragraphe 240(3) du Code].
- h) Cette personne doit alléguer qu'elle croit que son congédiement est injuste. [paragraphe 240(1) du Code].

C'est là, je le crains, un cas de qui trop embrasse, mal étreint.

[31] Je ne passerai pas en revue chacune des conditions de recevabilité que le procureur général dit être du ressort de l'inspecteur. Il me suffira d'en écarter quelques-unes pour conclure que la pétition de principe du procureur général est sans fondement.

[32] Le paragraphe 242(3.1) du Code prescrit que:

242. . . .

(3.1) L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(a) that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; or

(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.

a) le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste;

b) la présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

This provision is clear: it is the adjudicator, and the adjudicator alone, who is authorized to determine, before initiating an investigation, whether paragraphs (a) and (b) apply.

Ce texte est clair: c'est l'arbitre, et lui seul, qui a le mandat de déterminer avant d'entreprendre son instruction, si les alinéas a) et b) s'appliquent.

[33] It seems to me that the Attorney General is relying on a false premise. While a decision-maker is generally the person with authority to decide questions that are preliminary to the exercise of his or her power, we must still decide who the decision-maker is. The person who, by law, is given the power to receive a complaint, but is expressly denied the power to dispose of it, is not, *prima facie*, the decision-maker. It may be that the law allows that person to ascertain or determine the existence of a particular fact situation, or requires that he or she do so before forwarding the complaint to the appropriate person, but that does not make that person the decision-maker in all other respects.

[33] Le procureur général se fonde, me semble-t-il, sur une prémisse qui est fausse. S'il est exact qu'un décideur soit généralement la personne habilitée à décider des questions préliminaires à l'exercice de sa compétence, encore faut-il déterminer qui est le décideur. La personne qui, de par la loi, se voit conférer le pouvoir de recevoir une plainte, mais qui se voit expressément nier le pouvoir de la trancher, n'est pas, à prime abord, le décideur. Il se peut que la loi lui permette de vérifier ou de constater l'existence d'un certain état de faits ou exige qu'il le fasse avant d'acheminer la plainte à qui de droit, mais cela n'en fait pas pour autant le décideur à tous autres égards.

[34] We would also have to ask, if perchance the inspector had all the powers attributed to him by the Attorney General, the extent to which the adjudicator would be bound by the opinion stated by the inspector as to the application of any particular requirement for the complaint to be founded. If, for example, the inspector has the authority to determine whether there has been a true dismissal, the fact that he endeavours to assist the parties to settle would assume that he has concluded that there was such a dismissal; would the adjudicator who eventually heard the complaint be bound by that conclusion? Of course not. Why then would the adjudicator be deprived of the chance also to contradict the conclusion of an inspector who, on his own initiative, had terminated the process on the ground that in his view there had been no true dismissal?

[34] Il faudrait d'ailleurs se demander, si d'aventure l'inspecteur avait tous les pouvoirs que lui prête le procureur général, dans quelle mesure l'arbitre serait lié par l'opinion émise par un inspecteur relativement à l'application d'une condition donnée de recevabilité. Si, par exemple, l'inspecteur a compétence pour décider s'il y a ou non congédiement véritable, le fait qu'il procède à la conciliation supposerait qu'il a conclu qu'il s'agissait d'un tel congédiement; l'arbitre éventuellement saisi de la plainte serait-il lié par cette conclusion? Bien sûr que non. Pourquoi alors l'arbitre se verrait-il privé de la possibilité de contredire aussi la conclusion d'un inspecteur qui, de sa seule initiative, aurait mis fin au processus au motif que selon lui il n'y avait pas de véritable congédiement?

[35] It is difficult to imagine that on a question as vital as whether there has been a true dismissal Parliament would have intended, without expressly

[35] Il est difficile d'imaginer que sur une question aussi vitale que l'existence d'un congédiement véritable, le législateur ait voulu sans le dire expressément

saying so, that the complainant should first go through the inspector stage and then, if unsuccessful there, could hope to go before an adjudicator only after applying for judicial review. If we were to accept the Attorney General's arguments, we would open the door to a host of applications for judicial review of conclusions reached by an official who has no decision-making power, and this would amount to putting a spoke in the wheel of a process that is supposed to be expeditious.

[36] We must look to the statutory provisions and ask what Parliament intended the inspector to decide summarily, preliminarily and definitively. The answer is: very little.

[37] The Attorney General made much of the decision delivered from the bench by this Court in *Fréchette v. Canadian Pacific Limited and Canada et al.* (1984), 60 N.R. 177 (F.C.A.).

[38] In that case, the Court had to decide whether an application for *mandamus* against an inspector [at page 179] "should have been dismissed on the ground that the inspector was not required to act on [the] complaint, because it was not filed within the thirty-day deadline set by s. 61.5(2) of the Code". The Court dismissed the *mandamus* application as follows [at page 179]:

Section 61.5(2) provides that a complaint "shall be made no later than thirty days from the date on which the person making the complaint was dismissed or such further period of time from that date as the Minister may authorize where the Minister is satisfied that justice would be served by so authorizing". This is a peremptory provision which makes the Minister solely responsible for deciding whether the thirty-day deadline should be extended. Accordingly, it cannot be regarded as merely an "indicatory" deadline the existence of which could be ignored by inspectors or adjudicators. An inspector therefore is not required to act on a complaint which has been filed beyond the deadline without the Minister's authorization. This is not to say that he must make a decision on this point, any more than he is empowered to make a decision on whether the complaint is one which meets all the requirements of s. 61.5. The law does not authorize him to decide these questions. However, the law only requires him to act on a complaint if that complaint has in fact been filed within the required time and meets the other requirements of s. 61.5. This means that the

que le plaignant traverse d'abord l'étape de l'inspecteur et, en cas d'échec, ne puisse aspirer à se retrouver devant un arbitre qu'après demande de contrôle judiciaire. Retenir les prétentions du procureur général, c'est ouvrir la porte à une multitude de demandes de contrôle judiciaire à l'encontre de conclusions prises par un fonctionnaire qui n'a aucun pouvoir décisionnel et c'est mettre des bâtons dans les roues d'un processus qui se veut expéditif.

[36] Il faut en revenir au texte de la Loi et se demander ce que le Parlement a voulu que l'inspecteur décide de manière sommaire, préliminaire et définitive. La réponse est: fort peu de choses.

[37] Le procureur général a fait grand état de l'arrêt prononcé séance tenante par cette Cour dans *Fréchette c. Canadien Pacifique Limitée et Canada et al.* (1984), 60 N.R. 177 (C.A.F.).

[38] La Cour avait à décider, dans cette affaire, si une requête en *mandamus* dirigée contre un inspecteur [à la page 179] «devait être rejetée au motif que l'inspecteur n'était pas tenu de donner suite à la plainte . . . parce qu'elle n'avait pas été formulée dans le délai de 30 jours fixé par le paragraphe 61.5(2) du Code». La Cour a rejeté la requête en *mandamus* en ces termes [à la page 179]:

Le paragraphe 61.5(2) prescrit qu'une plainte «doit être formulée dans les trente jours qui suivent la date du congédiement ou dans le délai plus long que le Ministre peut accorder dans l'intérêt de la justice.» Il s'agit là d'une disposition impérative qui réserve au seul Ministre la compétence de juger si le délai de 30 jours doit être prolongé. On ne peut donc dire qu'il s'agisse là d'un simple délai «indicatif» dont les inspecteurs ou les arbitres puissent ignorer l'existence. Un inspecteur n'est donc pas tenu de donner suite à une plainte qui a été formulée en dehors du délai sans autorisation du Ministre. Ce n'est pas à dire qu'il doive rendre une décision sur ce point; pas plus, d'ailleurs, qu'il n'est habilité à rendre une décision sur la question de savoir si la plainte en est une qui satisfasse à toutes les exigences de l'article 61.5. La loi ne l'autorise pas à décider de ces questions. Cependant, la loi ne l'oblige à donner suite à une plainte que si, en fait, cette plainte a été formulée dans les délais et rencontre les autres exigences de l'article 61.5. C'est dire que les tribunaux ne peuvent forcer un inspecteur à donner suite à une plainte formulée hors délai.

courts cannot compel an inspector to act on a complaint filed beyond the deadline. In the case at bar, contrary to what was argued by Mr. Martineau, it seems clear that the complaint was filed after the thirty-day deadline had expired. It is true that, before that deadline expired, Mr. Fréchette verbally indicated his intent to file a complaint but this is not relevant since the complaint which must be filed within thirty days under s. 61.5 is a written complaint. There is no doubt that Mr. Fréchette did not file his complaint in writing until after the thirty-day deadline had expired.

[39] Apparently, the Court had to decide only the question of the time limit. Thus, when it stated that the Act did not require an inspector “to act on a complaint if that complaint has in fact been filed within the required time and meets the other requirements of s. 61.5” [underlining added], it went, in the portion I have underlined, beyond what it had been asked. The fact that this underlined portion is *obiter* is even plain from the words immediately following it: “This means that the courts cannot compel an inspector to act on a complaint filed beyond the deadline”.

[40] Certainly, in my view, the question of the time limit is in a category apart: it can be determined from looking at the complaint, since the Act requires a written complaint; it does not require any particular expertise; and the Act has reserved the power of extending the time to the Minister personally, which assumes that the question of the time limit is one that can be resolved even before the adjudicator comes into the matter. Accordingly, it is logical to conclude that it may fall within the jurisdiction of the inspector.

[41] What must be taken from *Fréchette* is, first, that the inspector has no decision-making power, and second, that it is his job, in cooperation with the Minister and under the provisions of the Act itself, to ascertain whether the complaint has been filed within the time allowed. *Fréchette* says nothing more and, most importantly, nothing can be extrapolated from it: it is one thing to note the fact that a deadline has not been met, but it is another to decide whether or not there has been a true dismissal.

[42] Contrary to what the inspector contended in his letter of November 15, 1994, the decision of this Court in *Eskasoni School Board and Eskasoni Band*

Or, en l'espèce, contrairement à ce qu'a soutenu M^e Martineau, il apparaît clair que la plainte a été formulée après l'expiration du délai de 30 jours. Il est vrai que, avant l'expiration de ce délai, monsieur Fréchette a pu manifester verbalement l'intention de déposer une plainte, mais cela importe peu puisque la plainte qui, suivant l'article 61.5, doit être formulée dans les 30 jours est une plainte écrite. Or, il est indiscutable que monsieur Fréchette n'a formulé sa plainte par écrit qu'après l'expiration du délai de 30 jours.

[39] La Cour, de toute évidence, n'avait à juger que de la question du délai. Aussi, lorsqu'elle affirme que la loi n'oblige l'inspecteur «à donner suite à une plainte que si, en fait, cette plainte a été formulée dans les délais et rencontre les autres exigences de l'article 61.5» [soulignement ajouté], elle va, dans la partie que j'ai soulignée, au-delà de ce qui lui était demandé. Que cette partie soulignée constitue un *obiter* est d'autant plus évident qu'elle est immédiatement suivie des mots: «C'est dire que les tribunaux ne peuvent forcer un inspecteur à donner suite à une plainte formulée hors délai».

[40] Il est certain, à mon avis, que la question du délai se trouve dans une catégorie à part: elle peut être déterminée au vu de la plainte, puisque la Loi exige une plainte écrite; elle n'exige aucune expertise particulière; et la Loi a réservé au ministre lui-même le pouvoir de proroger le délai, ce qui suppose que la question du délai en est une qui peut être réglée avant même que n'entre en jeu l'arbitre. Il est par conséquent logique de conclure qu'elle peut relever de la compétence de l'inspecteur.

[41] Ce qu'il faut retenir de l'affaire *Fréchette*, c'est d'une part que l'inspecteur n'a aucun pouvoir de décision et d'autre part qu'il lui appartient, de concert avec le ministre et de par les termes mêmes de la Loi, de vérifier si la plainte est déposée à l'intérieur du délai prescrit. *Fréchette* ne dit rien de plus et ne permet surtout pas d'extrapoler: c'est une chose que de constater le fait qu'un délai n'a pas été rencontré, c'en est une autre que de décider s'il y a eu ou non congédiement véritable.

[42] Contrairement à ce que prétend l'inspecteur dans sa lettre du 15 novembre 1994, l'arrêt de cette Cour dans *Eskasoni School Board et Eskasoni Band*

Council v. MacIsaac et al. (1986), 69 N.R. 315 (F.C.A.), did not decide forever that where fixed term contracts are not renewed there has been no dismissal within the meaning of section 240. The concept of dismissal has not been cast in stone; it may vary over time and as the social and economic situation changes. The circumstances of a termination of employment will always have to be examined before deciding, as the Court did in *Eskasoni School Board*, that an employer and employee have organized their relationship in such a way that no dismissal can have occurred in a particular case. This is precisely what this Court held in *Srougi v. Lufthansa German Airlines* (*supra*, paragraph 26, at page 247), where Mr. Justice Marceau stated:

Second, and more importantly, we disagree with the adjudicator's fundamental proposition that s. 61.5 covers only dismissals made openly, without disguise, by a single and unambiguous action of the employer. The dismissal is the implementation by the employer of his intention to unilaterally terminate the contract of employment binding him to his employee. This implementation may occur in various ways and there is no basis for thinking that in s. 61.5 the legislator intended to cover only one of them, even if that one was the most simple, direct or usual. Of course, the adjudicator must have before him a dismissal, that is to say, the employer's actions must disclose a definite intention to unilaterally terminate the contract of employment (and that is all that was at the basis of the decision in **Eskasoni School Board**, *supra*), but once this is established there is in our opinion no question as to his jurisdiction.

I would note in passing that in both *Eskasoni School Board* and *Srougi*, the impugned decision was the decision of the adjudicator, not the inspector.

[43] Moreover, if we were to recognize the authority of the inspector to decide all these questions in the first instance, and presumably in the final instance if we don't want to generate hosts of pointless legal proceedings, this would amount to saying that he has expertise that Parliament does not expect of him. In *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652 (C.A.), at page 669, this Court held that "the area of expertise of the adjudicator is rather limited" and that the different status established by the specific provisions of the Code as between an adjudicator acting

Council c. MacIsaac et al. (1986), 69 N.R. 315 (C.A.F.), n'a pas décidé à jamais que dès qu'il y avait non-renouvellement de contrats à durée déterminée, il n'y avait pas congédiement au sens de l'article 240. Le concept de congédiement n'est pas coulé dans le béton; il peut varier dans le temps et au gré des réalités sociales et économiques. Il faudra toujours examiner les circonstances d'une fin d'emploi avant de décider, comme la Cour l'a fait dans *Eskasoni School Board*, qu'un employeur et un employé ont organisé leur relation de manière telle qu'il ne puisse y avoir de congédiement dans un cas donné. C'est précisément ce que cette Cour a reconnu, dans *Srougi c. Lufthansa German Airlines* (*supra*, paragraphe 26, à la page 247), lorsque le juge Marceau disait ce qui suit:

Ensuite et surtout, nous croyons erronée la proposition de base de l'arbitre à l'effet que l'article 61.5 ne viserait que le congédiement fait ouvertement, sans détour, par un geste unique et sans équivoque de l'employeur. Le congédiement est la «mise à effet» par l'employeur de sa volonté de mettre fin unilatéralement au contrat de travail qui le lie à son employé. Cette «mise à effet» peut se réaliser de diverses façons et rien ne permet de penser que le législateur, à l'article 61.5, n'entendait couvrir qu'une seule d'entre elles, fût-elle la plus simple, la plus directe ou la plus courante. Bien sûr, est-il nécessaire que l'arbitre soit en face d'un congédiement, i.e. qu'il décèle, dans le comportement de l'employeur, une volonté arrêtée de mettre fin unilatéralement au contrat de travail, (et c'est uniquement ce qui était à la base de la décision **Eskasoni School Board**, *supra*) mais, une fois cela acquis, sa juridiction ne fait, à notre avis, aucun doute.

Je note au passage qu'aussi bien dans *Eskasoni School Board* que dans *Srougi*, la décision attaquée était celle de l'arbitre, et non celle de l'inspecteur.

[43] Au surplus, reconnaître la compétence de l'inspecteur de décider en premier lieu, et vraisemblablement en dernier lieu si on ne veut pas multiplier inutilement les recours judiciaires, de toutes ces questions, serait lui reconnaître une expertise que le législateur n'attend pas de lui. Cette Cour, dans *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652 (C.A.), à la page 669, a jugé que «le domaine d'expertise de l'arbitre est relativement limité» et que les différences de statut qu'établissent des dispositions particulières du Code entre l'arbitre

under Division XIV of Part III of the Code and other decision-makers “are a strong indication, in my view, that Parliament did not intend the adjudicator to have a final say as to who could or could not make a complaint”. In that case, the issue was the interpretation of paragraph 242(3.1)(b)—the power to determine whether a procedure for redress has been provided elsewhere in the Code or any other Act of Parliament—and the Court held that this was a question that the courts were better able to answer than an adjudicator.

[44] *Pollard* dealt with the standard of judicial review applicable to the decisions of an adjudicator in respect of whether a complaint is founded, and the question of whether the inspector also had the authority to make similar decisions did not arise. Just as the adjudicator has the power to answer a question ancillary to the main question before him or her, so might the inspector have that power if he or she could be said to validly have jurisdiction over the main question. It is hard to imagine that Parliament, which has already implicitly given the adjudicator decision-making power in respect of questions that are outside his or her expertise and which he or she must answer correctly, would have intended to implicitly give that same decision-making power to an inspector who has a lower degree of expertise.

[45] Before closing, I must address a textual argument made by counsel for the appellant. The French version of subsection 240(1)—“*toute personne qui se croit injustement congédiée*”—is allegedly more all-encompassing than the English version, which says “if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust”. According to counsel, the mere belief that there had been a dismissal would be sufficient for a complaint at least to be founded, and would fall outside the inspector’s purview at the stage of receiving the complaint.

[46] I am not persuaded by that argument. The French version says no more, in my opinion, than this: a person who has been dismissed who considers himself or herself to have been dismissed unjustly may file a complaint. This is the only interpretation

agissant en vertu de la section XIV de la partie III du Code et d’autres décideurs «sont une indication assez nette que le législateur n’entendait pas donner à l’arbitre le dernier mot sur la question de savoir qui est et qui n’est pas recevable à porter plainte». Il s’agissait dans ce cas de l’interprétation de l’alinéa 242(3.1)b—le pouvoir de déterminer si le Code ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours—et la Cour a jugé qu’il s’agissait là d’une question que les cours de justice étaient mieux à même de trancher qu’un arbitre.

[44] L’affaire *Pollard* portait sur la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions d’un arbitre relativement à la recevabilité de la plainte et la question de savoir si l’inspecteur avait également compétence pour rendre semblables décisions ne se posait pas. De même que l’arbitre a le pouvoir de répondre à une question ancillaire à la question principale dont il est saisi, de même l’inspecteur pourrait-il avoir ce pouvoir si on le disait valablement saisi de la question principale. On imagine mal que le Parlement qui a déjà confié implicitement à l’arbitre un pouvoir de décision à l’égard de questions qui échappent à son expertise et auxquelles il doit répondre correctement, ait voulu implicitement confier un même pouvoir de décision à un inspecteur qui bénéficie d’une expertise moindre.

[45] Avant de terminer, je me dois de traiter d’un argument de texte mis de l’avant par le procureur de l’appelant. Le texte français du paragraphe 240(1)—«*toute personne qui se croit injustement congédiée*»—serait plus englobant que le texte anglais qui dit «*if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust*». La simple croyance d’un congédiement suffirait, selon ce procureur, à rendre une plainte à tout le moins recevable et échapperait au contrôle de l’inspecteur au stade de la réception.

[46] L’argument ne me convainc pas. Le texte français ne dit rien de plus, à mon avis, que ce qui suit: une personne congédiée qui croit l’avoir été injustement peut porter plainte. C’est la seule interprétation que permet le paragraphe 241(1), qui renvoie à

permitted by subsection 241(1), which refers to “a person described in subsection 240(1)”, subsection 240(2), which deals with “the date on which the person making the complaint was dismissed”, and subsection 242(4), which provides that the adjudicator decides whether “a person has been unjustly dismissed”. Moreover, this interpretation is plainly the only one that is consistent with the only meaning that can be given to the English version.

[47] I therefore find that the inspector did not have the power to determine a complaint to be unfounded on the ground that it was not in relation to a true dismissal. That conclusion seems to me to be consistent with the decisions of this Court, which have held (a) that one of the essential prerequisites for an adjudicator’s consideration of an unjust dismissal complaint is that the complainant prove that he or she was dismissed; (b) that the adjudicator has the authority to dispose of that question; and (c) that the standard for review of the adjudicator’s decision is absence of error. (See *Sagkeeng Education Authority Inc. v. Guimond*, [1996] 1 F.C. 387 (T.D.), at page 395; *Canada Post Corp. v. Pollard*, *supra*, paragraph 43; *Eskasoni School Board and Eskasoni Band Council v. MacIsaac et al.*, *supra*, paragraph 42; *Srougi v. Lufthansa German Airlines*, *supra*, paragraph 26; and *Sedpex, Inc. v. Canada (Adjudicator appointed under the Canada Labour Code)*, [1989] 2 F.C. 289 (T.D.). See also *Beothuk Data Systems Ltd., Seawatch Division v. Dean*, [1996] 1 F.C. 451 (T.D.); *revd* by [1998] 1 F.C. 433 (C.A.); and *Canadian Airlines International Ltd. v. Husain*, [1998] F.C.J. No. 607 (C.A.) (QL).)

[48] Simply from reading these decisions—which, I note in passing, all dealt with a decision of an adjudicator—we can see how many complex questions of law may be raised in applying the requirements for a complaint of unjust dismissal to be founded. It is difficult to believe that Parliament’s silence with respect to the authority of inspectors to dispose of those questions may be interpreted as recognition of that authority.

[49] The Attorney General would like the Court to rule as to what authority the Minister has in respect of

«[l]a personne congédiée visée au paragraphe 240(1)», le paragraphe 240(2), qui traite de «la date du congédiement» et le paragraphe 242(4), qui prévoit que l’arbitre décide si «le congédiement était injuste». Qui plus est, cette interprétation est nettement la seule qui soit compatible avec le seul sens que peut avoir le texte anglais.

[47] J’en viens donc à la conclusion que l’inspecteur n’a pas le pouvoir de juger une plainte non recevable pour le motif qu’elle ne serait pas reliée à un véritable congédiement. Cette conclusion me paraît se situer dans la lignée de la jurisprudence de cette Cour, laquelle est à l’effet a) que l’une des conditions essentielles préalables à l’examen par l’arbitre d’une plainte de congédiement injuste est que le plaignant prouve qu’il a été congédié; b) que l’arbitre a compétence pour trancher cette question et; c) que la norme de contrôle de la décision de l’arbitre à cet égard est l’absence d’erreur. (Voir *Sagkeeng Education Authority Inc. c. Guimond*, [1996] 1 C.F. 387 (1^{re} inst.), à la page 395; *Société canadienne des postes c. Pollard*, *supra*, paragraphe 43; *Eskasoni School Board et Eskasoni Band Council c. MacIsaac et al.*, *supra*, paragraphe 42; *Srougi c. Lufthansa German Airlines*, *supra*, paragraphe 26 et *Sedpex, Inc. c. Canada (Arbitre nommé sous le régime du Code canadien du travail)*, [1989] 2 C.F. 289 (1^{re} inst.). Voir, également, *Beothuk Data Systems Ltd., Seawatch Division c. Dean*, [1996] 1 C.F. 451 (1^{re} inst.); *infirmé* par [1998] 1 C.F. 433 (C.A.); et *Lignes aériennes Canadien International Ltée c. Husain*, [1998] A.C.F. n° 607 (C.A.) (QL).)

[48] Une simple lecture de ces décisions—qui, en passant, se penchaient toutes sur une décision d’un arbitre—révèle à quel point l’application des conditions de recevabilité d’une plainte pour congédiement injuste peut soulever des questions de droit complexes. Il est difficile de croire que le silence du législateur quant à la compétence des inspecteurs de les trancher, puisse être interprété comme une reconnaissance de cette compétence.

[49] Le procureur général voudrait que la Cour se prononce sur la compétence du ministre, s’il en est,

the requirements for a complaint to be founded. The problem is not before us and I shall be very careful not to address it, other than to point out that it is plain from the decisions of this Court that the Minister's decision to appoint an adjudicator does not definitively dispose of the question of the Minister's authority (*Lee-Shanok v. Banca Nazionale del Lavoro of Canada Ltd.*, [1987] 3 F.C. 578 (C.A.), at pages 590-591; and *Beothuk Data Systems Ltd.*, *supra*, paragraph 47, at page 449) and that the Minister can appoint an adjudicator only once the inspector has reported that the endeavour to assist the parties to settle the complaint has not succeeded (*Standard Radio Inc. v. Canada (Attorney General and Minister of Labour) et al.* (1989), 96 N.R. 388 (F.C.A.)).

[50] The Attorney General also relied on decisions of the Trial Division that she said supported her arguments. It is pointless for me to examine them here since none of them address the questions raised in this case.

[51] I shall leave aside the question of costs on appeal since the appellant has not requested costs. It will be open to him to take the opportunity to make representations in that respect under Rule 403 [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106].

Disposition

[52] I would accordingly allow the appeal, set aside the judgment of the Trial Division dated March 27, 1996 and, endeavouring to render the judgment that should have been rendered by the Trial Division, I would allow the application for judicial review of the decision of the inspector dated November 15, 1994, I would set aside that decision and I would order the inspector to endeavour to assist the parties to settle the complaint or to cause another inspector to do so, pursuant to subsection 241(2) of the *Canada Labour Code*.

DENAULT J.A. (*ex officio*): I agree.

DESJARDINS J.A.: I agree.

relativement aux conditions de recevabilité de la plainte. Le problème n'est pas devant nous et je me garderai bien d'en traiter, si ce n'est pour rappeler qu'il ressort de décisions rendues par cette Cour que la décision du ministre de nommer un arbitre ne tranche pas définitivement la question de la compétence de ce dernier (*Lee-Shanok c. Banque Nazionale del Lavoro du Canada*, [1987] 3 C.F. 578 (C.A.), aux pages 590 et 591; et *Beothuk Data Systems Ltd.*, *supra*, paragraphe 47, à la page 449) et que le ministre ne peut désigner un arbitre que si l'inspecteur lui a fait rapport de l'échec de la conciliation (*Standard Radio Inc. c. Canada (Procureur général et ministre du Travail) et al.* (1989), 96 N.R. 388 (C.A.F.)).

[50] Le procureur général s'est également appuyé sur des décisions de la Section de première instance qui appuieraient ses prétentions. Il m'est inutile de les examiner ici puisque nulle part n'y était-il question des interrogations soulevées dans le présent dossier.

[51] Je laisse en suspens la question des dépens en appel puisque l'appelant n'en a point fait la demande. Il lui sera loisible de se prévaloir de l'occasion que lui donne la Règle 403 [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106] de faire des représentations à cet égard.

Disposition

[52] J'accueillerais en conséquence l'appel, j'infirmerais le jugement rendu par la Section de première instance le 27 mars 1996 et, m'employant à rendre le jugement qui aurait dû être rendu par cette dernière, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire portée à l'encontre de la décision de l'inspecteur en date du 15 novembre 1994, j'annulerais ladite décision et j'ordonnerais à l'inspecteur de s'efforcer de concilier les parties ou de confier cette tâche à un autre inspecteur, le tout conformément au paragraphe 241(2) du *Code canadien du travail*.

LE JUGE DENAULT, J.C.A. (de droit): Je suis d'accord.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: J'y souscris.

A-263-97

The Honourable Sinclair M. Stevens (*Appellant*)
(*Applicant*)

v.

The Prime Minister of Canada (The Privy Council)
(*Respondent*) (*Respondent*)

INDEXED AS: STEVENS v. CANADA (PRIME MINISTER) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Linden and Robertson J.J.A.—
Toronto, April 22; Ottawa, June 5, 1998.

Practice — Privilege — Whether lawyer's billing accounts protected by solicitor-client privilege from disclosure under Access to Information Act — Appellant, former federal cabinet minister, subject of Commission of Inquiry regarding conflict of interest allegations arising from business dealings — Application to Information Commissioner for disclosure of billing accounts, supporting documents of Commission counsel partially successful — Trial Judge finding expurgated material protected by solicitor-client privilege as directly related to seeking, formulating, giving of legal advice — Conflict between public interest in free communication between lawyers, clients, and in disclosure of relevant evidence before court — Solicitor-client privilege, guarantee of confidentiality distinguished — Privilege protecting communications only, not acts of counsel, mere statements of fact — Bills of accounts privileged under case law on tax litigation — Privilege substantive right, not merely rule of evidence — Narrative portions of bills of accounts communications for purpose of obtaining legal advice.

Access to information — Appellant seeking disclosure under Access to Information Act of billing accounts, supporting documents of Commission of Inquiry — Provided with 336 pages of legal accounts, receipts, other related documents, but narrative portions on 73 pages of disclosed accounts expurgated on basis of solicitor-client privilege under Act, s. 23 — Privilege designed to promote free flow of communication between lawyer, client — Narrative portions of bills of account communications for purpose of obtaining legal advice — Government having released more

A-263-97

L'honorable Sinclair M. Stevens (*appellant*) (*demandeur*)

c.

Le Premier ministre du Canada (le Conseil privé)
(*intimé*) (*défendeur*)

RÉPERTORIÉ: STEVENS c. CANADA (PREMIER MINISTRE) (C.A.)

Cour d'appel, juges Stone, Linden et Robertson,
J.C.A.—Toronto, 22 avril; Ottawa, 5 juin 1998.

Pratique — Communications privilégiées — Les relevés de services d'un avocat sont-ils protégés par le secret des communications entre client et avocat contre la divulgation sous le régime de la Loi sur l'accès à l'information? — L'appelant, un ancien ministre du cabinet fédéral, était l'objet d'une commission chargée d'enquêter sur des allégations de conflit d'intérêts relativement à certaines transactions commerciales — La demande déposée auprès du Commissaire à l'information en vue d'obtenir la divulgation des relevés de services d'avocat et des pièces justificatives soumis par les conseillers juridiques de la Commission a été partiellement accueillie — Le juge de première instance a conclu que les passages occultés étaient protégés par le secret des communications entre client et avocat, car ils portaient directement sur les consultations, conseils et services juridiques — Il existe une tension entre l'intérêt public que représente la libre communication entre les conseillers juridiques et leurs clients et l'intérêt public que représente la divulgation d'éléments de preuve pertinents devant le tribunal — Distinction entre le secret des communications entre l'avocat et son client et la garantie de confidentialité — Le privilège ne protège que les communications et non les actes accomplis par les conseillers juridiques ou les simples exposés des faits — Il ressort de la jurisprudence en matière fiscale que les mémoires de frais sont privilégiés — Le privilège est un droit et non simplement une règle de preuve — Les passages descriptifs des relevés de services constituant des communications visant à obtenir des conseils juridiques.

Accès à l'information — L'appelant demandait la divulgation, conformément à la Loi sur l'accès à l'information, des relevés de services d'avocat et des pièces justificatives d'une Commission d'enquête — Il a reçu communication de 336 pages de relevés de services d'avocat, de reçus et autres pièces connexes, mais les passages descriptifs de 73 pages de relevés communiqués ont été occultés pour cause de secret des communications entre client et avocat en vertu de l'art. 23 de la Loi — Le secret vise à promouvoir la libre communication entre avocats et clients — Les passages

information than legally necessary — Government perhaps more ready than private client to waive privilege under policy of transparency — Discretion exercised properly under Act, s. 23.

This was an appeal from a Trial Division decision dismissing an application under section 41 of the *Access to Information Act* for review of the Information Commissioner's decision. The appellant, a former federal cabinet minister, was the subject of an inquiry into conflict of interest allegations arising from certain business dealings. After the Parker Commission of Inquiry had submitted a report to the House of Commons on December 3, 1987, which was critical of the appellant, the latter made an application to the Information Commissioner, under the *Access to Information Act*, for disclosure by the Privy Council Office (PCO) of the billing accounts and supporting documents of Commission counsel. The appellant sought these documents in support of his allegation that Commissioner Parker had allowed Commission counsel to write, or at least assist in the preparation of the Report. He was provided with 336 pages of legal accounts, receipts and other related documents, but the narrative portions on 73 pages of the disclosed accounts were expurgated on the basis of solicitor-client privilege under section 23 of the Act. The appellant was informed by the Information Commissioner that the expurgated material had been properly withheld from disclosure. On application for judicial review to the F.C.T.D., Rothstein J. found that the material was protected by the solicitor-client privilege, as it was "directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or assistance". He also ruled that disclosure to the PCO did not constitute disclosure to a third party, as the PCO is simply another department of government, and that there was no waiver of the privilege. The main issue on appeal was whether and to what extent a lawyer's billing accounts are protected by solicitor-client privilege from disclosure under the *Access to Information Act*.

Held, the appeal should be dismissed.

The history of solicitor-client privilege is one of a tension between the public interest in maintaining free communication between lawyers and clients and the public interest in the disclosure of relevant evidence before the court. The underlying justification in either case is the fair and proper administration of justice. This doctrine, which dates back to the 16th century, has evolved over the years. Nowadays any communication between a lawyer and a client in the course

descriptifs des relevés de services sont des communications visant à obtenir des conseils juridiques — Le gouvernement a communiqué plus de renseignements qu'il n'était légalement nécessaire — Il peut avoir plus de raisons de renoncer à son privilège qu'un particulier à cause d'une politique de transparence — Le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 23 de la Loi a été exercé à bon droit.

Il s'agissait de l'appel d'une décision de la Section de première instance rejetant une demande, déposée en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, visant à obtenir l'examen de la décision du Commissaire à l'information. L'appelant, un ancien ministre du cabinet fédéral, était l'objet d'une enquête sur les allégations de conflit d'intérêts relativement à certaines transactions commerciales. Après que la Commission d'enquête Parker eut déposé, à la Chambre des communes le 3 décembre 1987, un rapport sévère à l'égard de l'appelant, celui-ci a demandé au Commissaire à l'information, conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*, la divulgation par le Bureau du Conseil privé (BCP) des relevés de services d'avocat et des pièces justificatives soumis par les conseillers juridiques de la Commission. L'appelant cherchait à obtenir ces documents pour étayer son allégation selon laquelle le commissaire Parker avait permis aux conseillers juridiques de la Commission de rédiger le rapport ou, à tout le moins, de participer à sa rédaction. Il a reçu communication de 336 pages de relevés de services d'avocat, de reçus et autres pièces connexes, mais les passages descriptifs de 73 pages de relevés communiqués ont été occultés pour cause de secret des communications entre client et avocat en vertu de l'article 23 de la Loi. Le Commissaire à l'information a informé l'appelant que la non-communication des renseignements occultés était justifiée. Saisi d'une demande de contrôle judiciaire, le juge Rothstein de la Section de première instance, a conclu que les documents étaient protégés par le secret des communications entre client et avocat, car ils portaient «directement sur les consultations, conseils et services juridiques». Il a également décidé que la divulgation faite au BCP ne valait pas divulgation à une tierce partie, car le BCP est tout simplement un autre ministère; il n'y avait donc pas eu renonciation à la protection. La question principale à trancher dans le présent appel est de savoir si, et dans quelle mesure, les relevés de services d'un avocat sont protégés par le secret des communications entre client et avocat contre la divulgation sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

L'histoire du secret des communications entre client et avocat est celle d'une tension entre l'intérêt public que représente le maintien de la libre communication entre les conseillers juridiques et leurs clients et l'intérêt public que représente la divulgation d'éléments de preuve pertinents devant le tribunal. La justification sous-jacente dans l'un ou l'autre cas est l'administration juste et saine de la justice. Cette doctrine, qui remonte au 16^e siècle, a évolué au fil des

of obtaining, formulating or giving legal advice is privileged and may not be disclosed without the client's consent. Canadian law has sought to strike an appropriate balance between openness and secrecy by creating two exceptions to the privilege. The first exception is for communications which are themselves criminal or which counsel a criminal act. The second exception relates to information which is not a communication but is rather evidence of an act done by counsel or is a mere statement of fact. The solicitor-client privilege is different from a guarantee of confidentiality: it has been primarily a rule of evidence, while the rule that a client's confidence must not be betrayed is an ethical or equitable doctrine. The law may in certain circumstances compel someone to betray a mere confidence, but may not compel someone to reveal something which is the subject of solicitor-client privilege. The duty of confidentiality is much broader than the protection provided by the solicitor-client privilege. While the privilege has traditionally been regarded as a rule of evidence, it has evolved over the years and has become a substantive right. The identity of the client is irrelevant to the scope or content of the privilege. A government is not granted less protection than any other client by the law of solicitor-client privilege. More importantly, the privilege protects communications only, not acts of counsel or mere statements of fact, the protection of which would have a detrimental effect on litigation. The privilege is of such importance to the administration of justice that a court, on its own motion, may raise it in order to protect the sanctity of the solicitor-client relationship.

The privilege protects the integrity of the solicitor-client relationship. A solicitor's bills of account are at the heart of that relationship. The terms and amounts of the retainer, the arrangements with respect to payment, the types of services rendered and their cost are also central to the relationship. The terms of a solicitor's retainer contain elements of a market transaction. Just as obtaining legal aid is part of obtaining legal advice, so too is the negotiation of financial terms of the relationship with a solicitor. The bills of account presented under that arrangement are merely an extension of those negotiations. They are privileged, but a lawyer's trust accounts and other accounting records are not so privileged. Many of the decisions which found that bills of accounts are privileged arose in the context of tax litigation. Courts have consistently ruled that bills of account are not "an accounting record of a lawyer", and have found them not to be within the statutory exception. The statement of account is privileged because it is integral to the seeking,

ans. De nos jours, toute communication qui est échangée entre le conseiller juridique et son client et qui porte sur les consultations, conseils et services juridiques est protégée par le secret professionnel et ne peut être divulguée sans le consentement du client. Le droit canadien a cherché à établir un équilibre approprié entre la transparence et le secret en créant deux exceptions au privilège. La première exception a trait aux communications qui sont en elles-mêmes criminelles ou qui conseillent à quelqu'un de perpétrer un acte criminel. La seconde exception porte sur les renseignements qui ne constituent pas une communication, mais plutôt la preuve d'un acte accompli par le conseiller juridique ou qui constitue un simple exposé des faits. Le secret des communications entre l'avocat et son client ne doit pas être assimilé à une garantie de confidentialité: il a été principalement une règle de preuve, alors que la règle selon laquelle les confidences du client ne doivent pas être trahies constitue une doctrine ressortissant à la déontologie ou à l'*equity*. Dans certaines circonstances, le droit peut obliger quelqu'un à trahir une simple confiance, mais il ne peut contraindre celui-ci à révéler une chose qui est protégée par le secret des communications entre client et avocat. L'obligation de confidentialité est beaucoup plus étendue que la protection qu'offre le secret des communications entre client et avocat. Si, traditionnellement, le privilège était considéré comme une règle de preuve, il a évolué avec le temps et il est devenu un droit. L'identité du client est sans importance quant à la portée ou au contenu du privilège. Le droit relatif au secret des communications entre client et avocat n'accorde pas moins de protection à un gouvernement qu'à tout autre client. Chose plus importante, le privilège ne protège que les communications et non les actes accomplis par les conseillers juridiques ou les simples exposés des faits, vu l'effet préjudiciable sur les litiges qu'aurait la protection de ces derniers. Le privilège est d'une telle importance pour l'administration de la justice qu'un tribunal, de sa propre initiative, peut l'invoquer afin de protéger l'inviolabilité de la relation avocat-client.

Le secret des communications entre client et avocat protège l'intégrité de la relation avocat-client. Le relevé de services d'un avocat est au cœur de cette relation. Les modalités et le montant des honoraires, les arrangements ayant trait au paiement et les genres de services rendus et leur coût sont également au centre de la relation. Les modalités du contrat de services juridiques qui interviennent entre l'avocat et son client comportent des éléments d'une opération commerciale. Tout comme l'obtention de l'aide juridique fait partie de l'obtention de conseils juridiques, ainsi en est-il de la négociation des modalités financières de la relation avec un avocat. Les mémoires de frais présentés dans le cadre de cet arrangement constituent simplement une extension de ces négociations. Ils sont privilégiés, mais les comptes en fiducie et autres relevés comptables d'un avocat ne le sont pas. Plusieurs des décisions qui ont conclu que les mémoires de frais sont privilégiés ont été rendues dans des litiges en matière fiscale. Les tribunaux ont conclu de façon

formulating and giving of legal advice. The trust account ledger is not protected because it relates to acts done by counsel. Similarly, where the communication itself constitutes a criminal act, or counsels someone to commit a crime, a client or a solicitor cannot hide behind the privilege. The existence of these two exceptions to the solicitor-client privilege makes a broad ambit for its scope both desirable from an administrative point of view, and logical because it is consistent with the intention of Parliament. The privilege protects not only the communications between a solicitor and his client in a particular case, but also any future communications between clients and their lawyers in general. In the case at bar, the narrative portions of the bills of account were communications for the purpose of obtaining legal advice.

The Trial Judge's analysis of the waiver and discretion issues was correct. Given the importance of the right to communicate freely and openly with one's solicitor without fear of disclosure of that communication, the case law provided ample support for his conclusions. The Government has released more information than was legally necessary. The itemized disbursements and general statements of account detailing the amount of time spent by the Commission counsel and the amounts charged for that time were all privileged. By disclosing portions of the accounts, the Government was merely exercising its discretion in that regard. It may be that government will be more ready than a private party to waive privilege so that its activities will be transparent. Such discretion was exercised properly under section 23 of the Act.

constante que les mémoires de frais ne constituent pas «un relevé comptable d'un avocat» et qu'ils ne sont donc pas visés par l'exception légale. L'état de compte est protégé parce qu'il constitue une partie intégrante de la consultation et de la fourniture de conseils juridiques. Le grand livre de compte en fiducie n'est pas protégé parce qu'il se rapporte aux actes accomplis par l'avocat. De la même façon, si la communication elle-même constitue un acte criminel ou conseille à quelqu'un de perpétrer un crime, le client ou l'avocat ne peut s'abriter derrière la protection. L'existence de ces deux exceptions au privilège du secret des communications entre client et avocat fait en sorte qu'il est souhaitable, dans une perspective administrative, et logique, car cela est conforme à l'intention du Parlement, que sa portée soit largement définie. Le privilège ne protège pas uniquement les communications entre l'avocat et son client dans un cas particulier, mais doit protéger de façon générale toutes les communications futures entre les clients et leurs avocats. En l'espèce, les passages descriptifs des relevés de services constituaient des communications échangées dans le but d'obtenir des conseils juridiques.

L'analyse du juge de première instance concernant la renonciation et le pouvoir discrétionnaire était bien fondée. Compte tenu de l'importance du droit de communiquer librement et ouvertement avec son avocat sans craindre que les communications soient divulguées, la jurisprudence fournit un solide appui à ses conclusions. Le gouvernement a communiqué plus de renseignements qu'il n'était légalement nécessaire. Les débours particularisés et les états de compte généraux indiquant le détail des heures de travail consacrées par les conseillers juridiques de la Commission ainsi que les sommes facturées pour ces heures étaient tous protégés. En divulguant des parties des relevés, le gouvernement exerçait tout simplement son pouvoir discrétionnaire à cet égard. Un organisme public peut avoir plus de raisons de renoncer à son privilège que des particuliers, car il peut vouloir suivre une politique de transparence concernant ses activités. Ce pouvoir discrétionnaire a été exercé à bon droit dans le contexte de l'article 23 de la Loi.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 23, 25.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 232(1) "solicitor-client privilege".
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 232(1)(e).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Descôteaux et al. v. Mierzwinski, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 232(1) «privilège des communications entre client et avocat».
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 232(1)e).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 23, 25.

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Descôteaux et autre c. Mierzwinski, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462.

APPLIED:

Solosky v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Municipal Insurance Assn. of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 134; 31 B.C.L.R. (3d) 203; 71 C.P.R. (3d) 337 (S.C.); *Double-E, Inc. v. Positive Action Tool Western Ltd.*, [1989] 1 F.C. 163; (1988), 20 C.I.P.R. 109; 21 C.P.R. (3d) 195; 21 F.T.R. 121 (T.D.); *Lowry v. Can. Mountain Holidays Ltd.* (1984), 59 B.C.L.R. 137 (S.C.).

CONSIDERED:

Greenough v. Gaskell (1833), 39 E.R. 618 (Ch.); *Solicitor General of Canada et al. v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario) et al.*, [1981] 2 S.C.R. 494; (1981), 128 D.L.R. (3d) 193; 62 C.C.C. (2d) 193; 23 C.P.C. 99; 23 C.R. (3d) 338; 38 N.R. 588; *Sandford v. Remington* (1793), 30 E.R. 587 (Ch.); *Dusik v. Newton et al.* (1983), 1 D.L.R. (4th) 568; 48 B.C.L.R. 111; 38 C.P.C. 87 (C.A.); *Beer v. Ward* (1821), 37 E.R. 779 (Ch.); *Chant v. Brown* (1851), 9 Hare 790; 68 E.R. 735; *Ainsworth v. Wilding*, [1900] 2 Ch. 315; *Taves (K.E.G.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 347 (B.C.S.C.); *Mut. Life Assur. Co. of Can. v. Dep. A.G. of Can.* (1984), 42 C.P.C. 61; 84 DTC 6177 (Ont. H.C.); *Playfair Developments Ltd v D/MNR*, [1985] 1 CTC 302; (1985), 85 DTC 5155 (Ont. S.C.); *Romeo's Place Victoria Ltd. and The Queen, Re* (1981), 128 D.L.R. (3d) 279; 23 C.P.C. 194; [1981] CTC 380; 81 DTC 5295 (F.C.T.D.); *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re* (1983), 41 O.R. (2d) 328; 146 D.L.R. (3d) 73; 21 B.L.R. 37; 33 C.P.C. 270 (Div. Ct.); *Law Society of Prince Edward Island v. Prince Edward Island (Attorney General)* (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 217; 382 A.P.R. 217 (S.C.T.D.).

REFERRED TO:

Berd v. Lovelace (1577), 21 E.R. 33 (Ch.); *Dennis v. Codrington* (1580), 21 E.R. 53 (Ch.); *Slavutych v. Baker et al.*, [1976] 1 S.C.R. 254; (1975), 55 D.L.R. (3d) 224; [1975] 4 W.W.R. 620; 75 CLLC 14,263; 38 C.R.N.S. 306; 3 N.R. 587; *Lyell v. Kennedy (No. 2)* (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.); *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] S.C.R. 664; (1968), 68 D.L.R. (2d) 751; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; (1991), 125 A.R. 81; 81 D.L.R. (4th) 211; [1991] 5 W.W.R. 389; 80 Alta. L.R. (2d) 293; 42 E.T.R. 97; 127 N.R. 241; 14 W.A.C. 81; *Burton v. Dodd* (1890), 35 Sol. Jo. 39.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Solosky c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Municipal Insurance Assn. of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 134; 31 B.C.L.R. (3d) 203; 71 C.P.R. (3d) 337 (C.S.); *Double-E, Inc. c. Positive Action Tool Western Ltd.*, [1989] 1 C.F. 163; (1988), 20 C.I.P.R. 109; 21 C.P.R. (3d) 195; 21 F.T.R. 121 (1^{re} inst.); *Lowry v. Can. Mountain Holidays Ltd.* (1984), 59 B.C.L.R. 137 (C.S.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Greenough v. Gaskell (1833), 39 E.R. 618 (Ch.); *Solliciteur général du Canada et autre c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario) et autre*, [1981] 2 R.C.S. 494; (1981), 128 D.L.R. (3d) 193; 62 C.C.C. (2d) 193; 23 C.P.C. 99; 23 C.R. (3d) 338; 38 N.R. 588; *Sandford v. Remington* (1793), 30 E.R. 587 (Ch.); *Dusik v. Newton et al.* (1983), 1 D.L.R. (4th) 568; 48 B.C.L.R. 111; 38 C.P.C. 87 (C.A.); *Beer v. Ward* (1821), 37 E.R. 779 (Ch.); *Chant v. Brown* (1851), 9 Hare 790; 68 E.R. 735; *Ainsworth v. Wilding*, [1900] 2 Ch. 315; *Taves (K.E.G.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 347 (C.S.C.-B.); *Mut. Life Assur. Co. of Can. v. Dep. A.G. of Can.* (1984), 42 C.P.C. 61; 84 DTC 6177 (H.C. Ont.); *Playfair Developments Ltd v D/MNR*, [1985] 1 CTC 302; (1985), 85 DTC 5155 (C.S. Ont.); *Romeo's Place Victoria Ltd. et La Reine, Re* (1981), 128 D.L.R. (3d) 279; 23 C.P.C. 194; [1981] CTC 380; 81 DTC 5295 (C.F. 1^{re} inst.); *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re* (1983), 41 O.R. (2d) 328; 146 D.L.R. (3d) 73; 21 B.L.R. 37; 33 C.P.C. 270 (Cour div.); *Law Society of Prince Edward Island v. Prince Edward Island (Attorney General)* (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 217; 382 A.P.R. 217 (C.S. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Berd v. Lovelace (1577), 21 E.R. 33 (Ch.); *Dennis v. Codrington* (1580), 21 E.R. 53 (Ch.); *Slavutych c. Baker et autres*, [1976] 1 R.C.S. 254; (1975), 55 D.L.R. (3d) 224; [1975] 4 W.W.R. 620; 75 CLLC 14,263; 38 C.R.N.S. 306; 3 N.R. 587; *Lyell v. Kennedy (No. 2)* (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.); *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] R.C.S. 664; (1968), 68 D.L.R. (2d) 751; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; (1991), 125 A.R. 81; 81 D.L.R. (4th) 211; [1991] 5 W.W.R. 389; 80 Alta. L.R. (2d) 293; 42 E.T.R. 97; 127 N.R. 241; 14 W.A.C. 81; *Burton v. Dodd* (1890), 35 Sol. Jo. 39.

AUTHORS CITED

- Canada. Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens. *Report*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1987 (Commissioner: William D. Parker).
- Hazard, Geoffrey C., Jr. "An Historical Perspective on the Attorney-Client privilege" (1978), 66 *Calif. L. Rev.* 1061.
- Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, as adopted by Convocation of The Law Society of Upper Canada on 30 January 1987, as amended to 27 October 1996.
- Louisell, David W. "Confidentiality, Conformity and Confusion: Privileges in Federal Court Today" (1956-57), 31 *Tul. L. Rev.* 101.
- Manes, Ronald D. and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.
- Morgan, E. M. "Suggested Remedy for Obstructions to Expert Testimony by Rules of Evidence" (1942-43), 10 *U. Chi. L. Rev.* 285.
- Morris, Michael H. "Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate" (1998), 11 *C.J.A.L.P.* 155.
- Phipson on Evidence*, 14th ed. by Howard, N. M. et al. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Sopinka, J. et al. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a Trial Division decision ([1997] 2 F.C. 759; (1997), 144 D.L.R. (4th) 553; 72 C.P.R. (3d) 129; 127 F.T.R. 90) dismissing an application for judicial review of the refusal, based on solicitor-client privilege, to disclose portions of solicitors' accounts relating to a Commission of Inquiry into allegations of conflict of interest in respect of the appellant. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Peter R. Jervis and Elizabeth Grace for appellant (applicant).
Richard Kramer for respondent (respondent).

SOLICITORS:

Lerner & Associates, Toronto, for appellant (applicant).
Deputy Attorney General of Canada for respondent (respondent).

DOCTRINE

- Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, adopté par le Conseil du Barreau du Haut-Canada le 30 janvier 1987, modifié jusqu'au 27 octobre 1996.
- Canada. Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens. *Rapport*. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1987 (Commissaire: William D. Parker).
- Hazard, Geoffrey C., Jr. «An Historical Perspective on the Attorney-Client privilege» (1978), 66 *Calif. L. Rev.* 1061.
- Louisell, David W. «Confidentiality, Conformity and Confusion: Privileges in Federal Court Today» (1956-57), 31 *Tul. L. Rev.* 101.
- Manes, Ronald D. and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.
- Morgan, E. M. «Suggested Remedy for Obstructions to Expert Testimony by Rules of Evidence» (1942-43), 10 *U. Chi. L. Rev.* 285.
- Morris, Michael H. «Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate» (1998), 11 *C.J.A.L.P.* 155.
- Phipson on Evidence*, 14th ed. by Howard, N. M. et al. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Sopinka, J. et al. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEL d'un jugement de la Section de première instance ([1997] 2 C.F. 759; (1997), 144 D.L.R. (4th) 553; 72 C.P.R. (3d) 129; 127 F.T.R. 90) rejetant une demande de contrôle judiciaire du refus, fondé sur le secret des communications entre client et avocat, de divulguer des parties de relevés de services d'avocats relatifs à une commission d'enquête sur des allégations de conflit d'intérêts concernant l'appellant. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Peter R. Jervis et Elizabeth Grace pour l'appellant (demandeur).
Richard Kramer pour l'intimé (défendeur).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Lerner & Associates, Toronto, pour l'appellant (demandeur).
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé (défendeur).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LINDEN J.A.: The main issue in this appeal is whether and to what extent the billing accounts of a lawyer are protected by the solicitor-client privilege from disclosure under the provisions of the federal *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act).

[2] The appellant, the Honourable Sinclair Stevens, a former federal cabinet minister, was the subject of an inquiry commissioned to investigate allegations of conflict of interest arising from certain business dealings. The Commissioner of the Inquiry was Mr. Justice W. D. Parker. Commission counsel were David Scott, Marlys Edwardh, and Edward Belobaba. Counsel for Mr. Stevens was John Sopinka and for the Crown was Ian Binnie. During the course of the Inquiry, Commission counsel allegedly took a strong, adversarial stance against Mr. Stevens. Before the conclusion of the Inquiry, it is said that Mr. Justice Parker indicated to counsel for the appellant that Commission counsel would not be involved in drafting the report. The final report was submitted to the House of Commons on December 3, 1987 [Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens. *Report.*]. It was very critical of the appellant. He commenced an action in the Federal Court in 1987, challenging the substantive and procedural fairness of the Parker Commission of Inquiry and seeking to set aside the Report. One of the allegations in the action is that the Commissioner allowed Commission counsel to write or to assist in the preparation of the Report.¹

[3] In December 1992, the appellant in accordance with the *Access to Information Act*, made an application to the Information Commissioner for disclosure by the Privy Council Office (PCO) of, *inter alia*, the billing accounts and the supporting documents of Commission counsel.² The request specified that the appellant sought the following information:

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La question principale à trancher dans le présent appel est de savoir si, et dans quelle mesure, les relevés de services d'un avocat sont protégés par le secret des communications entre client et avocat contre la divulgation sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi).

[2] L'appellant, l'honorable Sinclair Stevens, ancien ministre du cabinet fédéral, était l'objet d'une commission chargée d'enquêter sur les allégations de conflit d'intérêts relativement à certaines transactions commerciales. Le commissaire chargé de l'enquête était le juge W. D. Parker. Les conseillers juridiques de la Commission étaient David Scott, Marlys Edwardh et Edward Belobaba. Le conseiller juridique de M. Stevens était John Sopinka et celui de la Couronne était Ian Binnie. Au cours de l'enquête, les conseillers juridiques de la Commission auraient manifesté une forte attitude antagoniste à l'endroit de M. Stevens. Avant la conclusion de l'enquête, on dit que le juge Parker a indiqué au conseiller juridique de l'appellant que les conseillers juridiques de la Commission ne participeraient pas à la rédaction du rapport. Le rapport final a été soumis à la Chambre des communes le 3 décembre 1987 [Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens. *Rapport.*]. Il était très sévère à l'endroit de l'appellant. Ce dernier a introduit une action à la Cour fédérale en 1987 attaquant l'équité de la Commission d'enquête Parker tant sur le plan du fond que sur celui de la procédure et demandant que le rapport soit annulé. Entre autres allégations, l'action affirmait que le commissaire avait permis aux conseillers juridiques de la Commission de rédiger le rapport ou de participer à sa rédaction¹.

[3] En décembre 1992, l'appellant a, conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*, demandé, au Commissaire à l'information la divulgation par le Bureau du Conseil privé (BCP), entre autres, des relevés de services d'avocat et des pièces justificatives soumis par les conseillers juridiques de la Commission². La demande précisait que l'appellant sollicitait les renseignements suivants:

All legal accounts submitted by and cheque requisitions or authorizations, subsequent to February 15th, 1987, until the present, for David W. Scott of Scott and Ayley; Edward P. Belobaba of Gowling and Henderson; and Marlys Edwardh of Ruby and Edwardh relating to the Commission of Inquiry into Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens³

The request was partially successful, the appellant being provided with approximately 336 pages of legal accounts, receipts and other related documents. Typically, the legal accounts showed the names of the lawyer providing the services rendered, the dates on which the services were rendered, and the time spent each day. Disbursements were listed in detail. The total billings for the three Commission counsel amounted to over \$230,000 for over 1,700 billed hours. However, the narrative portions on 73 pages of the disclosed accounts were expurgated on the basis of solicitor-client privilege pursuant to section 23 of the Act, which states:

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

The Information Commissioner, after being requested to review the released material on June 17, 1993, wrote to the appellant on August 30, 1993, informing him that the expurgated material was properly withheld from disclosure. That letter stated in part:

. . . some information concerns solicitors accounts submitted to the Parker Commission by its counsel for repayment. In particular, these portions reveal the precise nature of the services rendered by the solicitors to their client. Because of the insight these portions gave into the affairs of the "client", I conclude that they properly fall within the ambit of solicitor-client privilege. In my view, then, the records are legitimately withheld under the provisions of section 23 of the Act.⁴

[4] The appellant filed an application in the Trial Division of this Court, pursuant to section 41 of the Act, for a review of the decision. Mr. Justice Rothstein heard the matter at trial and dismissed the application in a decision dated February 29, 1997 [[1997] 2 F.C. 759].

[TRADUCTION] Tous les relevés de services d'avocat soumis après le 15 février 1987 jusqu'à cette date par David W. Scott du cabinet Scott et Ayley, par Edward P. Belobaba du cabinet Gowling et Henderson, et par Marlys Edwardh du cabinet Ruby et Edwardh, ainsi que toutes les demandes ou autorisations de chèque y afférentes, dans le cadre de la Commission d'enquête sur les allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens³

La demande a été partiellement accueillie, l'appelant recevant communication de quelque 336 pages de relevés de services d'avocat, de reçus et autres pièces connexes. Dans l'ensemble, ces relevés donnent le nom de l'avocat qui a effectué le service, la date de ce service et le temps que cet avocat y a consacré chaque jour. Les débours sont indiqués en détail. Pour les trois conseillers juridiques de la Commission, la facture s'élevait à plus de 230 000 \$ pour plus de 1 700 heures de travail. Cependant, les passages descriptifs de 73 pages de relevés communiqués ont été occultés pour cause de secret des communications entre client et avocat en vertu de l'article 23 de la Loi qui prévoit ce qui suit:

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

Le Commissaire à l'information, après avoir reçu une demande d'examen des documents communiqués le 17 juin 1993, a écrit à l'appelant le 30 août 1993 pour l'informer que la non-communication des renseignements occultés était justifiée. La lettre disait en partie:

[TRADUCTION] . . . certains renseignements ont trait aux relevés de services d'avocat soumis à la Commission Parker par ses conseillers juridiques pour règlement. En particulier, ces parties révèlent la nature précise des services rendus par les avocats à leur «client». En raison de la lumière que ces parties jettent sur les affaires du «client», je conclus qu'ils relèvent à bon droit du secret des communications entre client et avocat. À mon avis, la non-communication est légitimée par les dispositions de l'article 23 de la Loi⁴.

[4] L'appelant a déposé à la Section de première instance de notre Cour, en vertu de l'article 41 de la Loi, une demande de contrôle judiciaire de cette décision. Le juge Rothstein a instruit l'affaire et rejeté la demande dans une décision en date du 29 février 1997 [[1997] 2 C.F. 759].

The Decision of the Trial Judge

[5] A number of issues were dealt with by Rothstein, J. The fundamental question was whether the expurgated material was subject to solicitor-client privilege. Further, there was the matter of the waiver of the privilege. This point was raised because the client was Mr. Justice Parker and the solicitor was Commission counsel. However, the solicitors' accounts were submitted not to the client for payment, but to the PCO. It was argued that this constituted disclosure to a third party and, therefore, amounted to a waiver of the privilege. As well, there was disclosure of the unexpurgated records in two instances. This, it was contended, amounted to partial disclosure, and, therefore, consistency and fairness demanded that all the accounts be disclosed. Also, the appellant alleged that, in releasing expurgated records, the client has waived privilege with respect to the whole of the records. Finally, there was a question as to whether the government head's discretion was exercised properly and whether reasons should have been given for that decision.

[6] Rothstein J. found that the material was protected by the solicitor-client privilege, as it was "directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or assistance."⁵ He also decided that disclosure to the PCO did not constitute disclosure to a third party, as the PCO is simply another department of government; therefore, there was no waiver of the privilege. Even in the event that the PCO were a third party, disclosure to that office still would not amount to waiver, as the disclosure was compulsory pursuant to Order in Council P.C. 1986-1139. As well, the disclosure of some material did not amount to waiver as this disclosure was inadvertent. Likewise, he held that disclosure of part of the records, in the context of the Act, does not amount to waiver of the privilege attaching to the expurgated material. Finally, Rothstein J. found that there was nothing improper about the discretionary decision and that there was no duty to give reasons for that decision. He concluded:

La décision du juge de première instance

[5] Le juge Rothstein a examiné un certain nombre de questions. La question fondamentale était de savoir si les documents occultés étaient protégés par le secret des communications entre client et avocat. Une autre question avait trait à la renonciation au secret des communications entre client et avocat. Cette question a été soulevée parce que le client était le juge Parker et l'avocat était le conseiller juridique de la Commission. Toutefois, les relevés de services avaient été soumis pour règlement non pas au client, mais au BCP. Cette transmission, a-t-on prétendu, constituait divulgation à une tierce partie et, par conséquent, valait renonciation à leur protection. Par ailleurs, des renseignements non occultés avaient été divulgués par deux fois, ce qui, a-t-on fait valoir, valait divulgation partielle; les principes de cohérence et d'équité exigeaient donc que tous les relevés soient divulgués. De plus, l'appelant a prétendu que le client, en communiquant les renseignements occultés, avait renoncé à la protection relativement à l'ensemble des relevés. Enfin, la question a été soulevée de savoir si l'autorité responsable avait convenablement exercé son pouvoir discrétionnaire et si sa décision aurait dû être motivée.

[6] Le juge Rothstein a conclu que les documents étaient protégés par le secret des communications entre client et avocat, car ils portaient «directement sur les consultations, conseils et services juridiques»⁵. Il a également décidé que la divulgation faite au BCP ne valait pas divulgation à une tierce partie, car le BCP est tout simplement un autre ministère; il n'y avait donc pas eu renonciation à la protection. Quand bien même le BCP aurait été une tierce partie, la divulgation qui lui avait été faite ne vaudrait pas non plus renonciation à la protection, puisque cette divulgation était obligatoire suivant le décret C.P. 1986-1139. Par ailleurs, la divulgation d'une partie des documents ne valait pas renonciation à leur protection, car la divulgation avait été faite par inadvertance. Dans la même veine, il a statué que la divulgation d'une partie des renseignements, dans le contexte de la Loi, ne vaut pas renonciation à la protection relative aux renseignements occultés. Enfin, le juge Rothstein a statué que la décision discrétionnaire n'était entachée d'aucune erreur et qu'aucune obligation n'était faite de la motiver. Il a conclu:

I find that the narrative portions expurgated by the Privy Council Office from the solicitors' accounts are subject to solicitor-client privilege. There has been no waiver of privilege express or implied, nor has the Privy Council Office failed to exercise discretion or erred in the exercise of discretion.⁶

It is this decision that is before us on appeal.

Submissions of the Parties

[7] The appellant submits that Rothstein J. erred in finding that the material was subject to privilege. First, it is argued that the solicitor-client privilege should be applied narrowly in the context of the Act, which is designed to promote disclosure. Second, it is urged that only communications made for the purpose of obtaining legal advice are privileged. The accounts in question are not communications, it is said, but are acts of counsel to which privilege does not attach according to the authorities. What the appellant seeks is evidence that Commission counsel spent time doing research for the Parker Commission Report or otherwise assisting in the Report's preparation. The narrative portion of the accounts which the appellant seeks, it is said, are simply evidence of acts done by counsel and are not communications. The appellant submits that as long as the information does not disclose Commission counsel's actual research topics, the results of their research, what the drafts said, or the actual contents of their consultations with Commissioner Parker then no solicitor-client privilege attaches.

[8] The respondent submits that Rothstein J.'s decision regarding the nature of solicitor-client privilege was correct. Specifically, it was consistent with the principles laid down by the Supreme Court in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*,⁷ which held that,

Je conclus que les passages descriptifs que le Bureau du Conseil privé a occultés des relevés de services d'avocat sont protégés par le secret des communications entre client et avocat. Il n'y a eu renonciation ni expresse ni tacite à cette protection, ni défaut du Bureau du Conseil privé d'exercer son pouvoir discrétionnaire en la matière, ni erreur dans l'exercice de ce pouvoir⁶.

C'est cette décision dont nous sommes saisis en appel.

Prétentions et moyens invoqués par les parties

[7] Selon l'appelant, le juge Rothstein a commis une erreur en concluant que les documents étaient protégés par le secret des communications entre client et avocat. En premier lieu, fait-on valoir, le secret des communications entre client et avocat devrait s'appliquer étroitement dans le contexte de la Loi, dont l'objet est d'encourager la communication des renseignements. En second lieu, on soutient que seules les communications échangées dans le but d'obtenir des avis juridiques bénéficient de cette protection. Les relevés en question ne sont pas des communications, dit-on, mais des actes accomplis par des conseillers juridiques qui, selon la jurisprudence, ne bénéficient pas de la protection du secret des communications entre client et avocat. Ce que l'appelant cherche à obtenir, c'est la preuve que les conseillers juridiques de la Commission ont consacré du temps à faire de la recherche pour les fins du rapport de la Commission Parker ou ont aidé de quelque manière à sa préparation. Les passages descriptifs des relevés que sollicite l'appelant, dit-on, sont tout simplement une preuve des actes accomplis par les conseillers juridiques et ne sont pas des communications. L'appelant affirme que tant que ces renseignements ne révèlent pas les sujets sur lesquels la recherche des conseillers juridiques de la Commission portait effectivement, les résultats de leur recherche, la teneur des ébauches ou le contenu même de leurs consultations avec le commissaire Parker, ils n'étaient pas protégés par le secret des communications entre client et avocat.

[8] Selon l'intimé, la décision du juge Rothstein concernant la nature du secret des communications entre client et avocat est bien fondée. Plus précisément, elle était conforme aux principes énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Descôteaux et autre c.*

where rights to disclosure are in conflict with rights to confidentiality and privilege, the preference should be in favour of maintaining confidentiality and privilege. Further, the respondent says that where a statute provides for the disclosure of privileged material, that statute should be interpreted restrictively. Lastly, solicitors' accounts that make reference to the actual professional services rendered by lawyers on behalf of their clients have repeatedly been held to be protected by the privilege.

Some Background

[9] The history of solicitor-client privilege is the history of a tension between the private right to maintain a confidence with regard to consultations with one's lawyer, and the public right of a court to have all the relevant evidence before it in order to function properly. This dichotomous approach is perhaps misleading, as it is unfair to characterize the right to absolute confidentiality in legal matters as a purely private right. The doctrine of solicitor-client privilege protects not only the particular client but protects all clients. Its goal is to promote the free flow of communication between clients and lawyers. This allows for lawyers to do their job more effectively and in turn promotes the public interest in the proper and fair administration of justice.

[10] This tension, then, may also be described as one between the public interest in maintaining free communication between lawyers and clients and the public interest in the disclosure of relevant evidence before the court. The underlying justification in either case, disclosure or confidence, is the fair and proper administration of justice.

[11] Solicitor-client privilege dates back to the 16th century. Originally, it grew out of the sense of honour on the part of lawyers and meant only that the lawyer

*Mierzwinski*⁷, laquelle a statué que, lorsque les droits à la divulgation entrent en conflit avec les droits à la confidentialité et au privilège, la préférence doit être accordée au maintien de la confidentialité et du privilège. De plus, dit l'intimé, toute loi qui prévoit la divulgation de documents bénéficiant de la protection du secret des communications entre client et avocat, doit être interprétée de façon restrictive. Enfin, les tribunaux ont décidé à maintes reprises que les relevés de services d'avocat sont protégés par le secret des communications entre client et avocat s'ils mentionnent les services professionnels qui ont été effectivement rendus au nom du client.

Survol du contexte

[9] L'histoire du secret des communications entre client et avocat est celle d'une tension entre le droit privé de maintenir la confidentialité des consultations avec son avocat et le droit public d'un tribunal d'être saisi de tous les éléments de preuve pertinents afin de bien s'acquitter de sa charge. Cette conception dichotomique est peut-être trompeuse, car il est injuste de qualifier le droit à la confidentialité absolue en matière juridique de droit purement privé. La doctrine du secret des communications entre client et avocat protège non seulement le client en cause, mais tous les clients. Elle vise à promouvoir le libre échange de communications entre les conseillers juridiques et leurs clients. Cela permet aux conseillers juridiques de faire leur travail de façon beaucoup plus efficace, ce qui favorise du même coup l'intérêt public que représente une administration juste et saine de la justice.

[10] Aussi, cette tension peut-elle également être décrite comme une tension entre l'intérêt public que représente le maintien de la libre communication entre les conseillers juridiques et leurs clients et l'intérêt public que représente la divulgation d'éléments de preuve pertinents devant le tribunal. La justification sous-jacente dans l'un ou l'autre cas, la divulgation ou la confidentialité, est l'administration juste et saine de la justice.

[11] Le privilège du secret des communications entre client et avocat remonte au 16^e siècle. À l'origine, il émanait du sens de l'honneur qu'éprouvaient les

was not compellable as a witness in a proceeding for the purpose of testifying as to discussions with the client.⁸ It was recognized very early on that the solicitor-client relationship was a special one and that different rules would apply than did with respect to other professional relationships. This, it has been said, arose not so much out of respect for lawyers, nor for their clients, but because it was a necessary element of the legal system. Brougham L.C. in *Greenough v. Gaskell*⁹ stated the justification for the privilege in this way:

But it is out of regard to the interests of justice, which cannot be upholden, and to the administration of justice, which cannot go on without the aid of men skilled in jurisprudence, in the practice of the Courts, and in those matters affecting rights and obligations which form the subject of all judicial proceedings. If the privilege did not exist at all, every one would be thrown upon his own legal resources; deprived of all professional assistance, a man would not venture to consult any skilful person, or would only dare to tell his counsellor half his case.¹⁰

The doctrine has evolved over the years. Nowadays any communication between a lawyer and a client in the course of obtaining, formulating or giving legal advice is privileged and may not be disclosed without the client's consent. The great Dean Wigmore has explained the privilege as follows:

*Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to the purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal adviser, except the protection be waived.*¹¹

[12] This is the basic rule as it applies in Canadian law today. The rationale of the privilege is to ensure that a client is free to tell his or her lawyer anything and everything that is pertinent to the case, without any fear that this information may subsequently be divulged and used against them. Without this freedom, there is the possibility that the lawyer may not have

conseillers juridiques et signifiait simplement que le conseiller juridique ne pouvait être contraint à témoigner en justice à propos des discussions qu'il a eues avec son client⁸. Très tôt, la relation entre le conseiller juridique et son client avait été reconnue comme une relation spéciale et, relativement à d'autres relations professionnelles, elle était régie par des règles différentes. Ce privilège, a-t-on dit, ne découlait pas tellement du respect que l'on témoignait aux conseillers juridiques ou à leurs clients, que du fait qu'il constituait un élément nécessaire du système juridique. Dans l'arrêt *Greenough v. Gaskell*⁹, le lord chancelier Brougham a expliqué en ces termes comment le privilège se justifiait:

[TRADUCTION] Mais il existe par égard pour les intérêts de la justice, qui ne pourraient être défendus, et pour l'administration de la justice, qui ne pourrait suivre son cours, sans l'aide de personnes versées dans la science du droit, dans les règles de procédure des tribunaux et dans les questions touchant les droits et les obligations qui forment l'objet de tous les litiges soumis aux tribunaux. Si le privilège n'existait pas du tout, chacun en serait réduit à ses propres ressources en matière juridique; privée de toute aide professionnelle, une personne ne s'aventurerait pas à consulter un spécialiste et n'oserait confier à son avocat que la moitié des faits de son cas¹⁰.

La doctrine a évolué au fil des ans. De nos jours, toute communication qui est échangée entre le conseiller juridique et son client et qui porte sur les consultations, conseils et services juridiques est protégée par le secret professionnel et ne peut être divulguée sans le consentement de celui-ci. Le célèbre doyen Wigmore a expliqué comme suit la nature de ce privilège:

[TRADUCTION] *Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique ès qualité, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d'obtenir un avis juridique font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection*¹¹.

[12] Voilà la règle de base qui s'applique en droit canadien aujourd'hui. Le privilège se justifie par la nécessité d'assurer que le client soit libre de tout dire à son conseiller juridique, qu'il lui dise tout ce qui se rapporte à sa cause sans craindre que ses confidences soient ultérieurement divulguées et se retournent contre lui. Sans cette liberté, le conseiller juridique

the benefit of all the relevant information, and may not be able to do his or her job effectively. And that possibility must be avoided as contrary to the interests of justice.

[13] A further basis for the privilege, one which approaches the privilege from a different angle, is that offered by Professor David Louisell, who highlights the privacy interests advanced by the right. He states:

Primarily they [privileges] are a right to be let alone, a right to unfettered freedom, in certain narrowly prescribed relationships, from the state's coercive or supervisory powers and from the nuisance of its eavesdropping. Even when thrown into the lap of litigation, they are not the property of the adversaries as such; even in litigation, they may be exclusively the property of perfectly neutral persons who wish to preserve despite litigation, just as they preserved prior to litigation, their right to be left alone in their confidences.¹²

Though the administration of justice is an important consideration, Professor Louisell points to the more basic and intuitive idea that what is being protected is the privacy of the individual and the right to conduct his or her affairs without the intrusion of the state. Where the relationship involved is of such importance as the one existing between a solicitor and client, it is a vital value of our society to ensure that those dealings remain the business of the participants to the relationship and of no one else. Professor Louisell questions whether the free flow of communications between the solicitor and the client is actually promoted by the privilege.¹³

[14] Of course, any rule of privilege works against another key interest in the administration of justice that all relevant material be placed before the court in order for it to perform its truth-finding function properly. One Canadian text on the law of evidence states:

Accordingly, there always exists a tension when the doctrine of privilege is invoked as it consequentially obstructs the truth finding process. That being the natural result, the Courts have not shown great eagerness to proliferate the

pourrait ne pas avoir le bénéfice de tous les renseignements pertinents et ne pas être en mesure, par conséquent, de bien faire son travail. Et cette possibilité doit être évitée parce qu'elle est contraire aux intérêts de la justice.

[13] Un autre fondement du privilège, fondement qui envisage le privilège d'un point de vue différent, est celui qu'a proposé le professeur David Louisell, qui souligne l'intérêt à la protection de la vie privée que procure ce droit. Il dit:

[TRADUCTION] [Les privilèges] sont principalement un droit de ne pas se faire importuner, un droit à une liberté sans entrave, exercé dans les limites de certains rapports étroitement prescrits, face aux pouvoirs de coercition et de surveillance de l'État et à la nuisance que constitue son écoute clandestine. Même lorsqu'ils sont mis en cause dans les litiges, ils ne sont pas par le fait même la propriété des adversaires; même dans un litige, ils peuvent appartenir exclusivement à des personnes parfaitement neutres qui désirent conserver, malgré le litige, tout comme ils l'ont fait avant le litige, le droit de faire leurs confidences en toute tranquillité¹².

Bien que l'administration de la justice soit une considération importante, le professeur Louisell énonce l'idée plus fondamentale et intuitive que l'objet de la protection est la vie privée de l'individu et le droit qu'il possède de mener ses affaires sans l'intrusion de l'État. Lorsque la relation en jeu est aussi importante que celle qui existe entre le conseiller juridique et son client, une valeur vitale de notre société oblige à s'assurer que cette relation demeure l'affaire des personnes intéressées et de personne d'autre. Le professeur Louisell se demande si le privilège a effectivement pour effet d'assurer le libre échange de communications entre le conseiller juridique et le client¹³.

[14] Évidemment, tout privilège fait échec à un autre intérêt déterminant dans l'administration de la justice, celui qui veut que le tribunal soit saisi de tous les documents pertinents afin de lui permettre d'exercer convenablement sa fonction de recherche de la vérité. Selon un ouvrage canadien en droit de la preuve:

[TRADUCTION] Aussi une tension apparaît-elle toujours lorsque la doctrine du privilège est invoquée, car elle fait nécessairement obstacle au processus de recherche de la vérité. Ce résultat étant tout naturel, on comprend pourquoi

areas of privilege.¹⁴

There is a fine line to be drawn between these two vital interests. The courts have sought an equilibrium in this regard, one which maintains a respect for the sanctity of the relationship between a solicitor and his or her client, but also recognizes the importance of promoting full disclosure of all material relevant to the truth-finding process. Professor Geoffrey Hazard, describing this dilemma, wrote:

... the definition of the privilege will express a value choice between protection of privacy and discovery of truth and the choice of either involves the acceptance of an evil—betrayal of confidence or suppression of truth.¹⁵

[15] It will be seen that Canadian law has sought to strike an appropriate balance between openness and secrecy by creating two exceptions to the privilege. One exception, which will be discussed later, is for communications which are themselves criminal or which counsel a criminal act (e.g. where a lawyer advises a client to conceal evidence). The second exception, which will be analysed in depth later, relates to that information which is not a communication but is rather evidence of an act done by counsel or is a mere statement of fact. This prevents a stifling of the discovery process which would take place if a client could, by merely communicating a fact to his or her lawyer, prevent the discovery of that fact. Similarly, a person is not immune from discovery with regard to certain transactions merely because they were performed by counsel. Both exceptions acknowledge the tension involved in this area of the law, and both accept that justice is better served by lifting the privilege in those cases.

Some Preliminary Matters

[16] In attempting to resolve this particular problem in the law of solicitor-client privilege as it relates to lawyers' bills of costs, there are some matters to be

les tribunaux ne se sont pas montrés très enclins à multiplier les privilèges¹⁴.

Il y a une ligne mince à établir entre ces deux intérêts vitaux. Les tribunaux ont cherché à réaliser un équilibre à cet égard, qui maintient le respect dû à l'inviolabilité des relations entre un conseiller juridique et son client, mais qui reconnaît par ailleurs l'importance de promouvoir la divulgation pleine et entière de tous les documents pertinents au cours du processus de recherche de la vérité. Décrivant ce dilemme, le professeur Geoffrey Hazard écrit:

[TRADUCTION] ... la définition du privilège exprimera un choix de valeur entre la protection de la vie privée et la découverte de la vérité et le choix de l'une ou l'autre valeur implique l'acceptation d'un mal—la trahison de la confiance faite ou la suppression de la vérité¹⁵.

[15] On verra que le droit canadien a cherché à établir un équilibre approprié entre la transparence et le secret en créant deux exceptions au privilège. La première, qui sera examinée plus loin, a trait aux communications qui sont en elles-mêmes criminelles ou qui conseillent à quelqu'un de perpétrer un acte criminel (par exemple lorsqu'un conseiller juridique conseille à un client de cacher des éléments de preuve). La seconde, qui sera examinée de façon approfondie plus loin, porte sur les renseignements qui ne constituent pas une communication, mais plutôt la preuve d'un acte accompli par le conseiller juridique ou qui constitue un simple exposé des faits. Cela empêche qu'on n'étouffe le processus de communication de la preuve qui aurait lieu si le client pouvait, en communiquant tout simplement un fait à son avocat, en empêcher la divulgation. De la même façon, une personne ne peut se soustraire à la communication de la preuve à l'égard de certaines opérations tout simplement parce qu'elles ont été exécutées par son conseiller juridique. Les deux exceptions reconnaissent la tension qui existe dans ce domaine du droit tout en acceptant que la justice est mieux servie en supprimant le privilège dans ces cas.

Quelques questions préliminaires

[16] Afin de tenter de résoudre ce problème particulier du droit relatif au secret des communications entre l'avocat et son client en ce qu'il se rapporte aux

considered. The first of these is that the solicitor-client privilege is not identical with a guarantee of confidentiality. It is more accurate to say that the privilege is a type of confidentiality; the former is narrow and very strong, whereas the latter is broader and more prone to exception. Essentially, solicitor-client privilege has been primarily a rule of evidence, while the rule that a client's confidence must not be betrayed is an ethical or equitable doctrine. The law may in certain circumstances compel someone to betray a mere confidence, but the law may not compel someone to reveal something which is the subject of solicitor-client privilege.

[17] The rule of confidentiality is an ethical and equitable doctrine which may be enforced through professional sanctions or through equitable remedies.¹⁶ For example, Rule 4 of the *Rules of Professional Conduct* of the Law Society of Upper Canada, which is not atypical of the rules in other provinces, states:

The lawyer has a duty to hold in strict confidence all information concerning the business and affairs of the client acquired in the course of the professional relationship, and should not divulge any such information unless expressly or impliedly authorized by the client or required by law to do so.¹⁷

Where a lawyer is required by law to disclose information, and that information is not protected by solicitor-client privilege, then a lawyer must be careful to disclose only as much information as is required and no more.

[18] This duty of confidentiality is much broader than the protection provided by the solicitor-client privilege. The classic elements of a legally protected privilege were enunciated by Dean Wigmore:

(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

relevés de services d'avocat, certaines questions doivent être examinées. La première est que le secret des communications entre l'avocat et son client ne doit pas être assimilé à une garantie de confidentialité. Il est plus juste de dire que ce privilège est un type de confidentialité: le concept de secret a un sens étroit et très fort alors que celui de garantie de confidentialité est plus large et plus susceptible d'exception. Essentially, le secret des communications entre client et avocat a été principalement une règle de preuve, alors que la règle selon laquelle les confidences du client ne doivent pas être trahies constitue une doctrine ressortissant à la déontologie ou à l'*equity*. Dans certaines circonstances, le droit peut obliger quelqu'un à trahir une simple confiance, mais le droit ne peut contraindre celui-ci à révéler une chose qui est protégée par le secret des communications entre client et avocat.

[17] La règle de la confidentialité est une doctrine qui ressortit à la déontologie et à l'*equity* et dont l'application peut être assurée au moyen de sanctions professionnelles ou par des recours en *equity*¹⁶. Par exemple, la règle 4 du *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada, qui n'est pas très différente des règles des autres provinces, dispose:

L'avocate ou l'avocat est tenu de garder le plus grand secret sur ce qu'il apprend des affaires et des activités de son client ou de sa cliente au cours de leurs rapports professionnels. L'avocate ou l'avocat ne peut rien divulguer sauf si son client ou sa cliente y consent expressément ou tacitement ou si la loi l'ordonne¹⁷.

Lorsque la loi oblige un avocat à divulguer des renseignements, lesquels ne sont pas protégés par le secret des communications entre client et avocat, l'avocat doit prendre soin de ne divulguer que la quantité de renseignements requis et pas plus.

[18] Cette obligation de confidentialité est beaucoup plus étendue que la protection qu'offre le secret des communications entre client et avocat. Les éléments classiques d'un privilège légalement protégé ont été énoncés par le doyen Wigmore:

[TRADUCTION] (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation.¹⁸

Laskin C.J.C., in *Solicitor General of Canada et al. v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario) et al.*,¹⁹ confirmed that the Wigmore criteria are a satisfactory guide with which to determine whether a privilege attaches to a given communication. Of course, there is no doubt that they are applicable to the relationship of a solicitor and his or her client. At the same time, they clearly indicate that, while confidentiality is certainly a necessary condition of solicitor-client privilege, it is by no means a sufficient condition.

[19] While the privilege has traditionally been regarded as a rule of evidence, it has evolved over the years and, in *Solosky v. The Queen*,²⁰ the Supreme Court established that it had become a substantive right. In that case, an inmate of a penitentiary claimed that the institution was violating his right to solicitor-client privilege when, for security reasons, it opened and inspected correspondence from his lawyer. Dickson J. (as he then was) stated:

Recent case law has taken the traditional doctrine of privilege and placed it on a new plane. Privilege is no longer regarded merely as a rule of evidence which acts as a shield to prevent privileged materials from being tendered in evidence in a court room. The courts, unwilling to so restrict the concept, have extended its application well beyond those limits.²¹

[20] This is not to say that the solicitor-client privilege has lost its evidentiary basis. In *Solosky* the Court found that it was being asked to extend the doctrine too far. In *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*²² Lamer J. (as he then was) commented on the rationale in *Solosky*. In Lamer J.'s opinion the Court was

(2) Le *caractère confidentiel* doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

(3) Les *rapports* doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenus* assidûment.

(4) Le *préjudice* permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être *plus considérable* que l'*avantage* à retirer d'une juste décision¹⁸.

Dans l'arrêt *Solliciteur général du Canada et autre c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario) et autre*¹⁹, le juge en chef Laskin a confirmé que les règles Wigmore constituaient un guide satisfaisant pour déterminer si un privilège s'applique à une communication donnée. Évidemment, il ne fait aucun doute qu'elles s'appliquent à la relation avocat-client. Dans le même souffle, elles indiquent clairement que, si la confidentialité est, à n'en pas douter, une condition nécessaire du secret des communications entre client et avocat, il ne s'agit aucunement d'une condition suffisante.

[19] Si, traditionnellement, le privilège était considéré comme une règle de preuve, il a évolué avec le temps et, dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*²⁰, la Cour suprême a établi qu'il était devenu un droit. Dans cette affaire, un détenu d'un pénitencier prétendait que l'établissement violait son droit au secret des communications entre lui et son avocat lorsque, pour des raisons de sécurité, il ouvrait et examinait la correspondance provenant de son avocat. Le juge Dickson (alors juge puîné) a déclaré:

Une jurisprudence récente a placé la doctrine traditionnelle du privilège entre avocat et client sur un plan nouveau. Le privilège n'est plus considéré seulement comme une règle de preuve qui fait fonction d'écran pour empêcher que des documents privilégiés ne soient produits en preuve dans une salle d'audience. Les tribunaux, peu disposés à restreindre ainsi la notion, ont élargi son application bien au-delà de ces limites²¹.

[20] Cela ne veut pas dire que le secret des communications entre client et avocat n'est plus une règle de la preuve. Dans l'affaire *Solosky*, la Cour a conclu qu'on lui demandait d'étendre la doctrine de façon excessive. Dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*²², le juge Lamer (alors juge puîné) s'est penché

not applying a rule of evidence, as there was no litigation or proceeding before a court in that case, but rather the Court was appealing to the doctrine of confidentiality, which was akin to the privilege in litigation. He went on to set out the substantive rule of confidentiality:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.²³

[21] Lamer J. outlined a very liberal approach to the scope of the privilege by extending it to include all communications made "within the framework of the solicitor-client relationship".²⁴ The protection is very strong, as long as the person claiming the privilege is within that framework. If it is merely a claim for confidentiality, the protection, though broader, is not absolute, and it must be determined with a different set of criteria.

[22] A second preliminary matter that must be considered in resolving the problem before us is that the identity of the client is irrelevant to the scope or content of the privilege. Whether the client is an individual, a corporation, or a government body there is no distinction in the degree of protection offered by the rule. In the case of a corporation or government the precise identity of the client may be more problematic, which may give rise to difficulties in deter-

sur le raisonnement de l'arrêt *Solosky*. À son avis, la Cour n'appliquait pas une règle de preuve parce que le tribunal n'était aucunement saisi d'un litige ou d'une instance dans cette affaire, mais faisait plutôt appel à la doctrine de la confidentialité, laquelle était semblable au privilège dans un litige. Il a ensuite énoncé la règle de fond en matière de confidentialité:

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.²³

[21] Le juge Lamer a énoncé une conception très libérale concernant la portée du privilège en l'étendant à toutes les communications faites «dans le cadre de la relation client-avocat»²⁴. La protection est très forte tant que le revendiquant du privilège demeure dans ce cadre. S'il ne s'agit que d'une revendication de la confidentialité, la protection, bien que plus large, n'est pas absolue et doit être déterminée compte tenu d'une série différente de critères.

[22] La deuxième question préliminaire qui doit être examinée dans la résolution du problème dont nous sommes saisis est que l'identité du client est sans importance quant à la portée ou au contenu du privilège. Que le client soit un particulier, une société ou un organisme public, il n'y a aucune distinction dans le degré de la protection qu'offre la règle. Dans le cas d'une société ou du gouvernement, l'identité précise du client peut devenir plus problématique, ce qui peut

mining whether or not the privilege has been waived. Also, it may be difficult to determine whether the privilege has been lost in some cases, where it is unclear who may claim the privilege and who may waive it within a corporate or a government context. However, these difficulties do not affect the substance of the right. Furthermore, I can find no support for the proposition that a government is granted less protection by the law of solicitor-client privilege than would any other client. A government, being a public body, may have a greater incentive to waive the privilege, but the privilege is still its to waive.

[23] This last point leads to a third matter relevant to the disposition of this appeal. The effect of the provisions of the Act on the content of the privilege is nil. It was correctly determined by Rothstein J. that section 23 of the Act incorporates holus-bolus the common law of solicitor-client privilege. That term is not defined elsewhere in the Act. Hence, it can only be presumed that what is covered by the words "solicitor-client privilege" is the common law doctrine of solicitor-client privilege. That being the case, it is necessary for the government head to determine, before considering the operation of the Act, whether a document is subject to the privilege. If it is, then he or she may refuse disclosure. But the preliminary question is determined not in the context of the Act, but in the context of the common law. If the material is subject to the privilege, then the discretionary decision under section 23, whether to disclose it or not, is done in the context of the Act along with its philosophical presuppositions.

[24] A related point is that, with respect to applications for information under the Act, it cannot be said that the appellant, by virtue of the particular purpose to which he wishes to put the information, has any more right to its disclosure than any other citizen who might make a similar application. The most that can be said is that the circumstances of the request may influence how the department head exercises his or her discretion, but it can have no relevance to whether

donner lieu à des difficultés lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu renonciation au privilège. Aussi, il peut être difficile de déterminer si le privilège a été perdu dans certains cas, lorsqu'on ne peut dire clairement qui peut revendiquer le privilège et qui peut y renoncer au sein d'une société ou d'un gouvernement. Cependant, ces difficultés ne touchent pas le fond du droit. De plus, je ne peux trouver aucun fondement à la proposition selon laquelle le droit relatif au secret des communications entre client et avocat accorde moins de protection à un gouvernement qu'à tout autre client. Un gouvernement, étant un organisme public, peut être beaucoup plus enclin à renoncer au privilège, mais c'est toujours à lui qu'il appartient d'y renoncer.

[23] Ce dernier point mène à une troisième question pertinente quant à la solution du présent appel. L'effet des dispositions de la Loi sur le contenu de la protection est nul. Le juge Rothstein a décidé à bon droit que l'article 23 de la Loi comprend le principe du secret des communications entre client et avocat en common law. Ce terme n'est pas défini ailleurs dans la Loi. Aussi, on ne peut que présumer que ce que visent les mots «secret des communications entre client et avocat» est la doctrine du secret des communications entre client et avocat en common law. Cela étant, il est nécessaire pour l'autorité responsable de déterminer, avant d'examiner l'effet de la Loi, si un document est assujéti au privilège. Le cas échéant, elle peut alors en refuser la divulgation. Mais la question préliminaire est déterminée non pas dans le contexte de la Loi, mais dans le contexte de la common law. Si le document bénéficie de la protection, la décision discrétionnaire de divulguer ou non fondée sur l'article 23 est alors prise dans le contexte de la Loi accompagnée de ses présuppositions philosophiques.

[24] Un point connexe ayant trait aux demandes de communication de renseignements présentées sous le régime de la Loi est qu'on ne peut pas dire que l'appelant, en raison de l'objet particulier pour lequel il désire utiliser ces renseignements, peut avoir davantage droit à leur communication que tout autre citoyen qui pourrait présenter une demande semblable. Le plus que l'on puisse dire est que les circonstances de la demande peuvent influencer la façon dont l'autorité

there is any special entitlement to the information.

[25] Perhaps the most important distinction that needs to be highlighted is that it is only communications that are protected by the privilege. Acts of counsel or mere statements of fact are not protected. In *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*²⁵ Jackett P., after reviewing the rules relating to solicitor-client privilege stated:

What is important to note about both of these rules is that they do not afford a privilege against the discovery of facts that are or may be relevant to the determination of the facts in issue. What is privileged is the communications or working papers that came into existence by reason of the desire to obtain a legal opinion or legal assistance in the one case and the materials created for the lawyer's brief in the other case. The facts or documents that happen to be reflected in such communications or materials are not privileged from discovery if, otherwise, the party would be bound to give discovery of them.²⁶

The general rationale for not protecting matters of fact or acts done is the detrimental effect it would have on litigation. For example, a person cannot avail himself or herself of the privilege by simply communicating a fact to a lawyer or allowing the lawyer to perform an act in his or her place.

[26] The exclusion of acts from the ambit of privilege is a long-standing rule. Authority for it is found as early as *Sandford v. Remington*²⁷ in the 18th century. Loughborough L.C. in that case allowed a lawyer to be called as a witness to testify as to acts done by his client that took place in his presence. He stated:

This witness may be called on to disclose all, that did pass in his presence at the execution of the deed, as a witness; so his having been sent by his client with orders to put the judgment in execution: that is an act: but he is not to disclose the private conversation as to the deed with regard to what was communicated as to the reasons for making it.²⁸

responsable exerce son pouvoir discrétionnaire, mais elles ne peuvent avoir aucune pertinence quant à la question de savoir s'il existe un droit spécial à la communication de l'information.

[25] Peut-être la distinction la plus importante qui doit être soulignée est que le privilège ne protège que les communications. Les actes accomplis par les conseillers juridiques ou les simples exposés des faits ne sont pas protégés. Dans l'arrêt *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*²⁵, le président Jackett, après avoir examiné les règles ayant trait au secret des communications entre client et avocat, a déclaré:

[TRADUCTION] Ce qu'il importe de noter au sujet de ces deux règles, c'est qu'elles n'offrent pas une protection contre l'examen de faits qui sont ou pourraient être utiles pour décider les points en litige. Ce qui est protégé, ce sont, dans le premier cas, les communications ou les feuilles de travail dont l'existence résulte du désir d'obtenir un avis juridique ou un service juridique et, dans l'autre cas, les pièces établies pour le dossier de l'avocat. Les faits ou documents qui se trouvent reflétés dans ces communications ou pièces ne sont pas protégés contre une enquête préalable, lorsque la partie serait tenue par ailleurs de les communiquer²⁶.

La justification générale pour la non-protection des questions de fait ou des actes accomplis est l'effet préjudiciable que leur protection aurait sur les litiges. Par exemple, une personne ne pourrait revendiquer la protection en communiquant simplement un fait à un avocat ou en permettant à l'avocat d'accomplir un acte à sa place.

[26] L'exclusion des actes de la portée du privilège est une règle de longue date. Les précédents à l'appui de cette règle remontent aussi loin qu'à l'arrêt du 18^e siècle *Sandford v. Remington*²⁷. Dans cette affaire, le lord chancelier Loughborough a autorisé qu'un avocat soit cité à témoigner à propos des actes accomplis en sa présence par son client. Il a déclaré:

[TRADUCTION] Ce témoin peut être cité pour divulguer tout ce qui s'est passé en sa présence comme témoin lors de la passation de l'acte de transfert. Ainsi, quand son client lui a donné instruction de faire exécuter le jugement, il s'est agi alors d'un acte. Toutefois, il ne devra pas divulguer la conversation privée qu'il a eue au sujet de l'acte de transfert relativement à la teneur des communications relatives aux motifs de l'acte de transfert²⁸.

Although a great deal of importance is placed on protecting the relationship between a solicitor and his or her client, the paramount task is the administration of justice. To that end the privilege will be interpreted so that it protects only what it is intended to protect and nothing more.

[27] The exception relating to statements of fact is also well established, dating as far back as *Lyll v. Kennedy (No. 2)*²⁹ in the 19th century. As with acts of counsel, a person cannot shield facts from discovery simply by communicating them to his or her lawyer. In the case of *Dusik v. Newton et al.*³⁰ a defendant, Mr. Newton, was questioned as to his knowledge of facts which he had learned from his solicitor, Mr. Norton. The facts stemmed from a conversation between Mr. Norton and a third party, Mr. Gooderham. Mr. Newton refused to answer the questions on the basis that the knowledge was privileged. Seaton J.A. held that the knowledge was privileged as the questions pertained to the communication between the lawyer and his client. He concluded:

The Norton-Gooderham discussion is not privileged. Either of them can be asked about it. Newton's knowledge of what happened in that discussion is not privileged. He can be asked about it. What is privileged is the communication from Norton to Newton. It was a solicitor-client communication and neither Newton nor Norton can be required to answer questions about it.³¹

Thus statements of fact are not themselves privileged. It is the communication of those facts between a client and a lawyer that is privileged.

[28] The last preliminary matter is that the privilege is of such importance to the administration of justice and held in such high regard by the courts that it is not necessary that the client personally object to the disclosure of the material. A court, on its own motion, may raise the matter of the privilege in order to protect the sanctity of the solicitor-client relationship. In *Beer v. Ward*,³² Lord Chancellor Eldon stated:

Bien que beaucoup d'importance ait été accordée à la protection de la relation entre un avocat et son client, la tâche prépondérante est l'administration de la justice. À cette fin, le secret des communications entre client et avocat sera interprété de manière à protéger uniquement ce qu'il est censé protéger et rien de plus.

[27] L'exception relative aux exposés des faits est également bien établie, remontant aussi loin qu'à l'arrêt *Lyll v. Kennedy (No. 2)*²⁹ rendu au 19^e siècle. Tout comme avec les actes accomplis par les avocats, une personne ne peut empêcher la communication préalable de faits tout simplement en les communiquant à son avocat. Dans l'affaire *Dusik v. Newton et al.*³⁰ le défendeur, M. Newton, était interrogé quant à sa connaissance des faits qu'il avait appris de son avocat, M^c Norton. Les faits découlaient d'une conversation entre M^c Norton et une tierce partie, M. Gooderham. M^c Newton a refusé de répondre aux questions pour le motif que l'information était privilégiée. Le juge d'appel Seaton a statué que l'information était privilégiée car les questions avaient trait à des communications échangées entre l'avocat et son client. Il a conclu:

[TRADUCTION] La conversation entre Norton et Gooderham n'est pas privilégiée. L'un ou l'autre peut se voir interroger à ce sujet. La connaissance de Newton de ce qui s'est passé dans la discussion n'est pas privilégiée. Il peut se voir interroger là-dessus. Ce qui est privilégié c'est la communication échangée entre Norton et Newton. Il s'agissait d'une communication entre client et avocat et ni Newton ni Norton ne peut se voir poser des questions là-dessus³¹.

Ainsi, les exposés des faits ne sont pas eux-mêmes privilégiés. C'est la communication de ces faits entre un client et un avocat qui est privilégiée.

[28] La dernière question préliminaire est que le privilège est d'une telle importance pour l'administration de la justice et est tenu en si haute estime par les tribunaux qu'il n'est pas nécessaire que le client s'oppose personnellement à la divulgation des renseignements. Un tribunal, de sa propre initiative, peut soulever la question du secret des communications entre client et avocat afin de protéger l'inviolabilité de la relation avocat-client. Dans l'affaire *Beer v. Ward*³², le lord chancelier Eldon a déclaré:

. . . the Court knows the privilege of the client, and it must be taken for granted that the attorney will act rightly, and claim that privilege; or that if he does not, the Court will make him claim it.³³

This *dictum* underscores the idea that the protection of the privilege is not merely in the interest of the individual client in the particular circumstances, but it is also important to all present and future clients. The public should have the security of knowing that all communications with lawyers will be regarded as inviolate. Therefore, it is not only in the individual client's interest to assert the privilege, it is also in the court's interest, as long as no waiver has been given. Only in this way will the privilege facilitate the giving of advice in general.

Analysis

[29] The judgment of the Supreme Court in *Descôteaux* is the natural starting place for any analysis of solicitor-client privilege today. Lamer J. determined that financial information given to a legal aid office for the purpose of obtaining legal aid was just as much subject to the privilege as any other information given in a solicitor-client relationship. He stated:

I therefore do not think that a distinction should be made between information that must be given in order to establish the probable existence of a valid claim and that given to establish eligibility from the point of view of financial means, since, on the one hand, information concerning the person's financial situation may be just as highly confidential as any other information and since, on the other hand, the fact of being unable to meet the eligibility requirements respecting financial means is no less fatal to the ability to obtain the services sought.³⁴

Information given in connection with arrangements in regard to the payment of fees, therefore, was held to be subject to the privilege. As well, it has already been noted that Lamer J. took a liberal approach to the interpretation of privilege. If a statement by the client as to his or her financial resources can be seen as

[TRADUCTION] . . . la Cour est consciente de la protection dont jouit le client et on doit tenir pour acquis que le procureur agira à bon escient et revendiquera la protection ou que, s'il n'en fait rien, la Cour le lui fera revendiquer³³.

Cette remarque incidente met en lumière l'idée que la protection du secret des communications n'est pas simplement dans l'intérêt du client individuel, dans les circonstances particulières de l'espèce, mais qu'elle est également importante pour tous les clients, présents et futurs. Le public devrait avoir l'assurance de savoir que toutes les communications échangées avec les avocats seront considérées comme inviolables. Ainsi, il n'est pas seulement dans l'intérêt du client individuel de revendiquer le secret, il est également dans l'intérêt du tribunal, tant qu'il n'y a pas eu renonciation au secret. Ce n'est que de cette façon que la protection facilitera de façon générale la fourniture de conseils.

Analyse

[29] Aujourd'hui, l'arrêt que la Cour suprême a rendu dans l'affaire *Descôteaux* est le point de départ naturel de toute analyse du secret des communications entre client et avocat. Le juge Lamer a conclu que les renseignements financiers donnés à un bureau de l'aide juridique dans le but d'obtenir de l'aide juridique étaient tout autant protégés par le secret des communications entre client et avocat que toute autre information communiquée dans le cadre de la relation client-avocat. Il a déclaré:

Je ne crois donc pas que l'on doive distinguer entre les renseignements obligatoirement donnés pour établir la vraisemblance du droit et ceux fournis pour établir l'éligibilité en regard des moyens financiers, puisque, d'une part, les renseignements concernant la situation financière peuvent être tout autant que les autres de nature hautement confidentielle et que, d'autre part, le fait de ne pas satisfaire aux critères d'éligibilité quant à ses moyens financiers n'est guère moins fatal pour les services recherchés³⁴.

Il a donc été jugé que les renseignements donnés relativement aux arrangements visant le paiement d'honoraires bénéficiaient de la protection. Par ailleurs, on a indiqué précédemment que le juge Lamer avait adopté une interprétation libérale du secret des communications entre client et avocat. Si on considère

privileged, it is not unreasonable to think that the information about what tasks the lawyer performed and for how much time and at what cost might also be privileged. As President Jackett has said in *Susan Hosiery Ltd.*:

... all communications, verbal or written, of a confidential character, between a client and a legal adviser directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or legal assistance (including the legal adviser's working papers, directly related thereto) are privileged;³⁵

[30] It is essential to keep in mind that what the privilege protects is the integrity of the solicitor-client relationship. From a tactical point of view, in the context of litigation, clients should be free from the possibility that communications to their lawyers in "seeking, formulating or giving of legal advice" might be used against them. From a psychological point of view, in creating an atmosphere in which a client can be forthright and at ease, the privilege protects the relationship from the prying eyes of the state or other parties. A solicitor's bills of account are at the heart of that relationship. In my view, the terms and amounts of the retainer; the arrangements with respect to payment; the types of services rendered and their cost—all these matters are central to the relationship. If the relationship is indeed worth protecting, these matters must be immune to any intrusion.

[31] What Lamer J. recognizes in *Descôteaux*, and what must be recognized here, is that the terms of the retainer of a solicitor by a client contains elements of a market transaction. It is not simply a relationship between hypothetical persons bound by honour, toiling for the love of justice. It is very much like any other market transaction that must be entered into in this day and age. As such, there are some basic realities about it that cannot be ignored. Just as it was necessary for the client to provide private information to the Legal Aid office in an effort to obtain legal advice, any other client must provide personal information and otherwise negotiate the terms of the relationship into which he or she is entering. That relationship is protected and the communications made in respect of

que la déclaration qu'un client fait relativement à ses ressources financières est privilégiée, il n'est pas déraisonnable de penser que les renseignements concernant les tâches que l'avocat a accomplies, le temps qu'il y a consacré et leur coût peuvent également l'être. Comme le disait le président Jackett dans l'affaire *Susan Hosiery Ltd.*:

[TRADUCTION] ... toutes communications de caractère confidentiel, orales ou écrites, entre le client et l'avocat et qui se rapportent aux consultations, conseils et services juridiques (y compris les notes y afférentes de l'avocat) sont protégées³⁵;

[30] Il est essentiel de garder à l'esprit que ce que protège le secret des communications entre client et avocat c'est l'intégrité de la relation avocat-client. D'un point de vue tactique, en cas de litige, les clients doivent être assurés que les communications faites à leurs avocats «qui se rapportent aux consultations, conseils et services juridiques» ne seront pas utilisées contre eux. Psychologiquement parlant, en créant une atmosphère dans laquelle le client peut être honnête et à l'aise, le secret protège la relation entre lui et son avocat contre les yeux intrusifs de l'État ou d'autres parties. Le relevé de services d'un avocat est au cœur de cette relation. À mon avis, les modalités et le montant des honoraires, les arrangements ayant trait au paiement, les genres de services rendus et leur coût, toutes ces questions sont au centre de la relation. S'il vaut la peine de la protéger, ces questions doivent être à l'abri de toute intrusion.

[31] Ce que reconnaît le juge Lamer dans l'affaire *Descôteaux*, et ce qui doit être reconnu ici, c'est que les modalités du contrat de services juridiques qui intervient entre l'avocat et son client comportent des éléments d'une opération commerciale. Il ne s'agit pas simplement d'une relation entre des personnes fictives liées par le sens de l'honneur, travaillant pour l'amour de la justice. Cela ressemble fort à toute autre opération commerciale que l'on conclut de nos jours. Ainsi, certaines réalités fondamentales qui l'entourent ne peuvent être ignorées. Tout comme il était nécessaire pour le client de fournir des renseignements privés au bureau de l'aide juridique afin d'obtenir des conseils juridiques, tout autre client doit fournir des renseignements personnels et négocier par ailleurs les modalités

that relationship—the communications necessary to bring that relationship about—are also protected. I am in total agreement with Rothstein J. when he wrote that “solicitors’ accounts are directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or assistance”.³⁶ This point was made by Lamer J. in *Descôteaux* when he stated:

It follows from the authorities referred to above that conversations with a solicitor’s agents held for the purpose of retaining him would also be privileged, even though the solicitor was not then, or ever, retained. In my view, the principle protects from disclosure a conversation between an applicant for legal aid and the non-lawyer official of the Legal Aid Society who interviews him to see if he is qualified.³⁷

Just as obtaining legal aid is part of obtaining legal advice, so too is the negotiation of financial terms of the relationship with a solicitor. The bills of account presented pursuant to that arrangement are merely a necessary extension of those negotiations.

[32] This position is in accord with the historical rule, which, for the most part, seems to have favoured the inclusion of solicitor’s bills of accounts within the ambit of the privilege. Professor Phipson, in his text on evidence, supported the view that solicitor’s accounts are subject to a broad privilege.³⁸ One of the leading cases in support of this proposition was *Chant v. Brown*,³⁹ where a solicitor’s clerk was called to testify as to the contents of a bill of costs that he had prepared on behalf of his employer. It was held by Vice-Chancellor Turner that the witness could only be examined for the purpose of proving the handwriting, but that was the extent of it. He stated:

An attorney’s bill of costs is, in truth, his history of the transactions in which he has been concerned; and if he cannot be called to prove the facts I think his clerk cannot be called to prove the history of them.⁴⁰

One should notice about this *dictum* that it does not appear to differentiate between communications which

de la relation dans laquelle il s’engage. Cette relation est protégée tout comme le sont les communications échangées dans le cadre de la relation—les communications nécessaires pour susciter cette relation. Je partage entièrement l’avis du juge Rothstein lorsqu’il écrit que «les relevés de services d’avocat portent directement sur les consultations, conseils et services juridiques»³⁶. Le juge Lamer avait déjà souligné ce point dans l’arrêt *Descôteaux* en déclarant:

Il ressort de la jurisprudence mentionnée ci-dessus que les conversations avec les représentants d’un avocat dans le but de retenir les services de celui-ci sont confidentielles, même si les services de l’avocat ne sont pas retenus à ce moment-là ou ne le sont jamais. A mon avis, le principe empêche la divulgation d’une conversation entre celui qui fait une demande d’aide juridique et le fonctionnaire qui n’est pas avocat de l’aide juridique qui l’interroge pour vérifier s’il est admissible³⁷.

Tout comme l’obtention de l’aide juridique fait partie de l’obtention de conseils juridiques, ainsi en est-il de la négociation des modalités financières de la relation avec un avocat. Les mémoires de frais présentés dans le cadre de cet arrangement constituent simplement une extension nécessaire de ces négociations.

[32] Cette position correspond à la règle historique qui, en grande partie, semble avoir favorisé l’inclusion des mémoires de frais de l’avocat dans le champ de cette protection. Le professeur Phipson, dans son ouvrage sur la preuve, a appuyé l’idée que les relevés de services d’avocat bénéficient d’une protection étendue³⁸. L’un des arrêts faisant autorité à l’appui de cette proposition est l’arrêt *Chant v. Brown*³⁹. Dans cette affaire, le clerk d’un avocat avait été cité à témoigner concernant le contenu d’un mémoire de frais qu’il avait rédigé pour son employeur. Le vice-chancelier Turner a statué que le témoin ne pouvait être interrogé que dans le seul et unique but d’établir qui était l’auteur de l’écriture. Il a déclaré:

[TRADUCTION] En vérité, le mémoire de frais de l’avocat constitue l’historique des opérations auxquelles il a été partie. S’il ne peut être cité dans le but de faire la preuve des faits, je pense que son clerk ne peut être cité pour établir leur historique⁴⁰.

Il y a lieu de remarquer au sujet de cette remarque incidente qu’elle ne semble pas établir de distinction

are privileged and facts, which are not privileged.

[33] The *Chant v. Brown* case was cited with general approval by Stirling J. in *Ainsworth v. Wilding*.⁴¹ In that case the plaintiff sought discovery of the defendant's bill of costs in related litigation as well as notes relating to matters that took place in chambers. Stirling J. paid close attention to the distinction between privileged communications and acts or mere statements of fact and found that the notes were privileged. As to the matter of the bill of costs, he was not required to determine the question with respect to the entire bills, as the defendant was willing to produce them. The objection was to disclosure of the notations and memoranda attached to the bills. Stirling J. examined some of the entries and came to this conclusion:

Now, as regards the first, there is a portion of that which is covered up which in my judgment is clearly protected, but there is a portion of it which can be entirely severed from the rest, and consists of a simple statement of what took place in chambers. So in regard to the entry of November 15. It seems to me that too much has been covered up, and I should suggest, as the best way of dealing with the case, that the junior counsel for the defendant should examine the bills of costs, and I do not think he will have any difficulty in severing the portions which ought to be discovered from those which ought not.⁴²

Despite the fact that the defendant had not asked that the entire bills be privileged, if a general rule that they are privileged did exist then it seems hard to accept the judgment that "too much has been covered up." It also seems quaint from a modern legal perspective that the parties would be willing to trust junior counsel for the defendant to examine the accounts for the purposes of determining what was privileged.

[34] In modern Canadian jurisprudence the law is not entirely clear. There is authority that appears to go both ways. A number of authorities have expressly found that solicitor's accounts are privileged, while others seem to disagree.⁴³ Nevertheless, in my view,

entre les communications qui sont privilégiées et les faits qui ne le sont pas.

[33] Dans l'arrêt *Ainsworth v. Wilding*⁴¹, le juge Stirling a cité en l'approuvant de façon générale l'arrêt *Chant v. Brown*. Dans cette affaire, le demandeur cherchait à obtenir la communication du mémoire de frais du défendeur dans un litige connexe ainsi que des notes ayant trait à des événements survenus dans le cabinet du juge. Le juge Stirling a porté une attention toute particulière à la distinction à faire entre les communications privilégiées et les actes ou les simples exposés des faits et a conclu que les notes étaient protégées. Pour ce qui est du mémoire de frais, le juge n'avait pas à répondre à la question se rapportant à l'ensemble des mémoires, car le défendeur était disposé à les produire. L'objection avait trait à la divulgation des annotations et des notes annexées aux mémoires. Le juge Stirling a examiné certaines des inscriptions et est parvenu à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Or, en ce qui concerne la première, il y a une partie qui est occultée et qui, à mon avis, est clairement protégée, mais il y a une partie qui peut être complètement séparée du reste et qui ne constitue qu'un simple énoncé de ce qui s'est passé dans le cabinet du juge. Il en est ainsi pour ce qui est de l'inscription du 15 novembre. Il me semble que beaucoup trop de choses ont été occultées, et je proposerais que la meilleure façon de régler cette affaire est que le conseiller juridique en second du défendeur examine les mémoires de frais; je ne pense pas qu'il aura du mal à séparer les parties qui devraient être communiquées de celles qui ne le devraient pas⁴².

Malgré le fait que le défendeur n'avait pas demandé que l'ensemble des mémoires soit privilégié, s'il existait déjà une règle générale énonçant qu'ils sont protégés, il semble difficile d'accepter le jugement que «beaucoup trop de choses ont été occultées». Dans une perspective juridique moderne, il semble également bizarre que les parties soient disposées à faire confiance au conseiller juridique en second du défendeur pour qu'il examine les relevés de services dans le but de déterminer ce qui était privilégié.

[34] En jurisprudence canadienne moderne, les règles de droit ne sont pas entièrement claires. La jurisprudence semble partagée. Un courant jurisprudentiel a expressément établi que les relevés de services d'avocat sont protégés, alors qu'un autre courant semble ne

bills of account are privileged, but lawyer's trust accounts and other accounting records are not so privileged. What has been considered as two conflicting lines of authority can be reconciled.

[35] The decisions which find specifically that bills of accounts are privileged are, in my view, the most influential, and so I shall deal with them first. Many of these arose in the context of tax litigation, where aspects of the solicitor-client privilege are defined in specific terms. Paragraph 232(1)(e) [now subsection 232(1)] of the *Income Tax Act*⁴⁴ states:

232. (1) . . .

“solicitor-client privilege” means the right, if any, that a person in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary communication on the ground that the communication is one passing between the person and the person's lawyer in professional confidence, except that for the purposes of this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be such a communication.

Courts have consistently found that bills of account are not “an accounting record of a lawyer”, and have found them not to be within this statutory exception.

[36] In *Taves (K.E.G.) v. Canada*⁴⁵ the issue arose in the context of the *Income Tax Act*. One of the items in question in that case involved a letter from a solicitor to the client which included a cheque stub, a cheque requisition and a computer printed document entitled “Billing Memo” which listed unbilled time and disbursements on the file and which sought a direction from the solicitor for fees and disbursements to be billed. Baker J. found:

The letter in my view is privileged being in the nature of a statement of account which contains some description of services rendered.⁴⁶

pas être d'accord⁴³. Néanmoins, j'estime que les mémoires de frais sont privilégiés, mais les comptes en fiducie et autres relevés comptables d'un avocat ne le sont pas. On peut réconcilier ce que l'on a considéré comme deux courants jurisprudentiels contradictoires.

[35] Les décisions qui concluent expressément que les mémoires de frais sont privilégiés sont, à mon sens, les plus importantes, aussi vais-je commencer par les examiner. Plusieurs ont été rendues dans des litiges en matière fiscale, domaine où certains aspects du secret des communications entre client et avocat sont expressément définis. L'alinéa 232(1)e [maintenant le paragraphe 232(1)] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴⁴ dispose:

232. (1) . . .

«privilege des communications entre client et avocat» Droit qu'une personne peut posséder, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confiance professionnelle sauf que, pour l'application du présent article, un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication de cette nature.

Les tribunaux ont conclu de façon constante que les mémoires de frais ne constituent pas «un relevé comptable d'un avocat» et qu'ils ne sont donc pas visés par cette exception légale.

[36] Dans l'affaire *Taves (K.E.G.) v. Canada*⁴⁵, la question s'est posée dans le contexte de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'un des articles litigieux dans cette affaire était une lettre qu'un avocat avait envoyée au client et qui incluait un talon de chèque, une réquisition de chèque et un imprimé d'ordinateur intitulé [TRADUCTION] «Note de frais» qui énumérait les heures et les débours non facturés relativement au dossier et qui demandait à l'avocat des directives quant aux frais et débours à facturer. Le juge Baker a conclu en ces termes:

[TRADUCTION] À mon avis, la lettre est privilégiée parce qu'elle est de la nature d'un état de compte contenant une description des services rendus⁴⁶.

The Court went on to find that, while the cheque stub had to be disclosed by virtue of paragraph 232(1)(e) of the *Income Tax Act*, the “Billing Memo” did not fall within the statutory exception to the privilege.

[37] In *Mut. Life Assur. Co. of Can. v. Dep. A. G. of Can.*⁴⁷ the Minister of National Revenue attempted to seize a number of documents which were communications between the insurance company and its lawyers. Southey J. found that:

The privilege attaches not only to communications made by the client but obviously to communications made by the solicitor to the client as well and generally speaking covers all communications relating to the obtaining of legal advice. That general rule in my view would cover a statement of account.⁴⁸

He went on to find, consistent with Baker J. in *Taves*, that the statement of account was not an accounting record of the lawyer, and so was not within the exception.

[38] This determination was echoed in *Playfair Developments Ltd v D/MNR*⁴⁹ where Galligan J. was required to determine whether inter-office communications pertaining to the transactions involving client’s accounts were privileged. In that case, as with *Mut. Life Assur.*, paragraph 232(1)(e) of the *Income Tax Act* deemed lawyers’ accounting records and any supporting voucher or cheques not to be communications covered by solicitor-client privilege. He stated:

It seems to me that instructions given by solicitors to the accounting department which resulted in various financial activities that are recorded in the accounts do not fall within the meaning of “accounting record” or any “supporting voucher or cheque”. Nor do I think that they form any part of the financial transactions themselves. It is my opinion therefore that all of those inter-office communications are privileged and I so rule.⁵⁰

This ruling pertained not to the accounts themselves, but only to office communications.

La Cour a ensuite conclu que, si le talon de chèque devait être divulgué en raison de l’alinéa 232(1)(e) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, la [TRADUCTION] «Note de frais» ne relevait pas de l’exception légale au privilège des communications entre client et avocat.

[37] Dans l’affaire *Mut. Life Assur. Co. of Can. v. Dep. A. G. of Can.*⁴⁷ le ministre du Revenu national avait tenté de saisir un certain nombre de documents qui étaient des communications échangées entre la compagnie d’assurance et ses conseillers juridiques. Le juge Southey a conclu:

[TRADUCTION] Le privilège s’applique non seulement aux communications faites par le client, mais, aussi, évidemment, aux communications faites par l’avocat au client, et, en général, il couvre toutes les communications relatives à l’obtention de conseils juridiques. Cette règle générale s’appliquerait, selon moi, à un état de compte⁴⁸.

Puis il a conclu, à l’instar du juge Baker dans l’affaire *Taves*, que l’état de compte n’étant pas un relevé comptable de l’avocat, il ne relevait pas de l’exception.

[38] Cette conclusion a trouvé écho dans l’arrêt *Playfair Developments Ltd v D/MNR*⁴⁹ où le juge Galligan était appelé à déterminer si des communications internes concernant les opérations relatives aux comptes d’un client étaient protégées. Dans cette affaire, tout comme dans *Mut. Life Assur.*, l’alinéa 232(1)(e) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* présumait que les relevés comptables d’un avocat et les pièces justificatives ou chèques n’étaient pas des communications protégées par le secret des communications entre client et avocat. Il a déclaré:

[TRADUCTION] Il me semble que les instructions que donnent les avocats au service de comptabilité et qui ont donné lieu à diverses opérations financières inscrites dans les comptes n’ont pas le sens de ce qu’il faut entendre par «relevé comptable» ou toute «pièce justificative ou chèque». Je ne pense pas non plus qu’elles constituent une partie quelconque des opérations financières elles-mêmes. C’est pourquoi toutes ces communications internes sont privilégiées et je statue ainsi⁵⁰.

Cette décision avait trait non pas aux comptes eux-mêmes, mais uniquement aux communications internes.

[39] One of the best treatments of the issue was written by Holmes J. in *Municipal Insurance Assn. of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*.⁵¹ This case did not involve the *Income Tax Act*, but was decided in the context of the access to information legislation in British Columbia. The respondent in that case had requested from the Information Commissioner disclosure of the government's legal bills with respect to a piece of litigation. The Information Commissioner had determined that the bills were not privileged. Holmes J. noted that the Information Commissioner had considered the decisions in *Mut. Life Assur. Co. of Can.* and *Taves*, but distinguished them on the basis that the account in question did not describe the legal services rendered to the client. In Holmes J.'s view this amounted to a "very narrow and restrictive test as to privilege attaching to a legal account".⁵² He concluded:

Communications of course need not contain legal advice to attract privilege, suffice they relate to obtaining advice of a lawyer and are made in confidence

An important and obvious breach of privilege, however, in my view occurred here because the information in the document reveals terms of the retainer.

The terms of a solicitor/client relationship are privileged, although the existence of the relationship in itself is not. The privilege includes but is not limited to financial arrangements between the solicitor and the client.⁵³

[40] These cases are in sharp distinction to those which find that trust account ledgers and other financial records of that type are not privileged. None of these cases deals specifically with bills of account, and so cannot be relied on without understanding the nature of the material which was sought to be disclosed. Ultimately, these cases can be distinguished because acts of counsel or statements of fact are not privileged. In *Re Romeo's Place Victoria Ltd. and The Queen*,⁵⁴ for example, a client was being investigated and the trust account ledgers of the client's solicitor were ordered to be disclosed. Collier J. held that it

[39] L'une des meilleures analyses de la question a été rédigée par le juge Holmes dans l'arrêt *Municipal Insurance Assn. of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*.⁵¹ L'affaire n'avait pas trait à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais avait été décidée dans le contexte de la loi de la Colombie-Britannique sur l'accès à l'information. L'intimée avait demandé au commissaire à l'information de lui communiquer les relevés de services juridiques du gouvernement ayant trait à un certain litige. Le commissaire à l'information avait jugé que ces relevés de services n'étaient pas privilégiés. Le juge Holmes a fait remarquer que le commissaire à l'information avait examiné les arrêts *Mut. Life Assur. Co. of Can.* et *Taves*, mais qu'il les avait distingués pour le motif que le relevé en question ne décrivait pas les services juridiques rendus au client. De l'avis du juge Holmes, cela constituait un [TRADUCTION] «critère très étroit et restrictif quant à la protection applicable à un relevé de services d'avocat»⁵². Il a conclu:

[TRADUCTION] Évidemment, il n'est pas nécessaire que les communications contiennent des conseils juridiques pour bénéficier du privilège; il suffit qu'elles se rapportent à l'obtention de conseils juridiques et qu'elles aient été faites sous le sceau de la confiance

À mon avis, en l'espèce, il s'est cependant produit une violation importante et évidente de ce privilège parce que les renseignements que comporte le document énoncent les modalités du contrat de services juridiques.

Les modalités de la relation client-avocat sont protégées, même si l'existence de la relation elle-même ne l'est pas. Le privilège comprend, sans s'y limiter, les arrangements financiers conclus entre l'avocat et le client.⁵³

[40] Ces décisions se démarquent clairement de celles qui concluent que les grands livres de compte en fiducie et autres livres comptables de cette nature ne sont pas privilégiés. Aucune de ces décisions ne porte expressément sur les relevés de services, aussi ne peut-on les invoquer sans comprendre la nature des documents dont la communication était recherchée. En bout de ligne, une distinction peut être faite d'avec ces arrêts parce que les actes accomplis par les conseillers juridiques ou les exposés des faits ne sont pas protégés. Dans l'arrêt *Re Romeo's Place Victoria Ltd. et La Reine*⁵⁴, par exemple, un client faisait l'objet d'une

was the record of the lawyer, and not of the client, and, therefore, not subject to privilege. However, other cases have found such items to be outside the ambit of the privilege on the more substantive ground that they do not disclose communications, but only acts. In *Re Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp.*⁵⁵ the question of privilege arose in the context of a solicitor's activities with respect to money held in trust for the client. Southey J. held that the privilege did not attach to this activity. He stated:

Evidence as to whether a solicitor holds or has paid or received moneys on behalf of a client is evidence of an act or transaction, whereas the privilege applies only to communications. Oral evidence regarding such matters, and the solicitor's books of account and other records pertaining thereto (with advice and communications from the client relating to advice expunged) are not privileged . . .⁵⁶

The accounts were examined and those things revealing privileged communications were severed. This decision might, at first glance, appear to be in conflict with Southey J.'s decision in *Mut. Life Assur. Co. of Can.* However, as discussed *infra*, this decision is merely the proverbial exception that makes the rule—it deals with acts of counsel and not communications.

[41] In *Law Society of Prince Edward Island v. Prince Edward Island (Attorney General)*,⁵⁷ the RCMP attempted to seize documents in the possession of a lawyer relating to trust ledgers, general ledgers, and bank reconciliation ledgers which pertained to the dealings of a number of the lawyer's clients. MacDonald C.J.T.D. determined [at page 221]:

It is the communications between the client and his lawyer that are privileged. The trust ledgers, general ledgers and bank reconciliation ledgers are not communications between the solicitor and the client. These documents form part of

enquête et il avait été ordonné que les grands livres contenant les comptes en fiducie de son avocat soient divulgués. Le juge Collier a statué qu'il s'agissait du relevé de compte de l'avocat, et non pas du client, et que, par conséquent, il ne bénéficiait pas de la protection. Cependant, d'autres causes ont décidé que de tels articles ne bénéficient pas de la protection pour le motif plus fondamental qu'ils ne révèlent pas des communications, mais uniquement des actes. Dans l'affaire *Re Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp.*⁵⁵, la question du privilège s'est posée dans le contexte des activités d'un avocat ayant trait à des fonds détenus en fiducie à l'intention d'un client. Le juge Southey a statué que le privilège ne protégeait pas cette activité. Il a déclaré:

[TRADUCTION] La preuve ayant trait à la question de savoir si un avocat détient, a payé ou a reçu des sommes pour le compte d'un client constitue la preuve d'un acte ou d'une opération, alors que le privilège s'applique uniquement aux communications. La preuve orale concernant ces questions, les relevés comptables de l'avocat et autres pièces s'y rapportant (les conseils et les communications émanant du client relatives aux conseils ayant été occultés) ne sont pas protégés . . .⁵⁶

Les comptes ont été examinés et les renseignements portant sur des communications privilégiées ont été enlevés. À première vue, cette décision peut paraître contredire la décision que le juge Southey a rendue dans l'affaire *Mut. Life Assur. Co. of Can.* Cependant, comme il est dit un peu plus loin, cette décision constitue seulement l'exception proverbiale qui confirme la règle—elle porte sur les actes accomplis par l'avocat et non sur des communications.

[41] Dans l'affaire *Law Society of Prince Edward Island v. Prince Edward Island (Attorney General)*⁵⁷, la GRC a tenté de saisir des documents en possession d'un avocat ayant trait à des grands livres de fiducie, à des grands livres généraux et à des grands livres de rapprochement bancaire concernant les opérations d'un certain nombre de clients de l'avocat. Le juge MacDonald, juge en chef de la Division de première instance, a conclu en ces termes [à la page 221]:

[TRADUCTION] Ce sont les communications échangées entre l'avocat et son client qui sont privilégiées. Les grands livres de fiducie, les grands livres généraux et les grands livres de rapprochement bancaire ne sont pas des communications

the solicitor's records and are reports of acts, not communications. Privilege does not attach to these documents.

[42] Thus, the jurisprudence in this area is not really in conflict. It merely reflects the existence of a broad exception to the scope of the privilege, namely, that it is only communications which are protected. The acts of counsel or mere statements of fact are not protected. This is an important balancing mechanism which, along with the prohibition against protecting communications which are themselves criminal, takes into account the public interest inherent in the proper administration of justice.

[43] Where a lawyer is involved in the dealings of his or her client, like the disposition of funds held in trust for the client, as in *Greymac*, or the execution of an agreement for the purchase and sale of property, the existence or contents of these acts are not protected. The lawyer, in those situations, is not in the process of giving advice to the client, but is more like a witness to an objective state of affairs.

[44] This explains the apparent conflict between the reasons of Southey J. in *Greymac* and *Mut. Life Assur. Co. of Can.* In the former case the trust account was determined not to be protected by the privilege, while the solicitor's accounts in the latter case were held to be privileged. The statement of account is privileged because it is integral to the seeking, formulating and giving of legal advice. The trust account ledger is not protected because it relates to acts done by counsel.

[45] Similarly, where the communication itself constitutes a criminal act, or counsels someone to commit a crime, then a client (or a solicitor) cannot hide behind the privilege. This is made quite clear in *Descôteaux*, where Lamer J. refused to protect the legal aid information, which would otherwise be privileged, because those communications comprised

échangées entre l'avocat et le client. Ces documents font partie des dossiers de l'avocat et sont le relevé des actes, et non des communications. Le privilège ne protège pas ces documents.

[42] Ainsi, la jurisprudence dans ce domaine n'est vraiment pas contradictoire. Elle reflète simplement l'existence d'une grande exception à la portée du privilège, à savoir que seules les communications sont protégées; les actes accomplis par les conseillers juridiques ou les simples exposés des faits ne le sont pas. C'est là un important mécanisme d'équilibre qui, avec l'interdiction de protéger les communications qui sont en elles-mêmes criminelles, tient compte de l'intérêt public inhérent à la bonne administration de la justice.

[43] Lorsqu'un avocat participe aux opérations de son client, comme la disposition de fonds détenus en fiducie pour le client, comme ce fut le cas dans l'affaire *Greymac*, ou la passation d'une convention d'achat-vente d'un bien, l'existence ou la teneur de ces actes ne sont pas protégées. Dans ces situations, l'avocat ne donne pas de conseils au client, mais ressemble plus à une personne qui a été témoin d'un état de choses objectif.

[44] Cela explique la contradiction apparente entre les motifs prononcés par le juge Southey dans *Greymac* et ceux qu'il a prononcés dans *Mut. Life Assur. Co. of Can.* Dans le premier cas, il avait conclu que le compte en fiducie n'était pas protégé par le privilège des communications entre client et avocat, alors que dans le second, il avait jugé que les relevés comptables d'un avocat étaient protégés. L'état de compte est protégé parce qu'il constitue une partie intégrante de la consultation et de la fourniture de conseils juridiques. Le grand livre de compte en fiducie n'est pas protégé parce qu'il se rapporte aux actes accomplis par l'avocat.

[45] De la même façon, si la communication elle-même constitue un acte criminel ou conseille à quelqu'un de perpétrer un crime, alors le client (ou l'avocat) ne peut s'abriter derrière la protection. Ce principe est clairement énoncé dans l'arrêt *Descôteaux*, où le juge Lamer a refusé de protéger les renseignements relatifs à l'aide juridique, lesquels, dans d'autres

the substantive elements of the crime of fraud. He concluded:

Thus communications that are in themselves criminal or that are made with a view to obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime will not be privileged⁵⁸

This exception for criminal acts, ensures that the solicitor-client privilege cannot be used as a cloak for scoundrels who might seek to hide the truth for their own benefit. Society, despite the importance of fostering the sacred relationship between a solicitor and his or her client, will not allow it to become a cover for thievery and thuggery.⁵⁹

[46] The existence of these two exceptions to the solicitor-client privilege makes a broad ambit for its scope both desirable and logical. It is desirable from an administrative perspective. By giving bills of accounts the benefit of a blanket protection, the court avoids the procedural difficulties that would otherwise arise.⁶⁰ In each case it would be necessary for the judge to inspect the accounts, and no doubt the lawyers for the parties would want to see them as well. This might put counsel in the awkward position of being privy to information that might be ordered not to be disclosed to his or her client—a situation that is better to avoid. It would be better avoided not only because it may not be practical, but because the very fact that the opposing party's lawyer might get to know about the privileged communication may have a negative impact on the freedom of communication between the client and the lawyer. Furthermore, the blanket approach to protection of solicitor's bills of account prevents the pernicious prying of lawyers who might insist that each bill be viewed and judged individually in an effort to determine if any of the material contained therein could be disclosed. This would promote a situation where it was tactically advisable for the lawyer to persist in his or her efforts to effect discovery of the accounts in the hope that, because of some error induced by the sheer volume of documents, some privileged information will fall into their hands. I do not think that such a state of affairs would promote the free flow of communication

circonstances, seraient protégés, parce que ces communications comprenaient les éléments de fond d'une fraude. Il a conclu:

Ainsi, entre autres, ne jouiront pas du privilège de confidentialité les communications qui sont en elles-mêmes criminelles ou qui sont faites en vue d'obtenir un avis juridique devant faciliter la perpétration d'un crime⁵⁸.

Cette exception relative aux actes criminels assure que le secret des communications entre client et avocat n'est pas utilisé comme un écran pour les crétiens qui pourraient chercher à dissimuler la vérité à leur propre avantage. Bien qu'il soit important de favoriser la relation sacrée avocat-client, la société ne permettra pas qu'elle devienne une façade pour le vol et le gangstérisme⁵⁹.

[46] L'existence de ces deux exceptions au privilège du secret des communications entre client et avocat fait en sorte qu'il est souhaitable et logique que sa portée soit largement définie. Cela est souhaitable dans une perspective administrative. En accordant le bénéfice d'une protection générale aux relevés de services, le tribunal évite les difficultés procédurales qui se produiraient autrement⁶⁰. Dans chaque cas, il serait nécessaire que le juge examine les comptes et nul doute que les avocats des parties voudraient les consulter également. Cela pourrait mettre l'avocat dans une situation embarrassante car il serait au courant de renseignements qui pourraient faire l'objet d'une ordonnance de non-divulgaration à son client,—situation qu'il vaut mieux éviter. Il vaudrait mieux l'éviter non seulement parce qu'elle peut ne pas être pratique, mais parce que le fait même que l'avocat de la partie adverse puisse être au courant de la communication privilégiée pourrait nuire à la liberté de communication entre l'avocat et son client. Au surplus, la protection générale accordée aux relevés de services d'avocat empêche une ingérence pernicieuse des avocats qui pourraient insister pour que chaque relevé soit examiné et jugé individuellement en vue de déterminer si tout élément qui y est consigné pourrait être divulgué. Cela pourrait encourager une situation où, sur le plan tactique, il pourrait être avantageux pour l'avocat de persister dans ses efforts pour obtenir la communication des comptes dans l'espoir que, en raison de quelque erreur résultant uniquement du volume des

between lawyer and client, which the privilege is designed to foster.

[47] We must always remember that the privilege does not protect only the communications between a solicitor and his or her client in the particular case at hand, but it must protect any future communications between clients and their lawyers in general. This is especially true in light of the Supreme Court's determination that this is now a substantive right and not merely a rule of evidence.

[48] The rule is logical because it is consistent with the intention of Parliament. The Act does not contain any special definition of solicitor-client privilege. It was fully within the power of Parliament to insert a provision whereby these items would be specifically excluded from the ambit of privilege's protection. The expenses of government bodies, pertaining to legal fees or otherwise, are always of interest to the public. It is public money that is being spent. In so far as the intent of the Act is generally to promote the transparency of government activity, the incorporation of the common law doctrine of solicitor-client privilege indicates that it was meant to be excluded from the operation of the Act. This same privilege, when considered by Parliament in the context of the *Income Tax Act*, led to a recognition that in the interests of collecting revenue, the privilege that might otherwise protect some solicitor's financial records, was dispensable. Parliament did not make that same determination in enacting this Act.

[49] In the case at bar, though the appellant contends that the information which he seeks relates only to acts of counsel and therefore should not be privileged, I am satisfied that the narrative portions of the bills of account are indeed communications. This is not

documents, certains renseignements protégés se retrouvent entre ses mains. Je ne pense pas qu'un tel état de choses favoriserait le libre échange de communications entre client et avocat, que cette protection vise à susciter.

[47] Nous devons toujours nous rappeler que le secret des communications entre client et avocat ne protège pas uniquement les communications entre l'avocat et son client dans un cas particulier, mais doit protéger de façon générale toutes les communications futures entre les clients et leurs avocats. Cela est particulièrement vrai à la lumière de la décision de la Cour suprême selon laquelle cette protection est maintenant devenue un droit et non plus une simple règle de preuve.

[48] La règle est logique parce qu'elle est conforme à l'intention du Parlement. La Loi ne contient aucune définition particulière du secret des communications entre client et avocat. Le Parlement avait pleinement le pouvoir d'insérer une disposition prévoyant que ces renseignements seraient expressément exclus de la protection assurée par le privilège. Les dépenses d'organismes publics, ayant trait aux services juridiques ou autrement, suscitent toujours un intérêt au sein du public. Ce sont des deniers publics qui sont dépensés. Dans la mesure où l'intention de la Loi est de promouvoir de façon générale la transparence de l'activité gouvernementale, l'incorporation de la doctrine de common law en matière de secret des communications entre client et avocat indique qu'on entendait l'exclure du champ d'application de la Loi. Cette même protection, lorsqu'elle a été envisagée par le Parlement dans le contexte de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, a mené à la reconnaissance que, dans l'intérêt de la perception du revenu, le secret des communications entre client et avocat qui pourrait autrement protéger certains dossiers financiers de l'avocat était superflu. Le Parlement n'a pas pris la même décision en adoptant cette Loi.

[49] En l'espèce, même si l'appelant fait valoir que les renseignements qu'il cherche à obtenir ont trait uniquement à des actes accomplis par des conseillers juridiques et ne devraient donc pas être protégés, je suis convaincu que les passages descriptifs des relevés

analogous to a situation where a lawyer sells a piece of property for the client or otherwise acts on the client's behalf. The research of a subject or the writing of an opinion or any other matter of that type are directly related to the giving of advice. Despite the fact that the appellant is content to have the specific topic of research remain privileged, those other portions of the bills of account still constitute communications for the purpose of obtaining legal advice. In those circumstances the lawyer is not merely a witness to an objective state of affairs, but is in the process of forming a legal opinion. This is true whether the lawyer is conducting research (either academic or empirical), interviewing witnesses or other third parties, drafting letters or memoranda, or any of the other myriad tasks that a lawyer performs in the course of his or her job. It is true that interviewing a witness is an act of counsel, and that a statement to that effect on a bill of account is a statement of fact, but these are all acts and statements of fact that relate directly to the seeking, formulating or giving of legal advice. And when these facts or acts are communicated to the client they are privileged. This is so whether they are communicated verbally, by written correspondence, or by statement of account.

The Other Issues

[50] I am satisfied that Rothstein J.'s analysis of the waiver and discretion issues was correct. Given the importance of the right involved—the right to communicate freely and openly with one's solicitor without fear of disclosure of that communication—the case law provides ample support for the Trial Judge's conclusions. The question of whether or not people have waived their right to privilege, absent explicit waiver, is one which must be judged according to all the circumstances. This approach to the application of solicitor-client privilege is clearly described by Muldoon J. in *Double-E, Inc. v. Positive Action Tool Western Ltd.*⁶¹

Having, through the canons of thorough discovery proceedings, practically eliminated trial by ambush, the Court ought

de services constituent effectivement des communications. Cela n'est pas analogue à la situation où un avocat vend un bien pour son client ou agit autrement pour le compte de celui-ci. La recherche portant sur un sujet, la rédaction d'un avis ou toute autre question de ce genre se rapporte directement à la fourniture de conseils. En dépit du fait que l'appelant voudrait maintenir la protection relativement aux questions précises objet de la recherche, les autres parties des relevés de services constituent toujours des communications échangées dans le but d'obtenir des conseils juridiques. Dans ces circonstances, l'avocat n'est pas simplement témoin d'un état de choses objectif, mais il est en voie de se former un avis juridique. Cela est vrai que l'avocat effectue une recherche (théorique ou empirique), interroge des témoins ou autres tierces parties, rédige des lettres ou des notes ou effectue l'une ou l'autre des nombreuses tâches qu'un avocat effectue dans le cadre de son travail. Il est vrai que le fait d'interroger un témoin constitue un acte qu'accomplit un conseiller juridique, et une inscription à cet effet dans un relevé de services est une déclaration de fait, mais ce sont tous là des actes et des exposés des faits qui portent directement sur les consultations, conseils et services juridiques. Et lorsque ces faits ou ces actes sont communiqués au client, ils sont protégés. Il en est ainsi, qu'ils soient communiqués verbalement, par écrit ou par état de compte.

Les autres questions

[50] Je suis convaincu que l'analyse du juge Rothstein concernant la renonciation et le pouvoir discrétionnaire était bien fondée. Compte tenu de l'importance du droit en cause, le droit de communiquer librement et ouvertement avec son avocat sans craindre que les communications seront divulguées, la jurisprudence fournit un solide appui aux conclusions du juge de première instance. La question de savoir si quelqu'un a renoncé à son droit au privilège, si ce n'est par renonciation expresse, doit être jugée à la lumière de l'ensemble des circonstances. Cette façon d'appliquer le privilège du secret des communications entre client et avocat est clairement décrite par le juge Muldoon dans l'arrêt *Double-E, Inc. c. Positive Action Tool Western Ltd.*⁶¹:

Ayant, grâce aux principes régissant la tenue d'interrogatoires préalables complets, presque éliminé les guet-apens à

not, as it did not in *Kulchar*, resort to permitting loss of privilege by inadvertence.⁶²

[51] With respect to the release of portions of the records, a similar view has been adopted in British Columbia. In *Lowry v. Can. Mountain Holidays Ltd.*⁶³ Finch J. emphasized that all the circumstances must be taken into consideration and that the conduct of the party and the presence of an intent to mislead the court or another litigant are of primary importance. I believe that this approach is appropriate in this case, particularly in light of section 25 of the Act, which allows the disclosure of portions of privileged information. This is an attempt to balance the rights of individuals to access to information, on the one hand, while maintaining confidentiality where other persons are entitled to that confidentiality on the other hand. It would be a perverse result if the operation of section 25 of the Act were thereby to abrogate the discretionary power given to the government head under section 23 of the Act.

[52] I would add, with respect to the release of portions of the records, that, in light of these reasons, the Government has released more information than was legally necessary. The itemized disbursements and general statements of account detailing the amount of time spent by Commission counsel and the amounts charged for that time are all privileged. But it is the Government *qua* client which enjoys the privilege; the Government may choose to waive it, if it wishes, or it may refuse to do so. By disclosing portions of the accounts the Government was merely exercising its discretion in that regard. As I mentioned earlier, a government body may have more reason to waive its privilege than private parties, for it may wish to follow a policy of transparency with respect to its activity. This is highly commendable; but the adoption of such a policy or such a decision in no way detracts from the protection afforded by the privilege to all clients.

[53] I am not persuaded that the discretion exercised under section 23 of the Act was exercised improperly.

l'étape du procès, les tribunaux ne doivent pas permettre, comme on ne l'a pas permis dans l'affaire *Kulchar*, que l'exemption de communication soit perdue par inadvertance⁶².

[51] En ce qui concerne la communication de parties des documents, un point de vue semblable a été adopté en Colombie-Britannique. Dans l'affaire *Lowry c. Can. Mountain Holidays Ltd.*⁶³, le juge Finch a insisté sur le fait qu'il faut tenir compte de toutes les circonstances et que la conduite de la partie et la présence d'une intention de tromper le tribunal ou un autre plaideur sont d'une importance capitale. J'estime que cette démarche s'impose ici particulièrement dans le contexte de l'article 25 de la Loi, qui permet la divulgation de parties de renseignements protégés. C'est là une tentative de mettre en balance les droits des particuliers d'avoir accès à l'information, d'une part, tout en maintenant la confidentialité là où d'autres personnes ont droit à cette confidentialité, d'autre part. Ce serait malheureux si l'effet de l'article 25 de la Loi était de permettre l'abrogation du pouvoir discrétionnaire accordé à l'autorité responsable par l'article 23 de la Loi.

[52] J'ajouterais, en ce qui concerne la communication des parties des documents, que, vu les présents motifs, le gouvernement a communiqué plus de renseignements qu'il n'était légalement nécessaire. Les débours particularisés et les états de compte généraux indiquant le détail des heures de travail consacrées par les conseillers juridiques de la Commission ainsi que les sommes facturées pour ces heures sont tous protégés. Mais, c'est le gouvernement, en qualité de client, qui bénéficie de cette protection; il peut choisir d'y renoncer, s'il le désire, ou refuser de le faire. En divulguant des parties des relevés, il exerçait tout simplement son pouvoir discrétionnaire à cet égard. Comme je l'ai mentionné précédemment, un organisme public peut avoir plus de raisons de renoncer à son privilège que des particuliers, car il peut vouloir suivre une politique de transparence concernant ses activités. Cette attitude est très louable, mais l'adoption d'une telle politique ou la prise d'une telle décision ne fait aucunement obstacle à la protection que le privilège accorde à tous les clients.

[53] Je ne suis pas persuadé que le pouvoir discrétionnaire exercé dans le contexte de l'article 23 de la

There is simply no evidence of this. Furthermore, the decision cannot be impeached merely because no reasons were given. No statute or regulation requires reasons to be given and there is no particular reason why reasons should be necessary in this case.⁶⁴

Conclusion

[54] The appeal, therefore, should be dismissed with costs.

STONE J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

Loi a été exercé à mauvais droit. La preuve ne l'établit tout simplement pas. Au surplus, la décision ne peut être attaquée pour la simple raison qu'elle n'a pas été motivée. Aucune loi ou aucun règlement n'exige que des motifs soient donnés, et aucune raison particulière ne commande que des motifs soient énoncés en l'espèce⁶⁴.

Conclusion

[54] En conséquence, l'appel doit être rejeté avec dépens.

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

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

¹ That law suit continues. A companion proceeding to remove Mr. Justice Parker as a party from that action is being disposed of along with this matter [*Stevens v. Canada (Commissioner, Commission of Inquiry)*, [1998] 4 F.C. 125 (C.A.)].

² This was the second information request for the same documents. The first was unsuccessful and is not relevant in this proceeding.

³ Appeal Book, Vol. III, at p. 415.

⁴ Letter from the Information Commissioner of Canada dated August 30, 1993, Appeal Book, Vol. XIII, at p. 1420.

⁵ [1997] 2 F.C. 759 (T.D.), at p. 771.

⁶ *Ibid.*, at pp. 787-788.

⁷ [1982] 1 S.C.R. 860.

⁸ *Berd v. Lovelace* (1577), 21 E.R. 33 (Ch.); *Dennis v. Codrington* (1580), 21 E.R. 53 (Ch.)

⁹ (1833), 39 E.R. 618 (Ch.).

¹⁰ *Ibid.*, at p. 621.

¹¹ Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, Vol. 8, at para. 2292.

¹² David W. Louisell, "Confidentiality, Conformity and Confusion: Privileges in Federal Court Today" (1956-57), 31 *Tul. L. Rev.* 101, at pp. 110-111.

¹³ See also E. M. Morgan, "Suggested Remedy for Obstructions to Expert Testimony by Rules of Evidence" (1942-43), 10 *U. Chi. L. Rev.* 285.

¹⁴ J. Sopinka, S. Lederman and A. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto: Butterworths, 1992), at pp. 625-626.

¹⁵ Geoffrey C. Hazard, Jr., "An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege" (1978), 66 *Calif. L. Rev.* 1061, at p. 1085.

¹⁶ See *Slavutych v. Baker et al.* [1976] 1 S.C.R. 254.

¹ Cette action se poursuit. Une action parallèle visant à mettre hors cause le juge Parker dans cette action est tranchée en même temps que la présente affaire [*Stevens c. Canada (Commissaire, Commission d'enquête)*, [1998] 4 C.F. 125 (C.A.)].

² Il s'agissait de la deuxième demande de communication des mêmes documents. La première avait été rejetée et n'a pas de pertinence quant à la présente instance.

³ Dossier d'appel, Vol. III, à la p. 415.

⁴ Lettre du Commissaire à l'information du Canada en date du 30 août 1993, Dossier d'appel, Vol. XIII, à la p. 1420.

⁵ [1997] 2 C.F. 759 (1^{re} inst.), à la p. 771.

⁶ *Ibid.*, aux p. 787 et 788.

⁷ [1982] 1 R.C.S. 860.

⁸ *Berd v. Lovelace* (1577), 21 E.R. 33 (Ch.); *Dennis v. Codrington* (1580), 21 E.R. 53 (Ch.)

⁹ (1833), 39 E.R. 618 (Ch.).

¹⁰ *Ibid.*, à la p. 621.

¹¹ Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. Révision McNaughton, Vol. 8, au par. 2292.

¹² David W. Louisell, «Confidentiality, Conformity and Confusion: Privileges in Federal Court Today» (1956-57), 31 *Tul. L. Rev.* 101, aux p. 110 et 111.

¹³ Voir également E. M. Morgan, «Suggested Remedy for Obstructions to Expert Testimony by Rules of Evidence» (1942-43), 10 *U. Chi. L. Rev.* 285.

¹⁴ J. Sopinka, S. Lederman et A. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto: Butterworths, 1992), aux p. 625 et 626.

¹⁵ Geoffrey C. Hazard, Jr., «An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege» (1978), 66 *Calif. L. Rev.* 1061, à la p. 1085.

¹⁶ Voir *Slavutych c. Baker et autres*, [1976] 1 R.C.S. 254.

¹⁷ *Rules of Professional Conduct* as adopted by Convocation of the Law Society of Upper Canada, 30 January 1987 (as amended).

¹⁸ Wigmore, *supra*, note 10, at para. 2285.

¹⁹ [1981] 2 S.C.R. 494.

²⁰ [1980] 1 S.C.R. 821.

²¹ *Ibid.*, at p. 836.

²² *Supra*, note 7.

²³ *Ibid.*, at p. 875.

²⁴ *Ibid.*, at p. 893.

²⁵ [1969] 2 Ex. C.R. 27.

²⁶ *Ibid.*, at p. 34.

²⁷ (1793), 30 E.R. 587 (Ch.).

²⁸ *Ibid.*, at p. 587.

²⁹ (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.).

³⁰ (1983), 1 D.L.R. (4th) 568 (B.C.C.A.).

³¹ *Ibid.*, at p. 573.

³² (1821), 37 E.R. 779 (Ch.); see also *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] S.C.R. 664; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353 (*per* Wilson J.).

³³ *Ibid.*, at p. 780.

³⁴ *Descôteaux*, *supra*, note 7, at pp. 877-878.

³⁵ *Supra*, note 25, at p. 33.

³⁶ *Supra*, note 5, at p. 771.

³⁷ *Descôteaux*, *supra*, note 7, at p. 880.

³⁸ Howard, Crane, Hochberg, eds. *Phipson on Evidence*, 14th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1990), at p. 508.

³⁹ (1852), 68 E.R. 735.

⁴⁰ *Ibid.*, at p. 737.

⁴¹ [1900] 2 Ch. 315; see also *Burton v. Dodd* (1890), 35 Sol. Jo. 39 for a decision that envisions a general privilege but ordered the disclosure of certain aspects in the bill of costs.

⁴² *Ibid.*, at p. 325.

⁴³ R. Manes and M. Silver, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (Markham, Ont.: Butterworths, 1993), at p. 173, where the authors state:

... entries in the lawyer's books and records consisting of dockets, accounts, cheques and the like are also not privileged because they also relate to acts.

⁴⁴ S.C. 1970-71-72, c. 63 (now R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 232(1)).

⁴⁵ [1995] 2 C.T.C. 347 (B.C.S.C.).

⁴⁶ *Ibid.*, at p. 349.

⁴⁷ (1984), 42 C.P.C. 61 (Ont. H.C.).

⁴⁸ *Ibid.*, at p. 64.

⁴⁹ [1985] 1 CTC 302 (Ont. S.C.).

⁵⁰ *Ibid.*, at p. 305.

⁵¹ (1996), 143 D.L.R. (4th) 134 (B.C.S.C.).

⁵² *Ibid.*, at p. 138.

⁵³ *Ibid.*, at p. 139 (citations omitted).

⁵⁴ (1981), 128 D.L.R. (3d) 279 (F.C.T.D.).

⁵⁵ (1983), 41 O.R. (2d) 328 (Div. Ct.).

⁵⁶ *Ibid.*, at p. 337.

⁵⁷ (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 217 (S.C.T.D.).

¹⁷ *Code de déontologie* adopté par le Conseil du Barreau du Haut-Canada, 30 janvier 1987 (modifié).

¹⁸ Wigmore, précité, note 10, au par. 2285.

¹⁹ [1981] 2 R.C.S. 494.

²⁰ [1980] 1 R.C.S. 821.

²¹ *Ibid.*, à la p. 836.

²² Précité, note 7.

²³ *Ibid.*, à la p. 875.

²⁴ *Ibid.*, à la p. 893.

²⁵ [1969] 2 R.C.É. 27.

²⁶ *Ibid.*, à la p. 34.

²⁷ (1793), 30 E.R. 587 (Ch.).

²⁸ *Ibid.*, à la p. 587.

²⁹ (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.).

³⁰ (1983), 1 D.L.R. (4th) 568 (C.A. C.-B.).

³¹ *Ibid.*, à la p. 573.

³² (1821), 37 E.R. 779 (Ch.); voir également *Bell et al. v. Smith et al.*, [1968] R.C.S. 664; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353 (le juge Wilson).

³³ *Ibid.*, à la p. 780.

³⁴ *Descôteaux*, précité, note 7, aux p. 877 et 878.

³⁵ Précité, note 25, à la p. 33.

³⁶ Précité, note 5, à la p. 771.

³⁷ *Descôteaux*, précité, note 7, à la p. 880.

³⁸ Howard, Crane, Hochberg, eds., *Phipson on Evidence*, 14^e éd., (London: Sweet & Maxwell, 1990), à la p. 508.

³⁹ (1852), 68 E.R. 735.

⁴⁰ *Ibid.*, à la p. 737.

⁴¹ [1900] 2 Ch. 315; voir également *Burton v. Dodd* (1890), 35 Sol. Jo. 39, décision qui envisage une protection générale, mais qui a ordonné la divulgation de certains éléments contenus dans le mémoire de frais.

⁴² *Ibid.*, à la p. 325.

⁴³ R. Manes et M. Silver, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (Markham, Ont.: Butterworths, 1993), à la p. 173, où les auteurs disent:

[TRADUCTION] ... les inscriptions dans les livres et registres de l'avocat consistant en numéros de dossier, comptes, chèques et ainsi de suite ne bénéficient pas non plus de la protection parce qu'ils se rapportent également aux actes.

⁴⁴ S.C. 1970-71-72, ch. 63 (maintenant L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 232(1)).

⁴⁵ [1995] 2 C.T.C. 347 (C.S. C.-B.).

⁴⁶ *Ibid.*, à la p. 349.

⁴⁷ (1984), 42 C.P.C. 61 (H.C. Ont.).

⁴⁸ *Ibid.*, à la p. 64.

⁴⁹ [1985] 1 CTC 302 (C.S. Ont.).

⁵⁰ *Ibid.*, à la p. 305.

⁵¹ (1996), 143 D.L.R. (4th) 134 (C.S. C.-B.).

⁵² *Ibid.*, à la p. 138.

⁵³ *Ibid.*, à la p. 139 (citations omises).

⁵⁴ (1981), 128 D.L.R. (3d) 279 (C.F. 1^{re} inst.).

⁵⁵ (1983), 41 O.R. (2d) 328 (C. div.).

⁵⁶ *Ibid.*, à la p. 337.

⁵⁷ (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 217 (C.S. 1^{re} inst.).

⁵⁸ *Descôteaux*, *supra*, note 7, at p. 893.

⁵⁹ See Hazard, *supra*, note 15, at p. 1091.

⁶⁰ This is in conflict with the approach taken by Stirling J. in *Ainsworth v. Wilding*, *supra*.

⁶¹ [1989] 1 F.C. 163 (T.D.).

⁶² *Ibid.*, at p. 172.

⁶³ (1984), 59 B.C.L.R. 137 (S.C.), at p. 143.

⁶⁴ See generally Michael H. Morris, "Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate" (1998), 11 *C.J.A.L.P.* 155.

⁵⁸ *Descôteaux*, précité, note 7, à la p. 893.

⁵⁹ Voir Hazard, précité, note 15, à la p. 1091.

⁶⁰ Cela entre en conflit avec la démarche adoptée par le juge Stirling dans l'arrêt *Ainsworth v. Wilding*, précité.

⁶¹ [1989] 1 C.F. 163 (1^{re} inst.).

⁶² *Ibid.*, à la p. 172.

⁶³ (1984), 59 B.C.L.R. 137 (C.S.), à la p. 143.

⁶⁴ Voir de façon générale Michael H. Morris, «Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate» (1998), 11 *C.J.A.L.P.* 155.

A-658-97

A-658-97

**The Honourable Mr. Justice W. D. Parker,
Commissioner and The Attorney General of
Canada** (*Appellants*)

**Le juge W. D. Parker, commissaire et le procureur
général du Canada** (*appelants*)

v.

c.

Sinclair Stevens (*Respondent*)

Sinclair Stevens (*intimé*)

*INDEXED AS: STEVENS v. CANADA (COMMISSIONER,
COMMISSION OF INQUIRY) (C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: STEVENS c. CANADA (COMMISSAIRE, COMMISS-
SION D'ENQUÊTE) (C.A.)*

Court of Appeal, Stone, Linden and Robertson J.J.A.
—Toronto, April 21 and 22; Ottawa, June 5, 1998.

Cour d'appel, juges Stone, Linden et Robertson,
J.C.A.—Toronto, 21 et 22 avril; Ottawa, 5 juin 1998.

*Practice — Parties — Joinder — Commissioner of
Commission of inquiry not necessary party to action
challenging Commission's Report — Respondent seeking
setting aside of Report and its removal into Court; no
remedy sought against Commissioner personally — Fact
evidence of Commissioner may be needed at trial not
sufficient reason for requiring him to remain as party
defendant — Possibility, under Federal Court RR. 238, 233
(concerning non-parties), of obtaining Commissioner's
evidence, production of relevant documents in his possession
even if not party.*

*Pratique — Parties — Jonction — Le commissaire de la
Commission d'enquête n'est pas une partie nécessaire à
l'action contestant le rapport de la Commission — L'intimé
sollicite l'annulation du rapport et son évocation à la Cour;
aucun recours n'est sollicité contre le commissaire person-
nellement — La possibilité que le témoignage du commis-
saire soit nécessaire au procès n'est pas une raison suffi-
sante pour exiger qu'il demeure partie défenderesse — Il est
possible, en vertu des Règles 238 et 233 de la Cour fédérale
(quant à une personne qui n'est pas une partie), d'obtenir
le témoignage du commissaire, la production des documents
pertinents en sa possession même s'il n'est pas partie à
l'action.*

*Inquiries — Practice — Commission of Inquiry into
Conflict of Interest Allegations concerning Hon. Sinclair
Stevens — Commissioner not necessary party to action
challenging Commission's Report — Respondent seeking
setting aside of Report and its removal into Court; no
remedy sought against Commissioner personally — Inquiry
ended long ago — Fact evidence of Commissioner may be
needed at trial not sufficient reason for requiring him to
remain as party defendant — Possibility, under Federal
Court Rules, of obtaining Commissioner's evidence, produc-
tion of relevant documents in his possession even if not
party.*

*Enquêtes — Pratique — Commission d'enquête sur des
allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable
Sinclair Stevens — Le commissaire n'est pas une partie
nécessaire à l'action contestant le rapport de la Commission
— L'intimé sollicite l'annulation du rapport et son évocation
à la Cour; aucun recours n'est sollicité contre le commis-
saire personnellement — L'enquête a pris fin il y a long-
temps — La possibilité que le témoignage du commissaire
soit nécessaire au procès n'est pas une raison suffisante
pour exiger qu'il demeure partie défenderesse — Il est
possible, en vertu des Règles de la Cour fédérale, d'obtenir
le témoignage du commissaire, la production des documents
pertinents en sa possession même s'il n'est pas partie à
l'action.*

In the context of an action attacking the Report of the Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens, presided over by Commissioner Parker, the appellant Attorney General of Canada presented a motion to strike the Commissioner as a party defendant pursuant to Rule 1716(2) of the former *Federal Court Rules* on the ground that he was not a necessary party to the action. The respondent alleges, *inter alia*, that there has been a breach of the principles of natural justice as a result of Commission counsel's participation in the preparation of the Commis-

Dans le cadre d'une action contestant le rapport de la Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens, présidé par le commissaire Parker, l'appelant Procureur général du Canada a présenté une requête visant à mettre le commissaire hors de cause dans l'action en vertu de la Règle 1716(2) des anciennes *Règles de la Cour fédérale* au motif qu'il n'était pas une partie nécessaire à l'action. L'intimé allègue, notamment, qu'il y a eu violation des principes de justice naturelle à cause de la participation des conseillers juridiques de la Commission à la rédaction

sioner's report and influencing the determination by the Commissioner of certain fundamental issues, including the definition of conflict of interest. There had been an understanding that Commission counsel, who had taken an adversarial role in the proceedings, would not be participating in the drafting or preparation of the report. The Motions Judge, having determined that the appellant, Parker, had not ceased to be a necessary and proper party and that he should not be removed from the action, dismissed the application. The issue was whether the Commissioner was a necessary party defendant to respondent's action challenging the Commission's Report.

Held, the appeal should be allowed.

The decision under appeal was clearly one of discretion and, accordingly, it could not be disturbed unless the Court was persuaded that the Motions Judge had erred in principle.

At the time the action was commenced, the declaratory relief that was sought was available only in an action. Since then, that relief became available only on an application for judicial review. But in this case, whether or not the Commissioner was to be regarded as "unnecessarily" made a party defendant must be determined in the context of the litigation that was commenced and was proceeding as an action. It was therefore not appropriate to examine this question as if the proceeding before the Court were an application for judicial review.

The respondent relied upon two recent decisions as supporting his argument that the Commissioner conducting a public inquiry can properly be named as a party in judicial review proceedings. The propriety of joining the Commissioner was not, however, at issue in either of those cases and in both the inquiry was still in progress. The public inquiry at issue herein ended long ago. The only reason which makes it necessary to make a person a party to an action is so that he should be bound by the result, and the question to be settled therefore must be a question in the action which cannot be effectually and completely settled unless he is a party. In this case, the respondent did not seek any relief in the action against the Commissioner personally. Rather, the principal remedies which he sought were the setting aside of the Report and its removal into the Court. Such relief can just as well be obtained from the Attorney General alone. The Commissioner may be a "necessary witness", but that does not mean that he is a necessary party. It is a well-accepted principle that a person ought not to be made a party to an action solely for the purpose of discovery. He was therefore unnecessarily joined as a party.

It may well be that the evidence of the appellant Parker will be needed at trial, but that, by itself, was not a suffi-

du rapport du commissaire et de l'influence qu'ils ont exercé sur la décision du commissaire sur certaines questions fondamentales, dont la définition de la notion de conflit d'intérêts. Il avait été entendu que les conseillers juridiques de la Commission, qui avaient adopté une attitude très antagoniste au cours des travaux de la Commission, ne participeraient pas à la rédaction ni à la préparation du rapport. La juge des requêtes, ayant conclu que l'appellant Parker n'avait pas cessé d'être une partie nécessaire et compétente et qu'en conséquence il ne devrait pas être mis hors de cause, a rejeté la requête. La question était de savoir si le commissaire était une partie défenderesse nécessaire à l'action de l'intimé contestant le rapport de la Commission.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

La décision dont appel relevant manifestement du pouvoir discrétionnaire, elle ne devrait être infirmée que si la Cour est persuadée que la juge des requêtes a commis une erreur de principe.

Au moment de l'introduction de l'action, le recours déclaratoire qui était sollicité ne pouvait être obtenu que dans le cadre d'une action. Depuis, ce recours ne peut être obtenu que dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. Or, en l'espèce, la question de savoir si le commissaire devait ou non être considéré avoir été constitué partie «sans nécessité» doit être décidée dans le contexte du litige qui avait été introduit et qui se poursuivait comme action. Il n'était donc pas indiqué d'examiner la question comme si l'instance dont la Cour était saisie était une demande de contrôle judiciaire.

L'intimé a invoqué deux décisions récentes pour étayer sa prétention que le commissaire chargé d'une enquête publique peut correctement être désigné comme partie dans une procédure de contrôle judiciaire. L'opportunité de constituer le commissaire partie n'était toutefois pas litigieuse dans ces deux affaires et, de plus, dans celles-ci, l'enquête était toujours en cours. L'enquête publique litigieuse en l'espèce a pris fin il y a longtemps. La seule raison qui puisse rendre nécessaire la constitution d'une personne comme partie à une action est la volonté que cette personne soit liée par l'issue; la question à trancher doit donc être une question en litige qui ne peut être tranchée adéquatement et complètement sans que cette personne ne soit une partie. En l'espèce, l'intimé n'avait sollicité aucun recours contre le commissaire personnellement. Les recours principaux qu'il a sollicités étaient plutôt l'annulation du rapport et son évocation à la Cour. Un tel recours peut tout aussi bien être obtenu auprès du Procureur général seul. Le commissaire peut être «un témoin nécessaire», mais cela ne fait pas de lui une partie nécessaire. Le principe selon lequel une personne ne devrait pas être constituée partie à une action uniquement aux fins d'être interrogée au préalable est bien établi. Le commissaire a donc été constitué à tort partie à l'action.

Il se peut fort bien que le témoignage de l'appellant Parker soit nécessaire au procès, mais, en soi, ce n'est pas une

cient reason for requiring him to remain as a party defendant. The *Federal Court Rules, 1998* themselves (Rules 238, 233) provide for the examination for discovery of, and the production of documents by, a non-party. The potential is thus available under these Rules for the respondent to secure a measure of discovery of the Commissioner even though he may not be a party to the action.

Moreover, the respondent would be entitled to subpoena Parker to testify at trial and, for the same purpose, to subpoena other persons who were present at the meeting referred to in the respondent's affidavit.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.4 (as enacted *idem*).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1716(2).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, RR. 233, 238.
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, Part IV (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 8, s. 16).
Rules of the Supreme Court, 1883 (The) (U.K.), St. R. & O. 1903, Ord. XVI, R. 11.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass, [1997] 3 S.C.R. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209 N.R. 342 (F.C.A.); *Nabisco Brands Ltd.-Nabisco Brands Ltée v. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417; 62 N.R. 364 (F.C.A.); *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357; *Wilson v. Church* (1878), 9 Ch. D. 552.

DISTINGUISHED:

Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia), [1997] 2 F.C. 527; (1997), 146 D.L.R. (4th) 708 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440; (1997), 151 D.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (2d) 1; 216 N.R. 321; *Diotte v. Canada*, [1991] 1 F.C. 731; (1990), 134 N.R. 71 (C.A.); *Adams v. Royal Canadian Mounted Police (Commissioner) et*

raison suffisante pour exiger qu'il demeure partie défenderesse. Les *Règles de la Cour fédérale (1998)* elles-mêmes (Règles 238, 233) prévoient l'interrogatoire au préalable d'une personne qui n'est pas partie à une action ainsi que la production de documents par cette personne. Il est donc possible, sous le régime de ces deux règles, que l'intimé puisse dans une certaine mesure interroger au préalable le commissaire, même s'il n'est pas partie à l'action.

Au surplus, l'intimé aurait le droit d'assigner l'appelant Parker à témoigner à l'instruction, et, pour les mêmes fins, d'assigner d'autres personnes qui étaient présentes à la réunion mentionnée à son affidavit.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 18.4 (édicte, *idem*).
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, partie IV (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1716(2).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, Règles 233, 238.
Rules of the Supreme Court, 1883 (The) (U.K.), St. R. & O. 1903, Ord. XVI, Rule 11.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass, [1997] 3 R.C.S. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *Visx Inc. c. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209 N.R. 342 (C.A.F.); *Nabisco Brands Ltd.-Nabisco Brands Ltée c. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417; 62 N.R. 364 (C.A.F.); *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357; *Wilson v. Church* (1878), 9 Ch. D. 552.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie), [1997] 2 C.F. 527; (1997), 146 D.L.R. (4th) 708 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440; (1997), 151 D.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (2d) 1; 216 N.R. 321; *Diotte c. Canada*, [1991] 1 C.F. 731; (1990), 134 N.R. 71 (C.A.); *Adams*

al. (1995), 182 N.R. 354 (F.C.A.); *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565; *Canada Labour Relations Board v. Transair Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 722; (1976), 67 D.L.R. (3d) 421; 76 CLLC 14.024; 9 N.R. 181.

REFERRED TO:

Ermineskin Indian Band No. 942 et al. v. Hodgson et al., A-635-97, Stone J.A., judgment dated 16/4/98, F.C.A., not yet reported; *Mercier v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 3 F.C. 3; (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 161; 167 N.R. 241 (C.A.); *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 2; 164 N.R. 361 (C.A.); *Vandervell Trustees Ltd. v. White*, [1971] A.C. 912 (H.L.); *MacRae v. Lecompte; The Queen in right of Ontario, Third Party* (1983), 143 D.L.R. (3d) 219 (Ont. H.C.).

AUTHORS CITED

Anthony, R. J. and A. R. Lucas. *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*. Toronto: Butterworths, 1985.

Canada. Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens. *Report*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1987 (Commissioner: William D. Parker).

APPEAL from a Trial Division decision (*Stevens v. Parker, J., et al.* (1997), 128 F.T.R. 194 (F.C.T.D.)) dismissing a motion to strike the appellant Parker as a party defendant to the respondent's action. Appeal allowed.

COUNSEL:

E. A. Cronk and *T. Wynne* for appellant.
Peter R. Jervis and *Elizabeth Grace* for respondent.
Richard Kramer for Attorney General of Canada.

SOLICITORS:

Lax O'Sullivan Cronk, Toronto, for appellant.
Lerner & Associates, Toronto, for respondent.
Deputy Attorney General of Canada for Attorney General of Canada.

c. Gendarmerie royale du Canada (Commissaire) et al. (1995), 182 N.R. 354 (C.A.F.); *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565; *Conseil canadien des relations du travail c. Transair Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 722; (1976), 67 D.L.R. (3d) 421; 76 CLLC 14.024; 9 N.R. 181.

DÉCISIONS CITÉES:

Bande indienne d'Ermineskin n° 942 et al. c. Hodgson et al., A-635-97, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 16-4-98, C.A.F., encore inédit; *Mercier c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 3 C.F. 3; (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 161; 167 N.R. 241 (C.A.); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 2; 164 N.R. 361 (C.A.); *Vandervell Trustees Ltd. v. White*, [1971] A.C. 912 (H.L.); *MacRae v. Lecompte; The Queen in right of Ontario, Third Party* (1983), 143 D.L.R. (3d) 219 (H.C. Ont.).

DOCTRINE

Anthony, R. J. et A. R. Lucas. *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*. Toronto: Butterworths, 1985.

Canada. Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens. *Rapport*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1987 (Commissaire: William D. Parker).

APPEL d'une décision de la Section de première instance (*Stevens c. Parker, J., et al.* (1997), 128 F.T.R. 194 (C.F. 1^{re} inst.)) rejetant une requête visant à mettre l'appelant Parker hors de cause dans l'action intentée par l'intimé. Appel accueilli.

AVOCATS:

E. A. Cronk et *T. Wynne* pour l'appellant.
Peter R. Jervis et *Elizabeth Grace* pour l'intimé.
Richard Kramer pour le procureur général du Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Lax O'Sullivan Cronk, Toronto, pour l'appellant.
Lerner & Associates, Toronto, pour l'intimé.
Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STONE J.A.: This is an appeal from an order of the Trial Division [*Stevens v. Parker, J., et al.* (1997), 128 F.T.R. 194] which rejected the appellant's motion to strike the appellant Parker as a party defendant to the respondent's action and for other relief pursuant to subsection 1716(2) of the former Rules of the Court [*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663*].

[2] The respondent's action was commenced on December 18, 1987. Paragraph 5 of the statement of claim alleges that the appellant Parker "acted outside of and in excess of his jurisdiction and failed to act in accordance to the principles of natural justice" in conducting an inquiry into matters concerning the appellant that are referred to in Order in Council P.C. 1986-1139 of May 15, 1986. By that instrument, the appellant Parker (then Chief Justice of the Supreme Court of Ontario), was directed to inquire into and report to the Governor in Council regarding allegations of conflict of interest in relation to the respondent's conduct, dealings and actions.

[3] The respondent further alleges that the report which emanated from the inquiry and which was submitted to the Governor in Council in December 1987, has caused injury to him and has damaged his reputation in the community [Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens. *Report.*]

[4] Paragraph 7 of the statement of claim sets forth the prayer for relief. It reads:

7. The Plaintiff claims as follows:

- (A) a declaration that the Report be set aside and declared to be of no force and effect by reason of the matters set out in paragraph 5 of the Declaration;
- (B) an order removing to this Court the said Report and all records, proceedings, papers and transcript of evidence relating to the Inquiry;
- (C) his costs of this proceeding; and

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

[1] LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance [*Stevens c. Le juge Parker et al.* (1997), 128 F.T.R. 194] a rejeté la requête présentée par l'appelant visant à mettre l'appelant Parker hors de cause dans l'action intentée par l'intimé et à obtenir d'autres recours en vertu du paragraphe 1716(2) des anciennes Règles de la Cour [*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663*].

[2] L'action de l'intimé a été introduite le 18 décembre 1987. Le paragraphe 5 de la déclaration affirme que l'appelant Parker [TRADUCTION] «a outrepassé sa compétence et n'a pas agi conformément aux principes de justice naturelle» en menant une enquête sur des questions concernant l'appelant qui sont mentionnées dans le décret C.P. 1986-1139 du 15 mai 1986. Par ce décret, il a été ordonné à l'appelant Parker (alors juge en chef de la Cour suprême de l'Ontario) de faire enquête et de présenter un rapport au gouverneur en conseil sur des allégations de conflit d'intérêts ayant trait à la conduite, aux transactions et aux agissements de l'intimé.

[3] L'intimé prétend ensuite que le rapport émanant de la commission d'enquête et soumis au gouverneur en conseil en décembre 1987 lui a causé préjudice et fait tort à sa réputation dans la collectivité [Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens. *Rapport.*].

[4] Le paragraphe 7 de la déclaration énonce le recours sollicité. Le voici:

[TRADUCTION] 7. Le demandeur sollicite ce qui suit:

- (A) une ordonnance déclaratoire portant que le Rapport soit annulé et déclaré nul et non avenu en raison des questions énoncées au paragraphe 5 de la déclaration;
- (B) une ordonnance saisissant la présente Cour du Rapport et de tous les dossiers, actes de procédure, pièces et transcription de la preuve se rapportant à l'enquête;
- (C) ses dépens afférents à la présente instance; et

(D) such further and other relief as the Plaintiff may be entitled to and as to this Court may seem just.

[5] In his response to the appellants' demand, the respondent supplied particulars regarding the allegations made in paragraph 5 of the statement of claim, including the following:

Receiving and acting on submissions made by Commission counsel after the close of the public hearings and without affording Mr. Stevens' counsel an opportunity to reply.¹

The response also contains the following particulars of the role which Commission counsel allegedly played and which the respondent contends was in breach of the principles of natural justice:

Commission counsel either created a perception of bias or evidenced actual bias when, after the close of the public hearings and without giving Mr. Stevens an opportunity to reply, they acted in a decision-making role by participating in the preparation of the Commissioner's Report and influencing the determination by the Commissioner of certain fundamental issues, including the definition of conflict of interest.²

[6] In paragraph 12 of his affidavit filed in opposition to the motion to strike, the respondent states:

At the close of the public hearings of the Parker Commission in February 1987, my counsel and other counsel raised a serious concern before Commissioner Parker that it would be unfair and inappropriate for Commission counsel, who had taken a very adversarial role in the Commission proceedings, to have the opportunity of making adversarial closing submissions which were perceived to be quite one-sided and to also play a role in the preparation and drafting of the Commissioner's report. Commissioner Parker acknowledged this concern and agreed that he would write the report and that commission counsel would not be involved in the writing of the report. He did indicate that he might turn to them for assistance such as "looking up points of evidence" or matters of that nature. However, it was clearly understood that Commission counsel would not be participating in the drafting or preparation of the report. Commission counsel had already submitted over 700 pages of written submissions which were adversarial in nature and which urged the Commissioner to adopt an extremely broad and unprecedented definition of conflict of interest.³

(D) toute autre réparation à laquelle il pourrait avoir droit et que la Cour peut juger juste.

[5] Dans sa réponse à la demande des appelants, l'intimé a fourni des précisions relatives aux allégations formulées au paragraphe 5 de la déclaration, y compris ce qui suit:

[TRADUCTION] Le commissaire a reçu après la clôture des audiences publiques des observations des conseillers juridiques de la Commission dont il a tenu compte sans donner au conseiller juridique de M. Stevens l'occasion de répondre¹.

La réponse contient également les précisions suivantes concernant le rôle que les conseillers juridiques de la Commission auraient joué et qui, selon l'intimé, violait les principes de justice naturelle:

[TRADUCTION] Les conseillers juridiques de la Commission ont soit créé une perception de partialité ou ont effectivement fait preuve de partialité lorsque, après la clôture des audiences publiques et sans accorder à M. Stevens l'occasion de répondre, ils ont agi comme décideurs en participant à la rédaction du Rapport de la Commission et en influençant la décision du commissaire sur certaines questions fondamentales, dont la définition de la notion de conflit d'intérêts².

[6] Au paragraphe 12 de son affidavit déposé en opposition à la requête en mise hors de cause, l'intimé déclare:

[TRADUCTION] À la clôture des audiences publiques de la Commission Parker en février 1987, mon conseiller juridique et d'autres conseillers juridiques ont soulevé une préoccupation grave devant le commissaire Parker selon laquelle il serait injuste et mal venu pour les conseillers juridiques de la Commission, qui avaient adopté une attitude très antagoniste au cours des travaux de la Commission, d'avoir l'occasion de présenter des conclusions finales antagonistes qui étaient perçues comme très partiales et de participer à la préparation et à la rédaction du rapport du commissaire. Le commissaire Parker, reconnaissant le bien-fondé de cette préoccupation, a accepté de rédiger le rapport et que les conseillers juridiques de la Commission seraient étrangers à sa rédaction. Il a ajouté qu'il pourrait faire appel à eux pour obtenir leur aide sur des questions telle «la recherche portant sur les points de preuve» ou sur des questions de cette nature. Cependant, il était clairement entendu que les conseillers juridiques de la Commission ne participeraient pas à la rédaction ou à la préparation du rapport. Les conseillers juridiques de la Commission avaient déjà présenté plus de 700 pages d'observations écrites qui étaient de nature antagoniste et qui exhortaient le commis-

The parties are in agreement that this “understanding” was allegedly arrived at during a meeting between the appellant Parker and some of the counsel present at the inquiry including lead counsel for the Commission, counsel for the respondent, his wife’s counsel and counsel for the Government of Canada.

[7] It is now clear that the findings of a commission of inquiry such as this “are simply findings of fact and statements of opinion” of the commissioner, that there are “no legal consequences attached” to his or her determinations, and that they are “not enforceable and do not bind courts considering the same subject matter”: *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440, *per* Cory J., at page 460. At the same time the courts have exercised supervisory powers so as to ensure that procedural safeguards are adhered to, and have granted the equitable remedies of declaration and injunction. See R. J. Anthony and A. R. Lucas, *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada* (Toronto: Butterworths, 1985), at pages 153-154.

[8] The issue presently before the Court is whether the appellant Parker is a necessary party defendant to the respondent’s action challenging the Commission’s Report. Subsection 1716(2) of the Rules reads as follows:

Rule 1716 . . .

(2) At any stage of an action the Court may, on such terms as it thinks just and either of its own motion or on application,

(a) order any person who has been improperly or unnecessarily made a party or who has for any reason ceased to be a proper or necessary party, to cease to be a party, or

(b) order any person who ought to have been joined as a party or whose presence before the Court is necessary to ensure that all matters in dispute in the action may be

saire à adopter une définition extrêmement large et sans précédent de la notion de conflit d’intérêts³.

Les parties conviennent que cette «entente» aurait été conclue lors d’une réunion entre l’appelant Parker et certains des conseillers juridiques présents à l’enquête, dont le conseiller juridique principal de la Commission, le conseiller juridique de l’intimé, le conseiller juridique de sa conjointe et celui du gouvernement du Canada.

[7] Il est maintenant clair que les conclusions d’une commission d’enquête comme la Commission Parker en l’espèce «sont tout simplement des conclusions de fait et des opinions» du commissaire et que ses conclusions «n’entraînent aucune conséquence légale» et qu’elles «ne sont pas exécutoires et elles ne lient pas les tribunaux appelés à examiner le même objet»: *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d’enquête sur le système d’approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440, motifs du juge Cory, à la page 460. Par la même occasion, les tribunaux ont exercé des pouvoirs de surveillance de manière à assurer que les garanties procédurales soient maintenues et ont accordé les recours en *equity* sous forme de jugement déclaratoire et d’injonction. Voir R. J. Anthony et A. R. Lucas, *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada* (Toronto: Butterworths, 1985), aux pages 153 à 154.

[8] La question dont la Cour est actuellement saisie est celle-ci: l’appelant Parker est-il partie défenderesse nécessaire à l’action de l’intimé contestant le Rapport de la Commission? Le paragraphe 1716(2) des Règles prévoit:

Règles 1716 . . .

(2) La Cour peut, à tout stade d’une action, aux conditions qu’elle estime justes, et soit de sa propre initiative, soit sur demande,

a) ordonner qu’une personne constituée partie à tort ou sans nécessité ou qui, pour quelque raison, a cessé d’être une partie compétente ou nécessaire, soit mise hors de cause, ou

b) ordonner que soit constituée partie une personne qui aurait dû être constituée partie ou dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer qu’on pourra valable-

effectually and completely determined and adjudicated upon, to be added as a party,

but no person shall be added as a plaintiff without his consent signified in writing or in such other manner as the Court may find to be adequate in the circumstances.

[9] The Motions Judge determined that the appellant Parker had not ceased to be a necessary and proper party and, accordingly, that he should not be removed from the action. She found support for that view in *Diotte v. Canada*, [1991] 1 F.C. 731 (C.A.) and *Adams v. Royal Canadian Mounted Police (Commissioner) et al.* (1995), 182 N.R. 354 (F.C.A.). She went on to reject a request for alternative relief which, if allowed, would have limited the appellant Parker's involvement in the action to that of a board or tribunal named as a party respondent, or added as an intervenor, in an application for judicial review.

[10] The decision under appeal was clearly one of discretion and, accordingly, it should not be disturbed unless this Court is persuaded that the Motions Judge erred in principle. See for example *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at pages 426-427; *Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19 (F.C.A.); and *Nabisco Brands Ltd.-Nabisco Brands Ltée v. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.).

[11] Paragraph 1716(2)(a) of the Rules confers jurisdiction on the Court at any stage of an action and on such terms as it thinks just to order any person "who has been improperly or unnecessarily" joined to cease to be a party. The appellants do not contend that the appellant Parker was improperly joined at the time the action was commenced, but only that he was "unnecessarily made a party" because his presence in the action is not necessary for the respondent to obtain the relief he seeks in paragraph 7 of the statement of claim. They maintain that no claim is made against the appellant personally or in his former capacity as Commissioner. Rather, the relief claimed by the respondent is restricted to having the *Report* set aside and declared of no force and effect for the reasons pleaded in paragraph 5 of the statement of claim.

ment et complètement juger toutes les questions en litige dans l'action et statuer sur elles,

toutefois, nul ne doit être constitué codemandeur sans son consentement notifié par écrit ou de telle autre manière que la Cour peut juger adéquate dans les circonstances.

[9] La juge des requêtes a conclu que l'appellant Parker n'avait pas cessé d'être une partie nécessaire et compétente et, qu'en conséquence il ne devrait pas être mis hors de cause. Elle a trouvé appui en cela dans l'arrêt *Diotte c. Canada*, [1991] 1 C.F. 731 (C.A.) et dans l'arrêt *Adams c. Gendarmerie royale du Canada (Commissaire) et al.* (1995), 182 N.R. 354 (C.A.F.). Elle a ensuite rejeté une demande de recours subsidiaire qui, si elle avait été accueillie, aurait limité la participation de l'appellant Parker à l'action à celle d'un office ou d'un tribunal administratif désigné comme intimé ou constitué intervenant dans une demande de contrôle judiciaire.

[10] La décision dont appel relevant manifestement du pouvoir discrétionnaire, elle ne devrait être infirmée que si la Cour est persuadée que la juge des requêtes a commis une erreur de principe. Voir par exemple *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, aux pages 426 et 427; *Visx Inc. c. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19 (C.A.F.); et *Nabisco Brands Ltd.-Nabisco Brands Ltée c. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 (C.A.F.).

[11] L'alinéa 1716(2)a) des Règles confère à la Cour la compétence à tout stade d'une action et aux conditions qu'elle estime justes d'ordonner qu'une personne «constituée partie à tort ou sans nécessité» soit mise hors de cause. Les appelants ne prétendent pas que l'appellant Parker a été constitué partie à tort lorsque l'action a été introduite, mais uniquement qu'il a été «constitué partie sans nécessité» parce que sa présence dans l'action n'est pas nécessaire pour que l'intimé obtienne le recours qu'il sollicite au paragraphe 7 de la déclaration. Ils soutiennent qu'aucune demande n'est faite contre l'appellant personnellement ou en son ancienne qualité de commissaire. Le recours sollicité par l'intimé se limite plutôt à faire annuler le *Rapport* et à déclarer qu'il est nul et non avvenu pour les moyens plaidés au paragraphe 5 de la déclaration.

[12] The respondent, for his part, contends that the presence of the appellant Parker as a defendant is necessary in order that he will have full and complete discovery of him. This contention is more fully fleshed out at paragraph 38 of the respondent's written argument:

The allegations of substantive and procedural unfairness made in the Statement of Claim and Response to Demand for Particulars herein, which for the purpose of the motion under appeal are assumed to be true, directly challenge Commissioner Parker's conduct of the inquiry, including the manner in which he prepared his report and the conduct of his Commission counsel. Thus, *for the trial judge* to be able to effectively and fully determine all the matters in issue in this action, including the extent of Commissioner Parker's undertaking not to involve Commission counsel in the preparation of his report, and to be in position ultimately to grant the relief claimed by Mr. Stevens, it is necessary that Commissioner Parker remain a party to the action and be subject to the usual discovery obligations of a party to an action. Since the Court requires his *complete* evidence, Commissioner Parker's apparent unwillingness to take advantage of the opportunity made available to him to defend the propriety of his report is not relevant.

[13] At the time the action was commenced, the declaratory relief that is sought was available only in an action. Since February 1, 1992, when amendments to section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and the new section 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] came into force, such relief is available only on an application for judicial review. See for example *Ermineskin Indian Band No. 942 et al. v. Hodgson et al.* (Court file No. A-635-97, April 16, 1998), at paragraph 16. Because an action had to be brought for the declaratory relief which the respondent seeks, whether or not the appellant Parker is to be regarded as "unnecessarily" made a party defendant must be determined in the context of the litigation that was commenced and is proceeding as an action. It is therefore not appropriate to examine this question as if the proceeding before the Court were an application for judicial review.

[12] De son côté, l'intimé prétend que la présence de l'appellant Parker en qualité de partie défenderesse est nécessaire afin qu'il puisse l'interroger au préalable de façon pleine et entière. Cette prétention est plus amplement énoncée au paragraphe 38 de son mémoire écrit:

[TRADUCTION] Les allégations d'iniquité, tant sur le plan du fond que de la procédure, formulées dans la déclaration et dans la réponse à la demande de précisions en l'espèce, qui, pour les fins de la requête dont appel sont présumées être vraies, contestent directement la façon dont le commissaire Parker a mené l'enquête, y compris la façon dont il a préparé son rapport et le comportement de ses conseillers juridiques. Ainsi, pour que le juge du procès soit capable de trancher effectivement et complètement toutes les questions en litige dans la présente action, y compris la portée de l'engagement du commissaire Parker de ne pas faire participer les conseillers juridiques de la Commission à la préparation de son rapport, et d'être en mesure en fin de compte d'accorder le recours sollicité par M. Stevens, il est nécessaire que le commissaire Parker demeure partie à l'action afin d'être assujéti aux obligations habituelles d'une partie à une action en matière d'interrogatoire préalable. Puisque la Cour a besoin de *toute* la preuve qu'il possède, le manque d'empressement du commissaire Parker à profiter de l'occasion qui lui est offerte de défendre le bien-fondé de son rapport n'est pas pertinent.

[13] Au moment de l'introduction de l'action, le recours déclaratoire qui est sollicité ne pouvait être obtenu que dans le cadre d'une action. Depuis le 1^{er} février 1992, à l'entrée en vigueur des modifications apportées à l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et du nouvel article 18.1 [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], un tel recours ne peut être obtenu que dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. Voir, par exemple, *Bande indienne d'Ermineskin n° 942 et al. c. Hodgson et al.* (Dossier n° A-635-97, le 16 avril 1998), au paragraphe 16. Étant donné qu'il fallait tenter une action pour obtenir le recours déclaratoire que sollicite l'intimé, la question de savoir si l'appellant Parker doit ou non être considéré avoir été constitué partie «sans nécessité» doit être décidée dans le contexte du litige qui a été introduit et qui se poursuit comme action. Il n'est donc pas indiqué d'examiner la question comme si l'instance dont la Cour est saisie était une demande de contrôle judiciaire.

[14] The respondent relies on this Court's decision in *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, [1997] 2 F.C. 527 (C.A.) and *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System, supra)*, as indicating that a commissioner conducting a public inquiry is properly named as a party respondent in judicial review proceedings. It is apparent, however, that the propriety of joining the commissioner was not in issue in either of those cases. Moreover, in both cases the inquiry was still under way, and the issue under scrutiny was whether a commissioner ought not to participate in making a finding of misconduct against a party under investigation. By contrast, the public inquiry in the case at bar ended long ago.

[15] In *Diotte, supra*, relief in the nature of *certiorari* was sought by way of judicial review to quash a decision dismissing the applicant from the Canadian Armed Forces. The Court concluded at page 735 it would be appropriate to add the decision maker as a party respondent on the ground that he was "entitled . . . to defend the propriety of his decision and his authority to make that decision in the manner it was made". The Court found that as a high-ranking career officer in the Forces, the decision maker had a personal interest in defending his decision and the suitability of the procedures which he adopted in rendering it.

[16] The decision in *Diotte* played some part in this Court's decision in *Adams, supra*. The claim in *Adams* was initially commenced as an application for judicial review and subsequently converted into an action pursuant to subsection 18.4(2) [as enacted *idem*] of the *Federal Court Act*. The relief sought was for *certiorari* to quash the decision of certain officers of the RCMP at various stages of the disciplinary process, and for a declaration that Part IV of the *Royal Canadian Mounted Police Act* [R.S.C., 1985, c. R-10 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16)] was invalid. This Court upheld the decision of the Motions

[14] L'intimé invoque la décision que la Cour a rendue dans l'affaire *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 2 C.F. 527 (C.A.), et l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, précité, comme indiquant qu'un commissaire chargé d'une enquête publique est correctement désigné comme partie intimée dans une procédure de contrôle judiciaire. Il est clair, cependant, que l'opportunité de constituer le commissaire partie dans ces deux cas n'était pas litigieuse. De plus, dans les deux cas, l'enquête était toujours en cours et la question en litige était de savoir si un commissaire ne devrait pas participer à l'établissement d'une conclusion d'inconduite à l'endroit d'une partie visée par l'enquête. En revanche, l'enquête publique en l'espèce a pris fin il y a longtemps.

[15] Dans l'affaire *Diotte*, précitée, le recours sollicité par voie de contrôle judiciaire était de la nature d'un *certiorari* visant à annuler une décision de libérer le requérant des Forces armées canadiennes. La Cour a conclu, à la page 735, qu'il serait indiqué de constituer intimé l'auteur de la décision pour le motif qu'«il est en droit d'avoir l'occasion de défendre la légitimité de sa décision et de son pouvoir de prendre cette décision de la manière qu'elle a été prise». La Cour a également conclu qu'en tant qu'officier de carrière supérieur dans les Forces, l'auteur de la décision avait également un intérêt personnel à défendre sa décision ainsi que la légitimité de la procédure qu'il avait adoptée en la prenant.

[16] La décision rendue dans l'affaire *Diotte* a joué un certain rôle dans celle que la Cour a rendue dans l'affaire *Adams*, précitée. Dans cette affaire, l'instance avait été introduite au début comme demande de contrôle judiciaire, puis convertie par la suite en action sous le régime du paragraphe 18.4(2) [édicte, *idem*] de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le recours sollicité était un *certiorari* visant à annuler la décision de certains officiers de la GRC à diverses étapes du processus disciplinaire et à obtenir une ordonnance déclaratoire portant que la partie IV de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* [L.R.C. (1985), ch. R-10 (mod. par

Judge who allowed one of the respondents to remain as a party to the action on the ground that he might have been involved in the selection of a biased board which ultimately ordered the member to resign or be dismissed from the force.

[17] I am not persuaded that either of these decisions has direct application to the present appeal. It was clear in *Diotte, supra*, that the Crown as respondent in the proceedings sought to have the decision maker added as a co-respondent on the basis that the remedy of *certiorari* could not lie against the Crown. The Court chose to join the decision maker because he had a personal interest in the outcome of the proceeding. That, of course, was a proceeding by way of judicial review pure and simple. *Adams, supra*, as we have seen, was converted into an action for judicial review. By contrast, the present matter is an ordinary action which was commenced and is proceeding as such.

[18] In arguing that the appellant Parker was improperly joined as a party defendant, the appellants rely on the decision in *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, where the Supreme Court of Canada maintained that it is generally improper to place an administrative tribunal in the position of defending his or her own decision. Estey J. stated at page 709 that the participation of a tribunal as a party to a proceeding involving the legality of its actions “can have no other effect than to discredit the impartiality of an administrative tribunal either in the case where the matter is referred back to it, or in future proceedings involving similar interests and issues or the same parties.” In addition, he quoted with approval the following comments by Spence J. in *Canada Labour Relations Board v. Transair Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 722, at page 747:

The issue of whether or not a board has acted in accordance with the principles of natural justice is surely not a matter upon which the Board, whose exercise of its functions is under attack, should debate, in appeal, as a protagonist and that issue should be fought out before the appellate or

L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16)] était invalide. La Cour a confirmé la décision du juge des requêtes qui avait autorisé que l’un des intimés demeure partie à l’action pour le motif qu’il aurait pu participer à la sélection d’un comité partial qui a ordonné finalement que le membre démissionne ou soit renvoyé de la GRC.

[17] Je ne suis pas persuadé que l’une ou l’autre de ces décisions s’applique directement au présent appel. Il était clair dans l’affaire *Diotte*, précitée, que la Couronne, en tant qu’intimée, demandait que l’auteur de la décision soit constitué co-intimé pour le motif que le *certiorari* ne pouvait être obtenu contre la Couronne. La Cour a choisi de constituer l’auteur de la décision partie parce qu’il avait un intérêt personnel dans l’issue de l’instance. Évidemment, il s’agissait d’une instance en contrôle judiciaire pure et simple. Comme nous l’avons vu, l’affaire *Adams*, précitée, a été convertie par la suite en action en contrôle judiciaire. En revanche, la présente affaire est une action ordinaire qui a été introduite et menée comme telle.

[18] En faisant valoir que l’appellant Parker a été constitué à tort partie défenderesse, les appelants invoquent la décision rendue dans l’affaire *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d’Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, dans laquelle la Cour suprême du Canada a maintenu qu’il est généralement mal venu de mettre un tribunal administratif dans une situation où il doit défendre sa décision. À la page 709, le juge Estey a déclaré que la participation d’un tribunal en tant que partie à une procédure ayant trait à la légalité de ses actions «ne peut que jeter le discrédit sur l’impartialité d’un tribunal administratif lorsque l’affaire lui est renvoyée ou lorsqu’il est saisi d’autres procédures concernant des intérêts et des questions semblables ou impliquant les mêmes parties». En outre, il a cité, avec approbation, les propos exprimés par le juge Spence dans l’arrêt *Conseil canadien des relations du travail c. Transair Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 722, à la page 747:

Il est évident qu’il n’appartient pas au Conseil qui voit sa façon d’exercer ses fonctions contestée, de plaider en appel, à titre d’intéressé, sur la question de savoir s’il a ou non agi conformément aux principes de justice naturelle; c’est là un point dont doivent débattre en appel les parties et non le

reviewing court by the parties and not by the tribunal whose actions are under review.

See also *Mercier v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 3 F.C. 3 (C.A.) and *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447 (C.A.).

[19] I would note, however, that both of these cases from the Supreme Court concerned applications for judicial review of a decision of an administrative tribunal. I would emphasize again that the matter before us was properly commenced as such. It is to be noted as well that subsection 1716(2) of the Rules is intended to apply at “any stage of an action”. It seems to me, therefore, that the relevant common law principles that have developed regarding the joinder of parties to an action are best consulted in the particular circumstances of this case, rather than the jurisprudence respecting the joinder of a party in a proceeding for judicial review.

[20] Although the present appeal is concerned with a claimed misjoinder of party, it is instructive to have some regard to the decided cases which have dealt with joinder of a party under similar rules of practice. In *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357, the Court was asked to add a defendant to the action pursuant to Order XVI, Rule 11 of the English rules of practice [*The Rules of the Supreme Court, 1883* (U.K.), St. R. & O. 1903]. By that Rule the Court was authorized to join any person “whose presence before the court may be necessary in order to enable the Court effectually and completely to adjudicate upon and settle all questions involved in the cause or matter”. I would note that Order XVI, Rule 11 of the [former] English rules corresponds to paragraph 1716(2)(b) of the Rules of this Court. It seems to me that the meaning which the courts have given to the word “necessary” in that paragraph is of assistance in understanding the intent of the words “unnecessarily made a party” in paragraph 1716(2)(a). In concurring with his colleagues that the presence of the proposed new defendant was not “necessary”, Devlin J. (as he

tribunal dont les actions sont soumises à examen.

Voir également *Mercier c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 3 C.F. 3 (C.A.) et *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447 (C.A.).

[19] Je ferais remarquer, cependant, que ces deux arrêts de la Cour suprême du Canada avaient trait à des demandes de contrôle judiciaire d’une décision d’un tribunal administratif. Je soulignerais de nouveau que l’affaire dont nous sommes saisis a été régulièrement introduite comme telle. Il y a lieu de noter également que le paragraphe 1716(2) des Règles est conçue pour s’appliquer à «tout stade d’une action». Il me semble donc qu’il y a lieu de consulter les principes pertinents de common law qui ont été développés concernant la constitution des parties à une action dans les circonstances particulières de la présente cause, plutôt que la jurisprudence relative à la constitution d’une partie dans une instance en contrôle judiciaire.

[20] Bien que le présent appel porte sur l’allégation qu’une personne a été constituée partie à tort, il est instructif de jeter un regard sur la jurisprudence qui a traité de la constitution d’une personne comme partie sous le régime de règles de procédure semblables. Dans l’affaire *Amon c. Raphael Tuck & Sons Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 357, la Cour a été priée de constituer une personne comme partie défenderesse à une action en vertu de l’Ordonnance XVI, règle 11 des règles de pratique d’Angleterre [*The Rules of the Supreme Court, 1883* (R.-U.), St. R. & O. 1903]. Selon cette règle, la Cour était habilitée à constituer partie toute personne [TRADUCTION] «dont la présence devant la Cour peut être nécessaire pour permettre à la Cour de juger valablement et complètement toutes les questions en litige dans la cause ou dans l’affaire et statuer sur elles». Je ferais remarquer que l’Ordonnance XVI, règle 11 des [anciennes] règles anglaises, correspond à l’alinéa 1716(2)b) des règles de notre Cour. Il me semble que le sens que les tribunaux ont donné au mot «nécessaire» dans cet alinéa nous aide à comprendre l’intention des mots «constituée partie sans nécessité»

then was) stated, at page 380:

The person to be joined must be someone whose presence is necessary as a party. What makes a person a necessary party? It is not, of course, merely that he has relevant evidence to give on some of the questions involved; that would only make him a necessary witness. It is not merely that he has an interest in the correct solution of some question involved and has thought of relevant arguments to advance and is afraid that the existing parties may not advance them adequately. That would mean that on the construction of a clause in a common form contract many parties would claim to be heard, and if there were power to admit any, there is no principle of discretion by which some could be admitted and others refused. The court might often think it convenient or desirable that some of such persons should be heard so that the court could be sure that it had found the complete answer, but no one would suggest that it is *necessary* to hear them for that purpose. The only reason which makes it necessary to make a person a party to an action is so that he should be bound by the result of the action, and the question to be settled therefore must be a question in the action which cannot be effectually and completely settled unless he is a party. [Emphasis added.]

See also *Vandervell Trustees Ltd. v. White*, [1971] A.C. 912 (H.L.), at pages 930, 936 and 940.

[21] It is important to note, in my view, that the respondent does not seek any relief in the action against the appellant Parker personally. Rather, the principal remedies which he seeks are the setting aside of the *Report* and its removal into the Court. It seems to me that such relief can just as well be obtained from the Attorney General alone. To adopt the words of Devlin J. in *Amon, supra*, the appellant Parker may be a “necessary witness” but that does not mean he is a necessary party. In my view he was unnecessarily joined as a party to the action.

[22] It would appear that the respondent’s primary interest in joining the appellant Parker is to ensure his

à l’alinéa 1716(2)a). En se disant d’accord avec ses collègues pour dire que la présence de la nouvelle partie défenderesse éventuelle n’était pas «nécessaire», le juge Devlin (tel était alors son titre) a déclaré, à la page 380:

[TRADUCTION] La personne qu’il faut constituer partie doit être une personne dont la présence est nécessaire en tant que partie. Qu’est-ce qui fait qu’une personne est une partie nécessaire? Ce n’est pas, bien sûr, uniquement le fait qu’elle a des éléments de preuve pertinents à apporter à l’égard de certaines des questions en litige; elle ne serait alors qu’un témoin nécessaire. Ce n’est pas uniquement le fait qu’elle a un intérêt à ce que soit trouvée une solution adéquate à quelque question en litige, qu’elle a préparé des arguments pertinents et qu’elle craint que les parties actuelles ne les présentent pas adéquatement. Autrement, dans des affaires d’interprétation d’une clause contractuelle courante, de nombreuses parties pourraient exiger d’être entendues, et si la Cour avait le pouvoir d’admettre certaines personnes, il n’existe aucun principe discrétionnaire en vertu duquel certaines personnes pourraient être admissibles et d’autres non. La Cour pourrait souvent conclure qu’il serait utile ou souhaitable d’entendre certaines de ces personnes pour s’assurer de trouver la réponse adéquate, mais personne ne semble suggérer qu’il soit *nécessaire* de les entendre à cette fin. La seule raison qui puisse rendre nécessaire la constitution d’une personne comme partie à une action est la volonté que cette personne soit liée par l’issue de l’action; la question à trancher doit donc être une question en litige qui ne peut être tranchée adéquatement et complètement sans que cette personne ne soit une partie. [Non souligné dans l’original.]

Voir également *Vandervell Trustees Ltd. c. White*, [1971] A.C. 912 (H.L.), aux pages 930, 936 et 940.

[21] À mon avis, il est important de noter que dans la présente action l’intimé ne sollicite aucun recours contre l’appellant Parker personnellement. Les recours principaux qu’il sollicite sont plutôt l’annulation du rapport et son évocation à notre Cour. Il me semble qu’un tel recours peut tout aussi bien être obtenu auprès du procureur général seul. Pour emprunter les propos du juge Devlin dans l’affaire *Amon*, précitée, l’appellant Parker peut être [TRADUCTION] «un témoin nécessaire», mais cela ne fait pas de lui une partie nécessaire. J’estime qu’il a été constitué à tort partie à l’action.

[22] Il semblerait que l’intérêt principal de l’intimé à constituer l’appellant Parker partie est d’assurer qu’il

availability for discovery as a party defendant. Thus in paragraph 38 of the respondent's written argument, he contends that the appellant Parker must remain a party so as to "be subject to the usual discovery obligations of a party to an action". That a person ought not to be made a party to an action solely for the purpose of discovery is a well-accepted principle. As it was enunciated by Jessel M.R. in *Wilson v. Church* (1878), 9 Ch. D. 552, at page 555:

Nothing could be more vexatious or annoying to a man than to be made a party to an action in which he has no interest, where he is a mere servant of another, and where he may be exposed to a large amount of expense in the shape of costs wholly without necessity.

See also *MacRae v. Lecompte; The Queen in right of Ontario, Third Party* (1983), 143 D.L.R. (3d) 219 (Ont. H.C.), at pages 224-225 and the cases there discussed. It may well be that the evidence of the appellant Parker will be needed at trial but that, by itself, is not a sufficient reason for requiring him to remain as a party defendant.

[23] It is to be noted as well that it is no longer the case that a non-party is absolutely immune by our rules of civil procedure from discovery by a party in an action. The *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] themselves provide for the examination for discovery of, and the production of a document by, a non-party. By Rule 238 the Court may grant leave to a party to examine a non-party "who might have information on an issue in the action" if it is satisfied that "the party has been unable to obtain the information informally . . . or from another source by any other reasonable means", that "it would be unfair not to allow the party an opportunity to question . . . before trial" and that the questioning "will not cause any undue delay, convenience or expense to the person or to the other parties". By Rule 233 the Court may order the production of any document in the possession of a non-party "if the document is relevant and its production could be compelled at trial". The potential is thus available under these two rules for the respondent to secure a measure of discovery of the

puisse être interrogé au préalable en qualité de partie défenderesse. Ainsi, au paragraphe 38 de son mémoire écrit, l'intimé soutient qu'il est nécessaire que l'appellant Parker demeure partie à l'action afin [TRADUCTION] «d'être assujetti aux obligations habituelles d'une partie à une action en matière d'interrogatoire préalable». Le principe selon lequel une personne ne devrait pas être constituée partie à une action uniquement aux fins d'être interrogée au préalable est bien établi. Comme l'énonçait le maître des rôles Jessel dans l'affaire *Wilson v. Church* (1878), 9 Ch. D. 552, à la page 555:

[TRADUCTION] Rien ne peut être plus vexatoire ou contraignant pour une personne que d'être constituée partie à une action dans laquelle elle n'a aucun intérêt, où elle est le simple serviteur d'une autre personne et où elle peut être exposée à des dépenses considérables sous forme de dépenses tout à fait inutiles.

Voir également *MacRae v. Lecompte; The Queen in right of Ontario, Third Party* (1983), 143 D.L.R. (3d) 219 (H.C. Ont.), aux pages 224 et 225, et les arrêts qui y sont examinés. Il se peut fort bien que le témoignage de l'appellant Parker sera nécessaire au procès, mais, en soi, ce n'est pas une raison suffisante pour exiger qu'il demeure partie défenderesse.

[23] Il faut également noter que ce n'est plus le cas qu'une personne qui n'est pas partie à une action bénéficiaire, sous le régime de nos règles de procédure civile, d'une immunité absolue contre l'interrogatoire préalable à l'instance d'une partie à l'action. Les *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] elles-mêmes prévoient l'interrogatoire au préalable d'une personne qui n'est pas partie à une action ainsi que la production de documents par cette personne. Selon la Règle 238, la Cour peut autoriser une partie à procéder à l'interrogatoire préalable d'une personne qui n'est pas partie à l'action, mais «qui pourrait posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans l'action», si elle est convaincue à la fois que «la partie n'a pu obtenir ces renseignements de la personne de façon informelle ou d'une autre source par des moyens raisonnables», qu'«il serait injuste de ne pas permettre à la partie d'interroger la personne avant l'instruction», et que l'interrogatoire «n'occasionnera pas de retards, d'inconvénients ou de frais déraisonnables à la personne ou aux autres

appellant Parker even though he may not be a party to the action.

[24] Moreover, the respondent would be entitled to subpoena the appellant Parker to testify at trial and, for the same purpose, to subpoena other persons who were present at the meeting referred to in paragraph 16 of the respondent's affidavit.

[25] I would allow the appeal with costs, set aside the order of the Trial Division and strike the appellant Parker from the action as a party defendant.

LINDEN J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

¹ Response to demand for particulars, July 23, 1996, Appeal Book, at p. 16.

² *Ibid.*, at p. 19.

³ Affidavit of Sinclair M. Stevens, March 13, 1997, Appeal Book, at p. 61.

parties.» Selon la Règle 233, la Cour peut ordonner qu'un document en la possession d'une personne qui n'est pas partie à une action soit produit «s'il est pertinent et si sa production pourrait être exigée lors de l'instruction». Il est donc possible, sous le régime de ces deux règles, que l'intimé puisse dans une certaine mesure interroger au préalable l'appellant Parker, même s'il n'est pas partie à l'action.

[24] Au surplus, l'intimé aurait le droit d'assigner l'appellant Parker à témoigner à l'instruction, et, pour les mêmes fins, d'assigner d'autres personnes qui étaient présentes à la réunion mentionnée au paragraphe 16 de son affidavit.

[25] J'accueillerais l'appel avec dépens, annulerais l'ordonnance de la Section de première instance et mettrais l'appellant Parker hors de cause.

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

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

¹ Réponse à la demande de précisions, le 23 juillet 1996, Dossier d'appel, à la p. 16.

² *Ibid.*, à la p. 19.

³ Affidavit de Sinclair M. Stevens, le 13 mars 1997, Dossier d'appel, à la p. 61.

A-1016-96

A-1016-96

The CSL Group Inc. and Canada Steamship Lines Inc. (Appellants) (Plaintiffs)

Le Groupe CSL Inc. et Canada Steamship Lines Inc. (appelantes) (demandereses)

v.

c.

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

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

INDEXED AS: THE CSL GROUP INC. v. CANADA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: LE GROUPE CSL INC. c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Marceau, Décary and Létourneau J.J.A.—Montréal, June 9, 10; Ottawa, July 3, 1998.

Cour d'appel, juges Marceau, Décary et Létourneau, J.C.A.—Montréal, 9 et 10 juin; Ottawa, 3 juillet 1998.

Crown — Torts — Action under Crown Liability and Proceedings Act, s. 3(a) for reimbursement of revenue lost by shipping companies due to restrictions, necessitated by Coast Guard Ships' Crews being on strike, imposed by authority responsible for traffic on St. Lawrence Seaway — Restrictions necessary for security reasons — Plaintiffs' argument: Treasury Board (TB) negligent in failing to file "designated employees" list within statutory limitation period after receiving notice to bargain — Alleged wrongdoing not within maritime law as damages claimed economic only, unrelated to appellants' ships, cargoes — Delay in filing list of designated employees not wrongful — Crown's only duty in respect of seaway to ensure security of public — May be discharged by methods other than designation of employees in case of strike — TB, in filing "designated employees" list under rights conferred by PSSRA, not dispensing service to public.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Action intentée en vertu de l'art. 3a) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif en vue du remboursement des pertes de revenus subies par des compagnies de transport maritime par suite d'entraves rendues nécessaires par la grève des membres de la Garde côtière et imposées par l'autorité responsable à la circulation sur la voie maritime du Saint-Laurent — Entraves nécessaires pour la sécurité — Argument des demandereses: le Conseil du Trésor (CT) est fautif parce qu'il n'a pas déposé la liste «d'employés désignés» dans le délai fixé par la loi après réception de l'avis de négociation — La faute reprochée n'a rien à voir avec le droit maritime car les dommages sont essentiellement économiques et ne concernent aucunement les navires des appelantes ou leurs cargaisons — Le retard à déposer la liste d'employés désignés n'est pas fautif — La seule obligation du gouvernement relative à la voie maritime est d'assurer la sécurité du public — Elle peut être remplie par d'autres moyens que la désignation d'employés dans la perspective d'une grève — Le CT, lorsqu'il dépose la liste «d'employés désignés» en vertu des droits que lui confère la LRTFP, ne dispense pas un service au public.

Public service — Labour relations — Shipping companies seeking damages due to legal strike by Coast Guard members causing delays for ships using St. Lawrence Seaway — Treasury Board (TB) late in filing list of designated employees under PSSRA, s. 79 — Delay not wrongful — Public servants not acting imprudently, in disorganized manner — Default by TB not resulting in civil liability — TB officials responsible for filing list of designated employees, Board itself not exercising rights, options conferred on them by Act as dispensers of service to public — Even if conduct complained of having significant consequences for public, economy, subject to sanction only in political arena.

Fonction publique — Relations du travail — Dommages-intérêts réclamés par des compagnies de transport maritime à la suite de la grève légale des membres de la Garde côtière qui a causé des retards aux navires usagers de la voie maritime du Saint-Laurent — Le Conseil du Trésor (CT) a déposé tardivement la liste d'employés désignés sous le régime de l'art. 79 de la LRTFP — Ce retard n'est pas fautif — Les fonctionnaires n'ont pas agi de façon imprudente et désordonnée — Le défaut du CT n'a pas engendré de responsabilité civile — Les membres du CT responsables du dépôt de la liste des employés à désigner, pas plus que le Conseil du Trésor n'exercent les droits et options que leur confère la Loi comme dispensateurs d'un service au public — Même si le comportement visé par la plainte engendre des conséquences importantes pour le public et l'économie, il ne peut être sanctionné que sur le plan politique.

This was an appeal from a Trial Division decision dismissing an action for damages under paragraph 3(a) of the *Crown Liability and Proceedings Act*. The appellants, a group of Quebec shipping companies, brought an action to obtain reimbursement of revenue lost by them when, as a result of restrictions imposed by the authority responsible for traffic on the St. Lawrence Seaway, they were prevented from performing contractual commitments in the course of their business. They did not dispute that these restrictions were necessary for security reasons and that all the measures were taken in order to mitigate the impact on the public of the strike legally commenced on November 11, 1989 by the Ships' Crews Group. They did argue, however, that the Coast Guard was not available in due course to remove the summer buoys by reason of the premature build up of ice that year, and that this fact was the result of wrongful conduct on the part of Treasury Board officials who failed to ensure that Ships' Crews would have to remain on duty in the event of a strike. The Treasury Board had intended to submit a list of employees in the various departments who, in its opinion, should be designated as performing duties necessary for public security, and that list included the Coast Guard Ships' Crews members. Under section 79 of the *Public Service Staff Relations Act*, Treasury Board had 20 days to file its list but did not do so until the 21st day after receiving the notice to bargain. The union sought judicial review of the acceptance for filing of the list and the Federal Court held that the time limit was mandatory and not to be extended unless an insurmountable obstacle were proven. The Trial Judge in this action ruled that the federal government is under no duty to maintain the St. Lawrence Seaway in perfect operating condition so that vessels can transit it without undue delay and that its only duty, which is a public law duty, is to ensure the protection and security of the public. He also concluded that Treasury Board employees who were late in filing the list committed no tort for which they could be liable at common law. These conclusions were the subject of this appeal.

Held, the appeal should be dismissed.

The Trial Judge did not misunderstand the elements of the cause of action set out in the statement of claim. The alleged wrongdoing had nothing to do with maritime law and the damages claimed, consisting solely of lost profits, were unrelated to the appellants' ships or cargos, since there were essentially economic. There was no connection, even indirect, with the carriage of goods by sea which the Supreme Court of Canada has held to be sufficient but essential if a situation was to fall under the heading of maritime law. The conflict of law resulting from the fact that the alleged wrongdoing by the Treasury Board

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Section de première instance a rejeté une action en dommages-intérêts intentée en vertu de l'alinéa 3a) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. Les appelantes, un groupe de compagnies de transport maritime du Québec, ont intenté une action en vue d'obtenir le remboursement des pertes de revenus qu'elles ont subies lorsque, par suite d'entraves imposées par l'autorité responsable à la circulation sur la voie maritime du Saint-Laurent, elles furent empêchées d'exécuter des engagements contractuels pris dans le cours de leurs affaires. Elles n'ont pas contesté que ces mesures étaient nécessaires pour la sécurité et que toutes les mesures ont été prises pour atténuer le plus possible les répercussions sur le public de la grève déclenchée légalement le 11 novembre 1989 par le groupe des équipages de navire. Elles ont toutefois soutenu que la Garde côtière n'était pas disponible en temps opportun pour remplacer les bouées d'été en raison de l'amoncellement prématuré des glaces cette année-là, et que cette non-disponibilité était due au comportement fautif des employés du Conseil du Trésor qui n'ont pas fait en sorte que les équipages de navire demeurent à leur poste même en cas de grève. Le Conseil du Trésor avait eu l'intention de soumettre une liste des employés des divers ministères impliqués qui, à son avis, devaient être désignés comme exerçant des fonctions nécessaires pour la sécurité du public, laquelle liste comprenait les membres d'équipage des navires de la Garde côtière. Selon l'article 79 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, le Conseil du Trésor avait vingt jours pour déposer sa liste, mais il ne l'a déposée que le vingt et unième jour après réception de l'avis de négociation. Le syndicat a exercé un recours en révision contre l'acceptation du dépôt de la liste et la Cour fédérale a statué que le délai était de rigueur et que son non-respect ne pouvait être excusé que sur preuve d'un empêchement irrésistible. Le juge de première instance a décidé en l'espèce que le gouvernement fédéral n'a pas l'obligation de maintenir la voie maritime en parfait état de fonctionnement de manière à ce que les navires puissent y transiter sans retard indu et que sa seule obligation, qui en est une de droit public, est d'assurer la protection et la sécurité du public. Il a aussi conclu que les fonctionnaires du Conseil du Trésor qui ont tardé à déposer la liste n'ont pas commis de «faute» emportant responsabilité au sens de la common law. L'appel portait sur ces conclusions.

Arrêt: l'appel est rejeté.

Le juge de première instance n'a pas mal apprécié les éléments de la cause d'action tels qu'ils ressortaient de la déclaration. La faute reprochée n'avait rien à voir avec le droit maritime et les dommages réclamés, consistant uniquement en des pertes de profit, ne concernaient aucunement les navires des appelantes ou leurs cargaisons puisqu'il s'agissait de dommages essentiellement économiques. On ne retrouvait pas le lien, même indirect, avec les opérations de transport de marchandises par eau que la Cour suprême du Canada a déclaré suffisant mais essentiel pour faire entrer une situation sous la bannière du droit maritime. Le conflit

employees was committed in Ontario and the damage suffered in Quebec must be resolved in favour of Quebec. However, the conclusion that must be reached from the facts as to liability does not vary from one legal system to the other. The Trial Judge was right in refusing to characterize the delay by the Treasury Board in filing its list of designated employees as wrongful. It could not be said that its officials acted imprudently or in a disorganized manner. At that time, they were correct in thinking that it would be better to wait for the reports from all the departments, even though it resulted in being late in filing by one day, given that the twenty-day time limit had until then been regarded as not being mandatory. Late filing of the section 79 "list" by the Treasury Board is no different from the simple refusal to file which is a decision that is subject to sanction in the political arena only. The government's only duty in respect of the Seaway is to ensure the security of the public, and that duty may be discharged by other methods than obtaining the designation of workers in contemplation of a strike. Even if there was one wrongful act on the part of an employee, it could not result in the Treasury Board's civil liability. Neither the Treasury Board officials who were responsible for filing the list of designated employees nor the Treasury Board itself, as representative of the Crown, were exercising the rights and options conferred on them by the *Public Service Staff Relations Act* as dispensers of a service to the public.

de loi résultant du fait que la faute alléguée des employés du Conseil du Trésor a été commise en Ontario et le dommage subi au Québec, doit se résoudre en faveur du Québec. Toutefois, la conclusion à tirer des faits sur le plan de la responsabilité ne saurait varier d'un système juridique à l'autre. Le juge de première instance a eu raison de refuser de qualifier de fautif le retard du Conseil du Trésor à déposer sa liste d'employés désignés. On ne saurait dire que les fonctionnaires ont agi de façon imprudente et désordonnée. Ils avaient raison, à ce moment, de penser qu'il valait mieux attendre le rapport de tous les ministères même s'il en résultait une journée de retard, étant donné que ce délai de vingt jours avait été reconnu jusque-là comme n'étant pas de rigueur. Le dépôt tardif de la «liste» de l'article 79 par le Conseil du Trésor ne se différencie pas du refus pur et simple de déposer, une décision qui ne peut être sanctionnée que sur le plan politique. La seule obligation du gouvernement relative à la voie maritime est d'assurer la sécurité du public et cette obligation peut être remplie par d'autres moyens que celui d'obtenir la désignation d'employés dans la perspective d'une grève. Même si l'on pouvait isoler un acte fautif de la part d'un employé, il ne pourrait engendrer la responsabilité civile du Conseil du Trésor. Les membres du Conseil du Trésor responsables du dépôt de la liste des employés à désigner, pas plus que le Conseil du Trésor lui-même en tant que représentant de la Reine, n'exerçaient les droits et options que leur conférait la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* comme dispensateurs d'un service au public.

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), s. 3(a).
Government Services Resumption Act, S.C. 1989, c. 24.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 79.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.

DISTINGUISHED:

Just v. British Columbia, [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 41 B.C.L.R. (2d) 350; 41 Admin. L.R. 161; 1 C.C.L.T. (2d) 1; 18 M.V.R. (2d) 1; 103 N.R.1; *Kamloops (City*

LOIS ET RÉGLEMENTS

Loi sur la reprise des services gouvernementaux, L.C. 1989, ch. 24.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 3a).
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35.
Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-35, art. 79.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Just c. Colombie-Britannique, [1989] 2 R.C.S. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 41 B.C.L.R. (2d) 350; 41 Admin. L.R. 161; 1 C.C.L.T. (2d) 1; 18 M.V.R. (2d) 1; 103 N.R.1; *Kamloops (Ville*

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; *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All ER 294 (H.L.).

REFERRED TO:

Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board), [1989] 2 F.C. 445 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. P.S.A.C.*, [1989] 3 F.C. 585; (1989), 105 N.R. 129 (C.A.); *Kibale v. Canada* (1993), 58 F.T.R. 199 (F.C.T.D.); *Canada v. Maritime Group (Canada) Inc.*, [1993] 1 F.C. 131; (1992), 58 F.T.R. 253 (T.D.); *Gingras v. Canada*, [1994] 2 F.C. 734; (1994), 113 D.L.R. (4th) 295; 3 C.C.P.B. 194; 165 N.R. 101 (C.A.).

AUTHORS CITED

Linden, J. "Tort Liability of Governments for Negligence" (1995), 53 *Advocate* 535.

APPEAL from a Trial Division decision ([1997] 2 F.C. 575) dismissing an action for damages brought under paragraph 3(a) of the *Crown Liability and Proceedings Act* and based on an alleged act of negligence committed by public servants of the Treasury Board of Canada in failing to file, before statutory deadline, list of "designated employees" prohibited from going out on strike. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

David F. H. Marler for appellants.
Raymond Piché for respondent.

SOLICITORS:

David F. H. Marler, Montréal, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[1] MARCEAU J.A.: The special interest generated by this appeal from a final judgment of the Trial Division [[1997] 2 F.C. 575] arises not only from the fact that

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; *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All ER 294 (H.L.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor), [1989] 2 C.F. 445 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. A.F.P.C.*, [1989] 3 C.F. 585; (1989), 105 N.R. 129 (C.A.); *Kibale c. Canada* (1993), 58 F.T.R. 199 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada c. Maritime Group (Canada) Inc.*, [1993] 1 C.F. 131; (1992), 58 F.T.R. 253 (1^{re} inst.); *Gingras c. Canada*, [1994] 2 C.F. 734; (1994), 113 D.L.R. (4th) 295; 3 C.C.P.B. 194; 165 N.R. 101 (C.A.).

DOCTRINE

Linden, J. «Tort Liability of Governments for Negligence» (1995), 53 *Advocate* 535.

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([1997] 2 C.F. 575) rejetant une action en dommages-intérêts intentée en vertu de l'alinéa 3a) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* et fondée sur une présumée faute commise par les fonctionnaires du Conseil du Trésor du Canada du fait qu'ils n'ont pas déposé, avant l'expiration du délai fixé par la loi, la liste «d'employés désignés» auxquels il est interdit de faire la grève. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

David F. H. Marler pour les appelantes.
Raymond Piché pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

David F. H. Marler, Montréal, pour les appelantes.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

Voici les motifs du jugement rendus en français par

[1] LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: L'intérêt spécial que suscite cet appel porté contre un jugement final de la Section de première instance [[1997] 2 C.F. 575]

the fate of 13 parallel actions all involving large sums of money depends on its outcome, but primarily from the fact that its analysis brings us to a sort of crossroads where some broad avenues of the science of law meet. At first glance, the problems it raises prompt considerations relating to maritime law, common law, civil law, labour law, administrative law and Crown liability, all at once. The initial impression of diversity and complexity, however, is misleading and does not stand up under scrutiny. I believe that a succinct review of the facts, with the aim of dealing only with those that may be significant, and an analysis of the legal context, seeking wherever possible to avoid unnecessary discussions on points of law that can have no direct influence, will enable us to reach conclusions more rapidly and more simply than might have been expected.

[2] The action disposed of in the judgment *a quo* was brought by a group of Quebec shipping companies which are all regular users of the Channel and the St. Lawrence Seaway. The purpose of the action is to obtain reimbursement from Her Majesty the Queen, that is, the federal Crown, for revenue lost by the companies in the fall of 1989 when, as a result of restrictions imposed by the authority responsible for traffic on the River, they were prevented from performing contractual commitments they had made in the course of their business.

[3] The restrictions on traffic on the River had been made necessary as a result of the danger resulting primarily from the displacement of the summer buoys by the premature buildup of ice that year, and the fact that it was impossible for the federal Department of Transport to use its ice breakers so that the winter spars could be installed by the Coast Guard. This was because the members of the Coast Guard were not available, as they were all involved in a strike that had been legally commenced on November 11 of that year by the members of three units of federal public servants, two of which belonged to the Ships' Crews Group (the other being in the Hospital Services Group).

vient, non pas seulement du fait que, de sa solution, dépend le sort de 13 actions parallèles impliquant toutes des sommes importantes, mais surtout du fait que sa considération nous situe à une sorte de carrefour de grandes avenues de la science du droit. Les problèmes qu'il soulève, en effet, évoquent, aux premiers abords, des considérations qui se rapportent, tout à la fois, à des données de droit maritime, de common law, de droit civil, de droit du travail, de droit administratif, de droit de la responsabilité de l'État. L'impression initiale de diversité et de complexité est, toutefois, trompeuse et ne résiste pas à l'examen. Une revue élaguée des faits visant à s'arrêter uniquement sur ceux qui peuvent être significatifs et une analyse du contexte juridique cherchant à éviter le plus possible des discussions inutiles sur des points de droit qui ne peuvent avoir d'influence directe permettront, je pense, d'arriver à des conclusions plus rapidement et plus simplement qu'on aurait pu s'attendre.

[2] L'action dont dispose le jugement attaqué a été intentée par un groupe de compagnies québécoises de transport maritime qui sont toutes des usagers réguliers du Chenal et de la voie maritime du fleuve Saint-Laurent. Son objet est d'obtenir de Sa Majesté la Reine, soit l'État fédéral, le remboursement des pertes de revenus qu'ont subies les compagnies, à l'automne 1989, lorsque, par suite d'entraves imposées par l'autorité responsable à la circulation commerciale sur le fleuve, elles furent empêchées d'exécuter des engagements contractuels pris dans le cours de leurs affaires.

[3] Effectivement, des entraves à la circulation sur le fleuve avaient été rendues nécessaires par suite du danger résultant principalement du déplacement des bouées d'été par l'amoncellement prématuré des glaces cette année-là et de l'impossibilité pour le ministère fédéral des Transports d'avoir recours à ses brise-glaces pour procéder à l'installation des espars d'hiver par sa Garde côtière. Il en était ainsi parce que les membres de la Garde côtière n'étaient pas disponibles, étant tous impliqués dans une grève déclenchée légalement le 11 novembre précédent par les membres de trois unités de fonctionnaires fédéraux, dont deux qui faisaient partie du groupe des équipages de navire (l'autre était du groupe des services hospitaliers).

[4] It is paragraph 3(a) of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21], pursuant to which the Crown is liable in respect of torts committed by its employees, as is a private employer, which is said to provide the legal foundation for the action. What is the tort alleged?

[5] The plaintiffs/appellants are not disputing that the restrictions imposed by the authority on traffic on the River were necessary for security reasons; they acknowledge that all the measures were taken in order to mitigate the impact of the strike on the public to the extent possible, and that because of the measures taken there was no unfortunate loss of life or property. What they are contending is that it was the fact that the Coast Guard was not available that prevented the buoys from being replaced and created the danger, and that this fact was the result of wrongful conduct on the part of employees of Treasury Board, who had not done what they should have done two years earlier, in December 1987, to ensure that Ships' Crews would be unable to leave their jobs, even if there were a strike. Plainly, some explanation is required here.

[6] The *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, is the one by which Parliament gave employees of the federal Crown the right to strike and named the Treasury Board to represent Her Majesty the Queen as employer of the vast majority of her employees. In order to promote collective agreements governing the conditions of employment of Crown employees, the Act provides that the members of a bargaining unit who seek to negotiate a collective agreement have the choice of referring a dispute either to arbitration or to conciliation by a conciliation board. Where conciliation fails, the right to strike is triggered. A bargaining unit which chooses the second process, known as the "conciliation-strike process", must give notice of its intention to the Treasury Board, and before a conciliation board is established, the employees in the bargaining unit concerned who perform duties that are necessary for the security of the public will then be "designated", and as a result will be required to perform their normal duties even

[4] C'est l'alinéa 3a) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21]—en vertu duquel l'État doit répondre des délits civils dommageables de ses employés tout comme un employeur civil—qui est invoqué comme assurant à l'action son fondement juridique. De quel délit civil s'agit-il?

[5] Les demandresses/appelantes ne contestent pas que les entraves imposées par l'autorité à la circulation sur le fleuve étaient nécessaires pour la sécurité; elles reconnaissent que toutes les mesures pour atténuer le plus possible les répercussions de la grève sur le public ont été prises et que, grâce à ces mesures, aucune perte de vie ou de biens n'a eu à être déplorée. Ce qu'elles prétendent, c'est que c'est la non-disponibilité de la Garde côtière qui a empêché le remplacement des bouées et créé le danger, et cette non-disponibilité de la Garde côtière était due à un comportement fautif d'employés du Conseil du Trésor qui, en décembre 1987, deux ans auparavant, n'avaient pas agi comme ils auraient dû pour obtenir que les équipages de navire ne puissent s'absenter de leur travail même en cas de grève. Des explications ici, évidemment, s'imposent.

[6] C'est la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, qui a donné aux employés de l'État fédéral le droit de grève et a institué le Conseil du Trésor représentant de Sa Majesté la Reine en tant qu'employeur de la grande majorité de ses employés. Pour favoriser les négociations collectives gouvernant les conditions de travail des employés de l'État, la Loi prévoit que les membres d'une unité de négociation qui cherchent à négocier une convention collective ont le choix de se soumettre ou à un arbitrage ou à une conciliation par un bureau de conciliation. C'est au cas d'échec de la conciliation que le droit de grève prend naissance. L'unité de négociation qui choisit le second processus, qu'on a appelé «de conciliation et de grève», doit donner avis de son intention au Conseil du Trésor, et, avant que le bureau de conciliation ne soit établi, seront alors «désignés», sur accord des parties ou sur décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, les fonctionnaires de l'unité

after a strike begins. For the purposes of this “designation”, under the Act as it stood in 1987 [R.S.C. 1970, c. P-35], Treasury Board had twenty days to file a list of the employees whom it believed should be designated. This was set out in section 79 of the Act.¹ In the case in issue here, the Treasury Board had in fact intended to submit a list of employees in the various departments involved who, in its opinion, should have been designated, and that list included the Coast Guard Ships’ Crews members;² however, it filed its list on the 21st day rather than the 20th day after receipt of the notice to bargain. To the great surprise of the Treasury Board authorities, the list was ultimately rejected. On an application for review brought by the union against the acceptance of the filing, this Court held that the Board was wrong in the belief it had held to that point, that the twenty-day time limit was not mandatory and that failure to comply with it could be excused only on proof of an insurmountable obstacle, which the Treasury Board was not able to provide.³

[7] In a long and carefully reasoned decision, the Trial Judge, Mr. Justice Nadon, analyzed all these facts and ultimately arrived at the conclusion that the action could not be allowed.⁴ The essence of his reasoning may be found, I think, in the brief summary that follows. Her Majesty the Queen, or, if you like, the federal government, is under no duty to the users of the St. Lawrence River to maintain the seaway in perfect operating condition so that vessels can transit it without undue delay. Its only duty, which is a public law duty, is to ensure the protection and security of the public. The Treasury Board employees who were late in filing the list committed no tort for which they could be liable at common law, the applicable law since this is a maritime law matter. It is understandable that their excuse, which was that they were waiting to receive all the reports from the various departments involved, relying as they were on the fact that the twenty-day time limit had always, until then, been considered to be directory rather than mandatory, was not found to be sufficient to relieve them of the need to comply with a statutory time limit that was

concernée qui exercent des fonctions nécessaires pour la sécurité du public et, partant, seront tenus d’exercer leurs fonctions habituelles même après le déclenchement d’une grève. Aux fins de cette « désignation », la Loi donnait au Conseil du Trésor, en 1987 [R.S.C. 1970, ch. P-35], vingt jours pour déposer la liste des employés qui, d’après lui, devaient être désignés. C’était l’article 79 de la Loi qui prévoyait ainsi¹. Or, dans le cas dont il s’agit ici, le Conseil du Trésor avait bien eu l’intention de soumettre une liste des employés des divers ministères impliqués qui, à son avis, devaient être désignés, laquelle liste comprenait les membres d’équipage des navires de la Garde côtière², mais il avait déposé sa liste le 21^e jour au lieu du 20^e après réception de l’avis de négociation. À la grande surprise des autorités du Conseil du Trésor, la liste devait éventuellement être refusée. Cette Cour, sur recours en révision intentée par le syndicat contre l’acceptation du dépôt, déclara, en effet, que la Commission avait eu tort de considérer jusque-là que le délai de vingt jours n’était pas de rigueur et que son non-respect ne pouvait être excusé que sur preuve d’un empêchement irrésistible, ce que le Conseil du Trésor ne put fournir³.

[7] Le juge de première instance, le juge Nadon, dans une longue décision soigneusement motivée, analyse tous ces faits et, finalement, en arrive à la conclusion que l’action n’est pas fondée⁴. L’essentiel de sa pensée et de son raisonnement se trouve, je pense, dans le résumé rapide que voici. Sa Majesté la Reine, ou, si l’on veut, le gouvernement fédéral, n’a pas envers les usagers du fleuve Saint-Laurent l’obligation de maintenir la voie maritime en parfait état de fonctionnement de manière à ce que les navires puissent y transiter sans retard indu. Sa seule obligation, qui en est une de droit public, est d’assurer la protection et la sécurité du public. Les fonctionnaires du Conseil du Trésor qui ont tardé à déposer la liste n’ont pas commis de « tort » emportant responsabilité au sens de la common law, le droit applicable puisqu’il s’agit de droit maritime. On peut comprendre que leur excuse à l’effet qu’ils attendaient d’avoir reçu tous les rapports des divers ministères impliqués, forts du fait que le délai de vingt jours avait toujours été, jusque-là, considéré comme étant plutôt indicatif, n’ait pas été jugée suffisante pour exonérer du respect

held to be, on the contrary, mandatory. However, it was an explanation that leads to the conclusion that they did not act in a truly wrongful manner, within the common law meaning of that expression. In any event, those public servants were under no duty to the plaintiffs, particularly in respect of their loss of profits, since the requirements of foreseeability and proximity that must be present if such a duty is to arise were not met.

[8] The appellants, through their counsel, criticized the approach taken and the conclusions reached by the Trial Judge on several points. First, they said that the Judge had not entirely grasped the cause of action on which they relied. Their action is based, they pointed out, on paragraph 3(a) of the *Crown Liability and Proceedings Act*, the liability being that of the principal, the employer. They are not claiming to have a remedy based on breach of a public law duty, and they agree that the respondent is not required to maintain the St. Lawrence River in perfect operating condition, or to file a list of designated employees within the meaning of the *Public Service Staff Relations Act*. In their factum, they attempted to clarify their position, as follows:

2. The delays and the consequential damages resulted from the fact that the Ships' Crews employed by the Canadian Coast Guard (C.C.G.) were on strike from November 10 to December 15 of that year. Although the strike was a legal strike, Plaintiffs' contention was that, but for an act of negligence by the Treasury Board, the crews would not have been entitled to strike for the reason that they would have been "designated employees". Had they been working, the delays and resulting damages to the vessels and their owners would not have occurred.

[9] The appellants then criticized the Judge for examining the conduct of the Treasury Board employees solely from the standpoint of the common law, without regard to the law of Quebec, although that was where the damages claimed had been suffered. Lastly, the appellants do not agree that it may be argued in this case that the requirements of foreseeability and proximity as between the tortfeasor and the victim, which are required by the common law

d'une prescription législative jugée au contraire de rigueur. Mais, c'est une explication qui permet de conclure qu'ils n'ont pas agi de façon vraiment fautive au sens du droit commun. Quoi qu'il en soit, ces fonctionnaires n'avaient pas d'obligation, de «*duty*», envers les demanderesse, surtout quant à leur perte de profits, les conditions de prévisibilité et de proximité requises pour qu'une telle obligation existe n'étant pas présentes.

[8] Les appelantes, par leur procureur, critiquent l'approche et les conclusions du juge de première instance sur plus d'un rapport. Elles affirment, d'abord, que la cause d'action qu'elles invoquent n'a pas été pleinement saisie par le juge. C'est sur l'alinéa 3a) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* que leur action se fonde, rappellent-elles, la responsabilité de commettant, d'employeur. Elles ne prétendent pas à un recours fondé sur un manquement à un devoir de droit public, et elles conviennent que l'intimée n'est pas tenue de maintenir le fleuve Saint-Laurent en parfait état de fonctionnement, ni, non plus, de déposer une liste d'employés désignés au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. Et dans leur factum, elles s'emploient à clarifier leur prétention comme suit:

2. Les délais et les dommages consécutifs à ceux-ci ont résulté du fait que les équipages de navire employés par la Garde côtière canadienne (G.C.C.) étaient en grève du 10 novembre au 15 décembre, cette année-là. Bien que la grève fût légale, les demanderesse ont soutenu que, n'eût été de la négligence du Conseil du Trésor, les équipages n'auraient pas eu le droit de faire la grève, étant donné qu'ils auraient été des «employés désignés». S'ils avaient été au travail, il n'y aurait pas eu de délais et les navires de même que leurs propriétaires n'auraient pas subi de dommages.

[9] Les appelantes reprochent ensuite au juge d'avoir examiné le comportement des fonctionnaires du Conseil du Trésor sous le seul angle de la common law, sans égard à celui du droit du Québec où, pourtant, les dommages réclamés ont été subis. Les appelantes contestent, enfin, que l'on puisse, ici, soutenir que n'existent pas ces conditions de prévisibilité et de proximité entre l'auteur de la faute et la victime que la common law de la responsabilité civile requiert et,

rules of civil liability, and *a fortiori*, the less strict requirement of a causal connection between the fault and the damage which is imposed by the Quebec law of civil liability, were not met, particularly if we examine the situation from the standpoint of the opening made in the law of the Crown's civil liability in more recent decisions, such as *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, and *City of Kamloops v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2.

[10] The appellants' criticisms have not persuaded me. I do not believe that the Trial Judge misunderstood the elements of the cause of action as they are set out in the allegations in the statement of claim. Plainly, paragraphs 11 and 12 of the claim suggest clearly the respondent was under a duty to keep the seaway open at all times.⁵ What can be said is that on appeal, under the pretext of clarifying their cause of action, the appellants have narrowed it.

[11] It is true that one may have serious doubts about that view of the Judge, who seems to have taken for granted that the dispute was governed by maritime law. The wrongdoing alleged, it seems to me, has nothing to do with maritime law and the damages claimed, consisting solely of lost profits, are entirely unrelated to the appellants' ships or their cargoes, since they are essentially economic. There is no connection, even indirect, with the carriage of goods by sea that the Supreme Court held, in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 774 to be sufficient but essential if a situation is to fall under the heading of maritime law (because it is "integrally connected to maritime matters"). But the plaintiffs themselves at trial took the same view. Even on appeal, their position is singularly equivocal and extremely unclear. To speak of the civil law of Quebec, one must first eliminate maritime law, which, according to *ITO*, encompasses only the common law; at the same time, the conflict of law resulting from the fact that the alleged wrongdoing by the Treasury Board employees was committed in Ontario and the damage suffered in Quebec must be resolved in favour of Quebec, where the damage occurred, and this is certainly not a settled conclusion (see, *inter alia*,

à plus forte raison, celles, moins exigeantes, de la causalité entre la faute et le dommage que le droit québécois de la responsabilité civile, de son côté, impose, surtout si l'on examine la situation en fonction de l'ouverture que des arrêts plus récents, comme ceux de *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, et de *Ville de Kamloops c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2, ont apportée au droit de la responsabilité civile de l'État.

[10] Les critiques des appelantes ne me convainquent pas. Je ne crois pas que le juge de première instance ait mal apprécié les éléments de la cause d'action tels qu'ils ressortaient des allégués de la déclaration. Les paragraphes 11 et 12 de cette déclaration n'évoquaient-ils pas clairement l'existence d'une obligation de l'intimée de maintenir, en tout temps, la voie maritime ouverte⁵? Ce qu'on peut dire, c'est qu'en appel, les appelantes, sous prétexte de clarifier leur cause d'action, en ont réduit la portée.

[11] Il est vrai que l'on peut douter sérieusement de l'approche du juge qui semble tenir pour acquis que le litige en est un de droit maritime. La faute reprochée, il me semble, n'a rien à voir avec le droit maritime et les dommages réclamés formés uniquement de pertes de profit ne concernent aucunement les navires des appelantes ou leurs cargaisons puisqu'il s'agit de dommages essentiellement économiques. On ne retrouve pas le lien, même indirect, avec les opérations de transport de marchandises par eau que la Cour suprême, dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 774, déclarait suffisant mais essentiel pour faire entrer une situation sous la bannière du droit maritime parce que «entièrement liée aux affaires maritimes». Mais les demanderesse elles-mêmes, en première instance, avaient pris parti en ce sens. Même en appel, leur position est singulièrement équivoque et fort incertaine. Pour parler de droit civil du Québec, il faut d'abord éliminer le droit maritime qui, selon *ITO, supra*, n'admet que la common law, et il faut, en même temps, que le conflit de loi résultant du fait que la faute alléguée des employés du Conseil du Trésor a été commise en Ontario et le dommage subi au Québec, se résolve en faveur du Québec, lieu du dommage, ce qui n'est certes pas acquis (voir

Kibale v. Canada (1992), 58 F.T.R. 199 (F.C.T.D.) and *Canada v. Maritime Group (Canada) Inc.*, [1993] 1 F.C. 131 (T.D.); *Gingras v. Canada*, [1994] 2 F.C. 734 (C.A.)). In any event, however, I am of the opinion, as I shall explain in a moment, that the conclusion that must be reached from the facts in terms of liability cannot vary from one legal system to the other.

[12] Lastly, I am entirely in agreement with the Trial Judge when he refused to characterize the delay by the Treasury Board or its employees in filing its list of designated employees as wrongful. In the circumstances, it cannot be said that the employees, if their behaviour must be isolated, acted imprudently or in a disorganized manner. At that time, they were correct in thinking that it would be better to wait for the reports from all the departments, even though it resulted in being late by one day, given the nature of the twenty-day time limit which had until then been regarded as not being mandatory. Nor do I have any difficulty with the manner in which the Judge analyzed and applied to the facts of the case the concepts of foreseeability and proximity in the common law of liability; as is the case for the concept of causality in the civil law, applying those concepts is at times a matter of great delicacy, where common sense plays a greater role than objective measures or methods of review. It seems, to me as well, that in our case both common law foreseeability and Quebec law causality are extremely tenuous when we look at them through all of the events that occurred and the things that were done during the two years after the allegedly wrongful act, were it not for which events and acts the damage would never have occurred. This is of little import, in fact, and here again I decline to say more since as I said, the problem may be solved much more simply. It is now time for me to explain my position.

[13] The reasoning of the plaintiffs/appellants rests on a premise that, in my view, cannot stand. What it assumes is that the act of an agent may result in the agent's principal-employer being liable as employer, even if, had the employer itself performed the act, it would have incurred no liability. It is clear, as this Court pointed out in the decision in which it held the limitation to be mandatory,⁶ that late filing of the

notamment *Kibale c. Canada* (1992), 58 F.T.R. 199 (C.F. 1^{re} inst), et *Canada c. Maritime Group (Canada) Inc.*, [1993] 1 C.F. 131 (1^{re} inst.); *Gingras c. Canada*, [1994] 2 C.F. 734 (C.A.)). Mais, de toute façon, je suis d'avis, et je m'en expliquerai dans un instant, que la conclusion à tirer des faits sur le plan responsabilité ne saurait varier d'un système juridique à l'autre.

[12] Finalement, je suis tout à fait d'accord avec le juge de première instance quand il refuse de qualifier de fautif sur le plan civil le retard du Conseil du Trésor ou de ses fonctionnaires à déposer sa liste d'employés désignés. On ne saurait dire, dans les circonstances, que les fonctionnaires, s'il faut les isoler, ont agi de façon imprudente et désordonnée. Ils avaient raison, à ce moment, de penser qu'il valait mieux attendre le rapport de tous les ministères même s'il en résultait une journée de retard, étant donné le caractère de ce délai de vingt jours reconnu jusque-là comme n'étant pas de rigueur. Et je n'ai aucune difficulté, non plus, avec l'analyse et l'application que fait le juge aux faits de la cause des concepts de prévisibilité et de connexité de la common law de la responsabilité qui, comme celui de la causalité en droit civil, sont des concepts dont la mise en œuvre est parfois fort délicate et où entrent en jeu des réactions de bon sens plus que des mesures ou méthodes de contrôle de caractère objectif. Aussi bien la prévisibilité de la common law que la causalité du droit québécois me paraissent, à moi aussi, fort ténues quand on les regarde à travers tous les événements qui sont survenus et les gestes qui ont été posés pendant deux ans après l'acte dit fautif et sans lesquels le dommage ne serait jamais arrivé. Peu importe, en fait, et ici encore je renonce à m'attarder car pour moi, je l'ai dit, le problème se résout de façon beaucoup plus simple. Et c'est le temps de m'en expliquer.

[13] Le raisonnement des demandresses/appelantes repose sur une prémisse qui, à mon avis, ne se soutient pas. Il présuppose, en effet, que l'acte d'un préposé peut entraîner la responsabilité de son commettant employeur en tant qu'employeur, même si ce même acte posé par l'employeur lui-même ne saurait lui faire encourir aucune responsabilité. Car il est clair, comme le signale cette Cour dans l'arrêt où elle

section 79 “list” by the Treasury Board, or the government or the respondent, is no different from simple refusal to file. And as noted earlier, the appellants willingly admit that refusal to file is a decision that is subject to sanction in the political arena only, even if it is plain that it may have significant consequences for the public and the economy. I would repeat, the government’s only duty in respect of the seaway is to ensure the security of the public, and that duty may be discharged by quite a number of methods other than having employees “designated” in contemplation of a strike.

[14] Even if we could isolate one genuinely wrongful act on the part of an employee, such as lingering at the tavern along the way to filing (and that is somewhat how the appellants present their position, although the evidence is that it was the actual authorities at the Treasury Board who decided to delay filing), it would not be possible, logically, to say there was any liability to the public. The first and only direct consequence of the wrongful act by the employee would be to have created an obstacle to the Treasury Board or the government filing its “list”, and the whole thing would end there, since the default by the Treasury Board could not result in civil liability.

[15] Counsel for the appellants spoke of the new opening provided by certain recent decisions concerning Crown liability. First, as I said, he referred to *Kamloops, supra*, in which the city had to answer for its building inspectors’ failure to take all necessary steps to ensure that the requirements of its municipal by-law governing the construction of houses were complied with in a specific case. He also mentioned *Just, supra*, in which the province was held to be liable for failure to maintain a major artery in its road system. And he looked behind the Canadian cases to the influence exerted by the decision of the House of Lords in *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All ER 294 (H.L.), in which the Home Office was held liable for damages caused by a young inmate who had escaped from the place where he was incarcerated as a result of negligence on the part of his

déclare le délai de rigueur⁶, que le dépôt tardif de la «liste» de l’article 79 par le Conseil du Trésor, ou le gouvernement ou l’intimée, ne se différencie pas du refus pur et simple de déposer. Et le refus de déposer, les appelantes, comme dit plus haut, l’admettent volontiers, est une décision qui ne peut être sanctionnée que sur le plan politique, même s’il est évident qu’elle pourra engendrer des conséquences importantes pour le public et l’économie. Car, répétons-le, la seule obligation du gouvernement relative à la voie maritime est d’assurer la sécurité du public et cette obligation peut être assurée par bien d’autres moyens que celui d’obtenir la «désignation» d’employés dans la perspective d’une grève.

[14] Même si l’on pouvait isoler un acte vraiment fautif de la part d’un employé, comme celui de traîner à la taverne en chemin pour le dépôt (et c’est un peu de cette façon que les appelantes présentent leur thèse, quoique la preuve soit à l’effet que ce sont les autorités mêmes du Conseil du Trésor qui ont décidé de retarder le dépôt), il n’y aurait pas possibilité, logiquement, de parler de responsabilité à l’égard du public. C’est que la première et seule directe conséquence de la faute de l’employé serait d’avoir créé un obstacle au dépôt par le Conseil du Trésor ou le gouvernement de sa «liste» et le tout s’arrêterait là puisque le défaut du Conseil du Trésor ne saurait engendrer responsabilité civile.

[15] Le procureur des appelantes parle de l’ouverture nouvelle apportée par certains arrêts récents sur la responsabilité de l’État. Il mentionne d’abord, je l’ai dit, *Kamloops, supra*, où la ville dut répondre du défaut de ses inspecteurs en bâtiments d’avoir pris toutes les mesures nécessaires pour que les prescriptions de son règlement municipal relatif à la construction d’habitations soient respectées dans un cas particulier. Il mentionne aussi *Just, supra*, où la province fut tenue responsable du défaut d’entretien d’une route importante de son réseau routier. Et il rappelle, derrière les arrêts canadiens, l’influence qu’a eu l’arrêt de la Chambre des lords, *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, [1970] 2 All ER 294 (H.L.), où le Home Office fut trouvé responsable des dommages causés par un jeune détenu qui s’était échappé de son lieu d’incarcération par suite de la négligence de ses

guards. I am not forgetting that those decisions have put a definitive end to whatever remained in the mind of the courts of the idea that the Crown should never be held liable in tort and have made them realize that while such immunity may have been necessary in respect of acts performed as planner and governor, it was no longer necessary in respect of acts performed as supplier and dispenser of public services.⁷ And I believe that this development was eminently desirable. Is it not quite proper that the authority which decides to assume some role and to provide a particular service to the community do so prudently and diligently, both in terms of its management decisions and in terms of the implementation of those decisions by its agents; and is it not then normal that it be held fully liable to the community in general, and specifically to those who rely on its actions? However, I do not see how these decisions could be regarded as involving cases similar to the matter before us. Neither the members of the Treasury Board who were responsible for filing the list of designated employees nor the Treasury Board itself, as representative of the Queen, are exercising the rights and options conferred on them by the *Public Service Staff Relations Act* as dispensers of a service to the public.

[16] To conclude the analysis, I am quite simply of the opinion that the action in liability brought by the plaintiffs/appellants against the respondent cannot be found to have any legal basis. The Trial Judge was correct not to allow it and the appeal from his judgment is without merit.

[17] I would reject this appeal with costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

¹ I reproduce the text:

79. (1) Notwithstanding section 78, no conciliation board shall be established for the investigation and conciliation of a dispute in respect of a bargaining unit until the parties have agreed on or the Board has determined pursuant to this section the employees or classes of employees in the bargaining unit (hereinafter in this Act referred to as "designated employees") whose duties consist in whole or in part of duties the performance of which at any particular time or after any specified period of time is or will be

gardiens. Je n'ignore pas que ces arrêts ont définitivement mis fin à tout ce qui persistait dans l'esprit des tribunaux de l'idée que l'État ne devrait jamais être tenu responsable délictuellement et ont fait réaliser que si cette immunité était nécessaire pour les actes posés en tant que planificateur et gouvernant, elle ne l'était plus pour ceux posés en tant que fournisseur et dispensateur de services publics⁷. Et je pense que l'évolution était éminemment souhaitable. N'est-il pas dans l'ordre que l'autorité qui décide d'assumer un rôle quelconque et de fournir un service à la population le fasse de façon prudente et diligente tant quant à ses décisions de direction que quant à leur mise en œuvre par ses préposés, et n'est-il pas normal que sa responsabilité soit alors entière à l'égard de la communauté en général et surtout de ceux qui s'en remettent à son action? Mais, je ne vois pas comment ces décisions puissent être vues comme impliquant des cas semblables à celui ici en cause. Les membres du Conseil du Trésor responsables du dépôt de la liste des employés à désigner, pas plus que le Conseil du Trésor lui-même en tant que représentant de la Reine, n'exercent les droits et options que leur confère la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* comme dispensateurs d'un service au public.

[16] En fin d'analyse, je suis tout simplement d'avis que l'action en responsabilité intentée par les demanderesse/appelantes contre l'intimée ne saurait se voir reconnaître quelque base juridique. Le juge de première instance a eu raison de ne pas la retenir et l'appel contre son jugement est sans mérite.

[17] Je rejetterais cet appel avec dépens.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: J'y souscris.

¹ Je reproduis le texte:

79. (1) Nonobstant l'article 78, il ne doit pas être établi de bureau de conciliation pour l'enquête et la conciliation d'un différend relatif à une unité de négociation tant que les parties ne se sont pas mises d'accord ou que la Commission n'a pris, aux termes du présent article, aucune décision sur la question de savoir quels sont les employés ou les classes d'employés de l'unité de négociation (ci-après dans la présente loi appelés «employés désignés») dont les fonctions sont, en tout ou en partie, des fonctions dont l'exercice à un

necessary in the interest of the safety or security of the public.

(2) Within twenty days after notice to bargain collectively is given by either of the parties to collective bargaining, the employer shall furnish to the Board and the bargaining agent for the relevant bargaining unit a statement in writing of the employees or classes of employees in the bargaining unit who are considered by the employer to be designated employees.

(3) If no objection to the statement referred to in subsection (2) is filed with the Board by the bargaining agent within such time after the receipt thereof by the bargaining agent as the Board may prescribe, such statement shall be taken to be a statement of the employees or classes of employees in the bargaining unit who are agreed by the parties to be designated employees, but where an objection to such statement is filed with the Board by the bargaining agent within the time so prescribed, the Board, after considering the objection and affording each of the parties an opportunity to make representations, shall determine which of the employees or classes of employees in the bargaining unit are designated employees.

(4) A determination made by the Board pursuant to subsection (3) is final and conclusive for all purposes of this Act, and shall be communicated in writing by the Chairman to the parties as soon as possible after the making thereof.

(5) Within such time and in such manner as the Board may prescribe, all employees in a bargaining unit who are agreed by the parties or determined by the Board pursuant to this section to be designated employees shall be so informed by the Board.

² Initially, 23 units representing employees in various departments were involved. Incidentally, conciliation failed for only 3 of the 23, which went on strike on November 11 and returned to work only on December 15, 1989, when special legislation, the *Government Services Resumption Act*, S.C. 1989, c. 24, was brought into force.

³ See *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board)*, [1989] 2 F.C. 445 (C.A.), and *Canada (Attorney General) v. P.S.A.C.*, [1989] 3 F.C. 585 (C.A.).

⁴ [1997] 2 F.C. 575 (T.D.).

⁵ Those paragraphs read as follows:

11. Following the failure by the Treasury Board to file the list of designated employees within the time allowed, the defendant could have taken other measures to ensure that navigation could continue in the navigable lanes in question in acceptably safe conditions, *inter alia* by contracting a large part of the work that the Coast Guard crews could have performed to private firms. Because of the inertia, stalling and general incompetence of the administration of the Canadian Coast Guard and the other

moment particulier ou après un délai spécifié est ou sera nécessaire dans l'intérêt de la sûreté ou de la sécurité du public.

(2) Dans les vingt jours qui suivent celui où l'avis de négociations collectives est donné par l'une ou l'autre des parties aux négociations collectives, l'employeur doit fournir à la Commission et à l'agent négociateur de l'unité de négociation en cause un relevé des employés ou classes d'employés de l'unité de négociation que l'employeur considère comme des employés désignés.

(3) Si aucune opposition au relevé mentionné au paragraphe (2) n'est faite à la Commission par l'agent négociateur dans tel délai consécutif à la réception de ce relevé par l'agent négociateur que peut fixer la Commission, ce relevé doit être considéré comme un relevé des employés ou des classes d'employés de l'unité de négociations qui, par convention des parties, sont des employés désignés. Toutefois, lorsqu'une opposition à ce relevé est faite à la Commission par l'agent négociateur dans le délai ainsi prescrit, la Commission, après avoir examiné l'opposition et avoir donné à chaque partie l'occasion de communiquer ses observations, doit décider quels employés ou quelles classes d'employés de l'unité de négociation sont des employés désignés.

(4) Une décision prise par la Commission en conformité du paragraphe (3) est définitive et péremptoire à toutes fins de la présente loi. Le Président doit la communiquer par écrit aux parties aussitôt que possible.

(5) Dans le délai et de la manière que peut prescrire la Commission, tous les employés d'une unité de négociation qui sont, par convention des parties ou par décision de la Commission en conformité du présent article, des employés désignés doivent en être informés par la Commission.

² Initialement, 23 unités représentant des fonctionnaires de divers ministères étaient impliquées. Incidemment, la conciliation échoua pour 3 seulement des 23 qui se mirent en grève le 11 novembre et ne retournerent au travail que le 15 décembre 1989, suite à l'entrée en vigueur d'une loi spéciale, la *Loi sur la reprise des services gouvernementaux*, L.C. 1989, ch. 24.

³ Voir *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1989] 2 C.F. 445 (C.A.), et *Canada (Procureur général) c. A.F.P.C.*, [1989] 3 C.F. 585 (C.A.).

⁴ [1997] 2 C.F. 575 (1^{re} inst.).

⁵ Ils se lisaient ainsi:

11. La défenderesse aurait pu, à la suite du défaut du Conseil du Trésor de déposer la liste des fonctionnaires désignés dans le délai prévu, prendre d'autres mesures pour assurer la poursuite de la navigation dans les voies navigables en question dans des conditions de sécurité acceptables, notamment en confiant par contrat à des entreprises privées une grande partie du travail dont les équipages de la Garde côtière auraient pu se charger. En raison de l'inertie, des hésitations et de l'incompétence générale

employees of the defendant who were responsible for ensuring the security of navigation in the waterways in question, the defendant did not avail herself of any alternative arrangement to ensure that maritime traffic could transit the waterways in question.

12. Moreover, the defendant, who was well aware that a strike was imminent, could have taken a number of measures, through the intermediary of her Coast Guard or other employees, to avoid the situation that subsequently arose, by directing the Coast Guard to perform certain of its duties before the strike began, *inter alia* by requiring that it replace the summer buoys with the winter buoys

⁶ *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board)*, *supra*, at p. 450.

⁷ On this point, see the excellent article by Linden J., entitled "Tort Liability of Governments for Negligence" (1995), 53 *Advocate* 535.

de l'administration de la Garde côtière canadienne et des autres employés de la défenderesse qui étaient chargés d'assurer la sécurité de la navigation dans les cours d'eau en question, la défenderesse n'a recouru à aucune solution de rechange pour assurer la circulation maritime dans les cours d'eau en question.

12. Qui plus est, par l'intermédiaire de sa Garde côtière ou d'autres employés, la défenderesse, qui était bien au courant de l'imminence d'une grève, aurait pu prendre plusieurs mesures avant le déclenchement de la grève pour éviter la situation qui s'est par la suite produite en obligeant la Garde côtière à s'acquitter de certaines de ses tâches avant le déclenchement de la grève, notamment en lui faisant remplacer les bouées d'été par des bouées d'hiver

⁶ *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor)*, *supra*, à la p. 450.

⁷ Voir, sur cette question, l'excellent article du juge Linden intitulé «Tort Liability of Governments for Negligence» (1995), 53 *Advocate* 535.

T-631-97

T-631-97

Alexander Jaworski (*Applicant*)**Alexander Jaworski** (*demandeur*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)**Le procureur général du Canada** (*défendeur*)**INDEXED AS: JAWORSKI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**
(T.D.)**RÉPERTORIÉ: JAWORSKI c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**
(1^{re} INST.)Trial Division, Rothstein J.—Toronto, May 20;
Vancouver, June 12, 1998.Section de première instance, juge Rothstein—
Toronto, 20 mai; Vancouver, 12 juin 1998.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Judicial review of Commissioner's dismissal of appeal from Adjudication Board's finding applicant should resign or be dismissed for disgraceful conduct bringing discredit to RCMP — Witness identifying applicant as man seen climbing backyard fence, masturbating in street, but not absolutely certain — No criminal charges laid, but internal investigation conducted — At applicant's request, Adjudication Board taking view of area in presence of applicant, counsel — Applicant given opportunity to add to record with respect to view — Board noting discrepancies between description of offender, applicant; frailty of identification evidence; other circumstantial evidence; applicant's demeanour at hearing — Concluding identification sufficiently clear, convincing to satisfy it on balance of probabilities applicant responsible for committing acts proven — External Review Committee (ERC) finding Board failed to adequately consider problems with identification evidence — Commissioner confirming Board's decision — Application dismissed — Board neither ignoring nor misunderstanding evidence, rule of law — Required to weigh evidence, make determination based on balance of probabilities, on basis of clear, cogent evidence — Final determination depending on subjective reaction of Board, ERC, Commissioner — Commissioner not erring in subjective appreciation of evidence — Board disbelieved applicant, causing it to put aside applicant's evidence — Board applying appropriate framework, analysis in arriving at conclusion witness's evidence sufficiently clear, convincing to prove identification — Procedural fairness not requiring tribunal to disclose ongoing observations with respect to evidence as tendered.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de la GRC rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et devrait démissionner ou être renvoyé — Un témoin a identifié le demandeur comme l'homme qu'elle avait vu grimper une clôture de cour arrière et se masturber dans la rue, mais elle n'en était pas entièrement certaine — Aucune accusation pénale n'a été portée mais une enquête interne a eu lieu — À la requête du demandeur, le comité d'arbitrage s'est rendu sur les lieux en présence du demandeur et de son avocat — Le demandeur a eu la possibilité d'ajouter des éléments au dossier au sujet de la visite des lieux — Le comité a noté des incohérences entre la description du contrevenant et celle du demandeur, il a fait remarquer la fragilité de la preuve d'identification, il a tenu compte d'autres éléments de preuve circonstancielle et il a souligné le comportement du demandeur à l'audience — Il a conclu que l'identification était suffisamment claire et convaincante pour le persuader selon la prépondérance des probabilités que le demandeur était responsable d'avoir commis les actes prouvés — Le comité externe d'examen (CEE) a jugé que le comité d'arbitrage n'avait pas suffisamment tenu compte des problèmes touchant la preuve d'identification — Le commissaire a confirmé la décision du comité d'arbitrage — Demande rejetée — Le comité n'a ni omis de prendre en considération ni mal compris les éléments de preuve, ni n'a transgressé une règle de droit — Il devait soupeser la preuve et prendre une décision selon la prépondérance des probabilités, fondée sur une preuve claire et décisive — La décision dépendait, en dernier lieu, de la réaction subjective du comité, du CEE et du commissaire — Le commissaire n'a pas commis d'erreur dans l'appréciation subjective de la preuve — Le comité n'a pas cru le demandeur, ce qui l'a amené à rejeter la preuve qu'il a présentée — Le comité a appliqué les principes et fait l'analyse appropriés en arrivant à la conclusion que la preuve testimoniale était suffisamment claire et convaincante pour prouver l'identification — Que les observations du comité découlaient de la visite ou d'une photographie déposée en preuve, le demandeur connaissait la preuve dont disposait le comité —

Evidence — Judicial review of RCMP Commissioner's dismissal of appeal from Adjudication Board's finding applicant should resign or be dismissed for disgraceful conduct bringing discredit to RCMP — Applicant identified, but not with absolute certainty, as man seen climbing backyard fence, masturbating in street — No criminal charges laid, but internal investigation conducted — Adjudication Board taking view of area where incident occurred in presence of applicant, counsel — As result of view, Board doubting applicant's explanation for presence in area — Where tribunal taking view, not to gather evidence, but to understand evidence submitted, entitled to make observations inconsistent with evidence adduced by parties.

RCMP — Judicial review of Commissioner's dismissal of appeal from Adjudication Board's finding applicant should resign or be dismissed for disgraceful conduct bringing discredit to RCMP — Applicant identified as man seen climbing backyard fence, masturbating in street — External Review Committee finding Board failed to adequately consider problems with identification evidence — Commissioner confirming Board's decision — Royal Canadian Mounted Police Act, s. 45.16(6) requiring Commissioner to give reasons for not acting on ERC's findings — Not requiring Commissioner to address individually every finding made by ERC — Commissioner's reasons reviewing evidence, Board's and ERC's findings, explaining why Board's decision preferred over ERC's recommendation — Meeting standard imposed by s. 45.16(6) — Commissioner entitled to decide not to act on ERC's recommendations — Decision not reviewable unless error of type referred to in Federal Court Act, s. 18.1(4) disclosed.

This was an application for judicial review of the RCMP Commissioner's dismissal of the applicant's appeal from a decision of an Adjudication Board finding that the applicant had conducted himself in a disgraceful manner that brought discredit to the RCMP, and that the applicant should resign or, in default, be dismissed from the Force. The police received a report that a man had been seen attempting to climb a fence into a private backyard, and later masturbating

L'équité procédurale n'oblige pas un tribunal à communiquer ses observations constantes au sujet de la preuve présentée.

Preuve — Contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de la GRC rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et devrait démissionner ou être renvoyé — Le demandeur a été identifié, mais non de façon absolument certaine, comme l'homme aperçu en train de grimper une clôture de cour arrière et en train de se masturber dans la rue — Aucune accusation pénale n'a été portée mais une enquête interne a eu lieu — Le comité d'arbitrage s'est rendu sur les lieux où l'incident s'est produit, en présence du demandeur et de son avocat — Vu la visite, le comité n'a pas cru les explications fournies par le demandeur quant à sa présence sur les lieux — Lorsqu'un tribunal procède à une visite des lieux non pas pour recueillir de la preuve, mais afin de mieux comprendre la preuve présentée, il a le droit de se fonder sur ses observations d'éléments incompatibles avec la preuve présentée par les parties.

GRC — Contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de la GRC rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et devrait démissionner ou être renvoyé — Le demandeur a été identifié comme l'homme aperçu en train de grimper une clôture de cour arrière et de se masturber dans la rue — Le comité d'examen externe a jugé que le comité n'avait pas suffisamment tenu compte des problèmes touchant la preuve d'identification — Le commissaire a confirmé la décision du comité — L'art. 45.16(6) de la Loi sur la gendarmerie royale canadienne oblige le commissaire à expliquer les raisons pour lesquelles il choisit de s'écarter des conclusions du CEE — Cela n'oblige pas le commissaire à commenter chacune des conclusions du CEE — Les motifs du commissaire, examinant les éléments de preuve et les conclusions du comité et du CEE, expliquent pourquoi il a choisi de se fonder sur la décision du comité plutôt que sur la recommandation du CEE — Cela était conforme à la norme imposée par l'art. 45.16(6) — Le commissaire a le droit de ne pas se fonder sur les recommandations du CEE — Sa décision n'est pas susceptible de révision, sauf si une erreur de la nature de celles qui sont mentionnées à l'art. 18.1(4) de la Loi sur la Cour fédérale a été commise.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de la GRC par laquelle il a rejeté l'appel interjeté par le demandeur contre une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et il devrait démissionner du corps policier ou, subsidiairement, être renvoyé de celui-ci. La police a reçu un signalement selon lequel un homme avait été vu tentant de grimper à la

in the street. The man was described as a white male, with dark hair, receding hairline, and 5 feet 6 or 9 inches tall, wearing an army jacket. The police arrived on the scene within three to five minutes and found the applicant nearby. The applicant is a white male, 6 feet tall, and had been wearing a green hooded army or marine jacket and black pants. The witness was asked to look at the applicant, who was with the police. She believed that the applicant was the man she had seen, but she was not absolutely certain. No criminal charges were laid against the applicant. In connection with an internal RCMP investigation of the matter, the witness identified the applicant from photographs showing only the head and shoulders of eight men with moustaches, but repeated that she was not absolutely certain. She also identified the applicant at the hearing before the Adjudication Board. At the applicant's request, the Board conducted a viewing of the area where the incident had taken place, with the applicant and his counsel present. When the hearing resumed the applicant was given an opportunity to "add to the record with respect to the view". As a result thereof, the Board doubted the applicant's explanation of what he had been doing when found by the police. It noted the discrepancies between the witness's description of the person she had seen and the actual physical characteristics of the applicant, and the frailty of the identification evidence. It also had regard to other circumstantial evidence, i.e. the top button of the applicant's pants was unbuttoned, there was no one else in the vicinity at the time, the applicant was walking rather than running after the person that he said he had observed near his car and, although an experienced police officer claiming not to have engaged in any impropriety, he did not ask the police why they were questioning him. Finally, the Board noted the applicant's demeanour at the hearing. Based on the totality of the evidence, the Board found the witness's identification sufficiently clear and convincing to satisfy it on a balance of probabilities that the applicant had committed the acts. The External Review Committee (ERC) found that the Adjudication Board had failed to take adequate account of the inconsistencies in the evidence relating to height and clothing, the inherent weakness of the witness's identification at the scene where the applicant was the only possible person to identify, that the photographs only showed the head and shoulders of the men, that the identification evidence at the hearing was rendered suspect as a result of the prior identification at the scene. The Commissioner nevertheless confirmed the Board's decision.

The issues were: (1) whether the evidence of identification of the applicant was capable in law of sustaining a finding

clôture d'une cour arrière privée et, par la suite, se masturbant dans la rue. L'homme a été décrit comme un homme blanc aux cheveux noirs et au front dégarni, mesurant soit cinq pieds six pouces ou cinq pieds neuf pouces, et portant un blouson d'armée. La police est arrivée sur les lieux de trois à cinq minutes plus tard et a trouvé le demandeur dans les environs. Le demandeur est un homme de couleur blanche qui mesure six pieds et qui portait un blouson d'armée ou de marine vert à capuchon ainsi qu'un pantalon noir. Le témoin a été invité à regarder le demandeur, qui était avec la police. Elle a cru que le demandeur était l'homme qu'elle avait vu, mais elle n'était pas entièrement certaine. Aucune accusation pénale n'a été portée contre le demandeur. Dans le cadre d'une enquête interne de la GRC au sujet de l'affaire, le témoin a identifié le demandeur à partir de photographies montrant uniquement la tête et les épaules de huit hommes avec des moustaches, mais a répété qu'elle n'était pas entièrement certaine. Elle a également identifié le demandeur à l'audience tenue devant le comité d'arbitrage. À la requête du demandeur, le comité s'est rendu sur les lieux où l'incident s'était produit, en présence du demandeur et de son avocat. À la reprise de l'audience, le demandeur a eu la possibilité «d'ajouter des éléments au dossier au sujet de la visite des lieux». En conséquence, le comité n'a pas cru l'explication du demandeur sur ce qu'il faisait lorsqu'il a été aperçu par la police. Il a noté les différences entre la description que le témoin a faite de la personne qu'elle a vue et les caractéristiques physiques réelles du demandeur, et la fragilité de la preuve d'identification. Il a également tenu compte des autres éléments de preuve circonstancielle, c.-à-d., le fait que le bouton du haut du pantalon du demandeur était détaché, que personne ne se trouvait dans l'entourage au moment de l'incident, que le demandeur marchait en direction de la personne qu'il a soutenu avoir observé près de son véhicule plutôt que de courir après elle et, bien qu'il fût un agent de police expérimenté qui prétendait n'avoir commis aucun geste indécent, qu'il n'a pas demandé aux policiers pourquoi ils l'interrogeaient. Enfin, le comité a noté le comportement du demandeur au cours de l'audience. Se fondant sur l'ensemble de la preuve, le comité a jugé l'identification faite par le témoin suffisamment claire et convaincante pour le persuader, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur avait commis les actes. Le comité externe d'examen (CEE) a jugé que le comité d'arbitrage n'avait pas suffisamment tenu compte des incohérences de la preuve au sujet de la taille et des vêtements, de la faiblesse inhérente de l'identification du témoin sur les lieux étant donné que le demandeur était la seule personne pouvant être identifiée, que les photographies montraient uniquement la tête et les épaules des hommes, que la preuve d'identification à l'audience était devenue douteuse en raison de l'identification précédente qui avait été faite sur les lieux. Le commissaire a néanmoins confirmé la décision du comité d'arbitrage.

Les questions litigieuses étaient de savoir: 1) si la preuve d'identification pouvait justifier en droit une conclusion

against him; (2) whether the Commissioner complied with *Royal Canadian Mounted Police Act*, subsection 45.16(6), which requires that he give reasons for not acting on the ERC's recommendations; and (3) whether the Commissioner erred in not finding that the Adjudication Board wrongly considered evidence it had gathered from the viewing.

Held, the application should be dismissed.

(1) The standard of proof was the civil standard, and in a serious case with grave consequences such as this, the evidence should be "clear and cogent" or "clear and convincing".

The Board did not ignore or misunderstand the evidence. What was involved was a weighing of the eye witness and circumstantial evidence, and a determination based on proof on a balance of probabilities, on the basis of clear and cogent evidence. The final determination depended on the subjective reaction of the Adjudication Board, the ERC and ultimately the Commissioner. No objective definition or test was involved. The Board had regard to the frailty of identification evidence and the correct standard of proof. It did not ignore or breach any rule of law. The Commissioner did not err in his subjective appreciation of the evidence and in choosing to confirm the Board's decision.

The Adjudication Board disbelieved the applicant. This caused it to put aside the applicant's evidence. It then determined that, based on the totality of the evidence, it was satisfied that the witness's evidence was sufficiently clear and convincing to prove that it was the applicant whom she had seen. The Board applied the appropriate framework and analysis in arriving at its conclusion.

(2) Subsection 45.16(6) requires the Commissioner to give reasons for not acting on the ERC's findings or recommendations. This does not mean that the Commissioner must address individually every finding made by the ERC. It simply means that he must, in a reasonable manner, explain why he prefers the Board's decision over that of the ERC. The Commissioner's reasons met the standard required by subsection 45.16(6). He did review the evidence before the Adjudication Board and, in greater detail, both the findings of the Board and the ERC. The Commissioner's conclusions explain why he chose to act on the Board's decision as opposed to the ERC's recommendation. The Commissioner is entitled to decide not to act on the ERC's recommendations, and his decision is not reviewable unless an error of the type referred to in *Federal Court Act*, subsection 18.1(4) is disclosed.

défavorable au demandeur en l'espèce; 2) si le commissaire a respecté le paragraphe 45.16(6) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, qui l'oblige à motiver son choix de s'écarter des recommandations de la CEE; 3) si le commissaire avait commis une erreur en ne concluant pas que le comité d'arbitrage avait eu tort de tenir compte des éléments de preuve qu'il avait recueillis en examinant les lieux.

Jugement: la demande doit être rejetée.

1) La norme de preuve était la norme applicable en matière civile et, dans un cas grave dont l'issue pouvait avoir de graves conséquences, comme le cas du demandeur en l'espèce, la preuve devait être «claire et décisive» ou «claire et convaincante».

Le comité d'arbitrage n'a ni omis de prendre en considération ni mal compris les éléments de preuve. Ce qui était en jeu, c'était une évaluation du témoignage du témoin oculaire et de la preuve circonstancielle et une décision fondée sur une preuve claire et décisive établie selon la prépondérance des probabilités. La décision dépendait, en dernier ressort, de la réaction subjective du comité d'arbitrage, du CEE et, en dernier lieu, du commissaire. Aucune définition ni critère objectif ne devait être appliqué. Le comité d'arbitrage a tenu compte de la fragilité de la preuve d'identification et a appliqué la norme de preuve appropriée. Il n'a pas omis de prendre en considération ni transgressé une règle de droit. Le commissaire n'a pas commis d'erreur liée à son appréciation subjective de la preuve et à son choix de confirmer la conclusion du comité d'arbitrage.

Le comité d'arbitrage n'a pas cru le demandeur. C'est ce qui l'a incité à rejeter la preuve qu'il a présentée. Il a ensuite ajouté que, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le témoignage était suffisamment clair et convaincant pour lui permettre de conclure que c'était bien le demandeur que le témoin avait vu. Le comité a appliqué les principes et fait l'analyse appropriés pour en arriver à cette conclusion.

(2) Le paragraphe 45.16(6) oblige le commissaire à expliquer les raisons pour lesquelles il choisit de s'écarter des conclusions ou des recommandations du CEE. Cela ne signifie pas que le commissaire doive commenter chacune des conclusions du CEE. Cela signifie simplement qu'il doit, d'une façon raisonnable, expliquer pourquoi il préfère la décision du comité à celle du CEE. Les motifs du commissaire ont satisfait à la norme exigée par le paragraphe 45.16(6). Il a examiné les éléments de preuve dont le comité d'arbitrage était saisi et, d'une façon plus approfondie encore, les conclusions que celui-ci et le CEE ont tirées. Les conclusions du commissaire expliquent pourquoi il a choisi de se fonder sur la décision du comité plutôt que sur la recommandation du CEE. Le commissaire a le droit de ne pas se fonder sur les recommandations du CEE et sa décision n'est pas susceptible de révision, sauf si une erreur de la nature de celles qui sont mentionnées au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale* a été commise.

The applicant also alleged that the Commissioner did not properly assess the law and facts himself as he was required to do. The appeal before the Commissioner was not a trial *de novo*. In determining whether he was satisfied with the findings of the Adjudication Board, he had to consider the record before the Board, the Board's findings and the ERC's recommendations, as well as the submissions made to him. On the basis of the material before him, which his decision discloses he considered, the Commissioner was satisfied with the Board's decision and confirmed it. That process complied with the legislative scheme.

(3) Where a tribunal conducts a view, not to gather its own evidence but to better understand the evidence being submitted, it is entitled to rely on its observations of matters inconsistent with the evidence adduced by the parties. The Board was entitled to make the observations it made during the viewing and to rely thereon in rejecting the credibility of the applicant's evidence.

Procedural fairness does not require a tribunal to disclose its ongoing observations with respect to the evidence as it is tendered. If the Board had formed its opinion based on its consideration of a photograph that had been placed in evidence, it would not have been incumbent on it to disclose its observations to the applicant at the hearing in order that he might make further submissions on the point. Whether the Board's observations are the result of a view or a photograph introduced as evidence, the applicant would have been aware of what was before the Board and had the opportunity to make relevant representations. The Board was not obliged to disclose its preliminary observations to the applicant to enable him to attempt to dispel them any more than any other consideration or impression it gathered from any other evidence it heard or saw. There was no error with respect to the viewing.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1) (as am. by S.C. 1991, c. 43, s. 9).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 45.14(3) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), 45.16(1) (as enacted *idem*), (6) (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

International Forest Products Ltd. and I.W.A.—Canada Loc. 1-71, Re (1995), 51 L.A.C. (4th) 85 (B.C.L.A.B.);

Le demandeur a également soutenu que le commissaire n'a pas correctement évalué les faits et les règles de droit comme il devait le faire. L'appel interjeté devant le commissaire n'était pas une instruction *de novo*. En décidant s'il était satisfait ou non des conclusions du comité d'arbitrage, il devait examiner le dossier dont le comité était saisi, les conclusions du comité et les recommandations du CEE, ainsi que les observations qui ont été formulées devant lui. En se fondant sur les éléments portés à son attention, le commissaire a jugé satisfaisante la conclusion du comité d'arbitrage et l'a confirmée. Cette façon de procéder était conforme aux dispositions législatives applicables.

3) Lorsqu'un tribunal procède à une visite des lieux non pas pour recueillir ses propres éléments de preuve, mais afin de mieux comprendre la preuve présentée, il a le droit de se fonder sur ses observations d'éléments incompatibles avec la preuve présentée par les parties. Le comité avait le droit de faire les observations qu'il a faites au cours de la visite et de s'y fonder pour nier la crédibilité de la preuve du demandeur.

L'équité procédurale n'oblige pas un tribunal à communiquer ses observations constantes au sujet de la preuve présentée. Si le comité s'était formé une opinion à la lumière de l'examen d'une photographie, il n'aurait pas été tenu de communiquer ses observations au demandeur à l'audience pour lui permettre de formuler d'autres arguments sur la question. Que les observations du comité découlent d'une visite ou d'une photographie présentée en preuve, le demandeur savait sans doute ce que le comité avait vu et il a eu la possibilité de formuler des arguments pertinents. Le comité n'était pas tenu de divulguer ses observations préliminaires au demandeur pour lui permettre de les réfuter, pas plus qu'il ne devait divulguer les autres impressions qu'il a pu avoir à partir des autres éléments de preuve qu'il a entendus ou vus. Aucune erreur n'a été commise dans le cadre de la visite des lieux.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1) (mod. par L.C. 1991, ch. 43, art. 9).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Loi sur la gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 45.14(3) (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16), 45.16(1) (édicte, *idem*), (6) (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

International Forest Products Ltd. and I.W.A.—Canada Loc. 1-71, Re (1995), 51 L.A.C. (4th) 85 (B.C.L.A.B.);

Meyers v. Government of Manitoba & Dobrowski (1960), 26 D.L.R. (2d) 550; 33 W.W.R. 461 (Man. C.A.); *Calgary & Edmonton Railway Co. v. MacKinnon* (1910), 43 S.C.R. 379; 11 C.R.C. 32; *R. v. Malcolm* (1993), 13 O.R. (3d) 165; 81 C.C.C. (3d) 196; 21 C.R. (4th) 241; 63 O.A.C. 188 (C.A.).

CONSIDERED:

Rex v. Smierciak, [1946] O.W.N. 871; [1947] 2 D.L.R. 156; (1946), 2 C.R. 434; 87 C.C.C. 175 (C.A.); *R. v. Miaponoose* (1996), 30 O.R. (3d) 419; 110 C.C.C. (3d) 445; 2 C.R. (5th) 82; 93 O.A.C. 115 (C.A.); *R. v. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641; 117 C.C.C. (3d) 481; 14 C.R. (5th) 116; 103 O.A.C. 15 (C.A.); *Regina v. Cooper (Sean)*, [1969] 1 Q.B. 267 (C.A.); *London General Omnibus Company v. Lavell*, [1901] 1 Ch. 135 (C.A.).

REFERRED TO:

Gilbert v. Brown (1910), 15 O.W.R. 673 (C.A.); *Chambers v. Murphy*, [1953] 2 D.L.R. 705 (Ont. C.A.); *C & B Vacation Properties Inc. v. Canada*, [1995] F.C.J. No. 1145 (T.D.) (QL); *Buckingham v. Daily News, Ltd.*, [1956] 2 All E.R. 904 (C.A.); *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214; *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.).

AUTHORS CITED

Mullan, David *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

APPLICATION for judicial review of the RCMP Commissioner's dismissal of an appeal from the Adjudication Board's finding that the applicant should resign or be dismissed from the RCMP for disgraceful conduct that had brought discredit to the Force, on the grounds that the identification evidence was incapable of sustaining a finding against the applicant; that the Commissioner had not complied with *Royal Canadian Mounted Police Act*, subsection 45.16(5); or that the Board had wrongly considered evidence gathered from a view of the area where the incident giving rise to proceedings against the applicant had taken place. Application dismissed.

Meyers v. Government of Manitoba & Dobrowski (1960), 26 D.L.R. (2d) 550; 33 W.W.R. 461 (C.A. Man.); *Calgary & Edmonton Railway Co. v. MacKinnon* (1910), 43 R.C.S. 379; 11 C.R.C. 32; *R. v. Malcolm* (1993), 13 O.R. (3d) 165; 81 C.C.C. (3d) 196; 21 C.R. (4th) 241; 63 O.A.C. 188 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Rex v. Smierciak, [1946] O.W.N. 871; [1947] 2 D.L.R. 156; (1946), 2 C.R. 434; 87 C.C.C. 175 (C.A.); *R. v. Miaponoose* (1996), 30 O.R. (3d) 419; 110 C.C.C. (3d) 445; 2 C.R. (5th) 82; 93 O.A.C. 115 (C.A.); *R. v. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641; 117 C.C.C. (3d) 481; 14 C.R. (5th) 116; 103 O.A.C. 15 (C.A.); *Regina v. Cooper (Sean)*, [1969] 1 Q.B. 267 (C.A.); *London General Omnibus Company v. Lavell*, [1901] 1 Ch. 135 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Gilbert v. Brown (1910), 15 O.W.R. 673 (C.A.); *Chambers v. Murphy*, [1953] 2 D.L.R. 705 (Ont. C.A.); *C & B Vacation Properties Inc. c. Canada*, [1995] F.C.J. n° 1145 (1^{re} inst.) (QL); *Buckingham v. Daily News, Ltd.*, [1956] 2 All E.R. 904 (C.A.); *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214; *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.).

DOCTRINE

Mullan, David *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de la GRC rejetant l'appel du demandeur à l'égard d'une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et il devrait démissionner du corps policier ou être renvoyé de celui-ci, aux motifs que la preuve d'identification ne pouvait justifier une conclusion défavorable au demandeur, que le commissaire n'avait respecté le paragraphe 45.16(6) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, et que le comité avait eu tort de tenir compte de la preuve recueillie de l'observation des lieux où l'incident à l'origine des procédures contre le demandeur s'était produit. Demande rejetée.

COUNSEL:

F. Paul Morrison and Matthew R. Snell for applicant.
Robert H. Jaworski for respondent.

SOLICITORS:

McCarthy Tétrault, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROTHSTEIN J.:

Issue

[1] This is a judicial review of a decision of the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) dated February 27, 1997 wherein he dismissed the applicant's appeal from a decision of an Adjudication Board finding that the applicant had conducted himself in a disgraceful manner that brought discredit to the RCMP and that the applicant should resign or, in default, be dismissed from the RCMP. The Commissioner confirmed the order of the Adjudication Board.

[2] On this judicial review there are three issues raised by the applicant.

1. Was the evidence of identification of the applicant capable in law of sustaining a finding against him?
2. Did the Commissioner comply with subsection 45.16(6) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16], which requires that he gives reasons for not acting on the findings and recommendations of an External Review Committee (ERC) which recommended that the applicant's appeal to the Commissioner from the Adjudication Board be allowed?
3. Did the Commissioner err in not finding that the Adjudication Board wrongly took into account evi-

AVOCATS:

F. Paul Morrison et Matthew R. Snell pour le demandeur.
Robert H. Jaworski pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McCarthy Tétrault, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE ROTHSTEIN:

Le litige

[1] Il s'agit du contrôle judiciaire d'une décision en date du 27 février 1997 par laquelle le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) a rejeté l'appel du requérant à l'égard d'une décision d'un comité d'arbitrage, selon laquelle celui-ci s'était conduit d'une façon dégradante qui a jeté le discrédit sur la GRC et qu'il devrait démissionner de la GRC ou, subsidiairement, être renvoyé de celle-ci. Le commissaire a confirmé l'ordonnance du comité d'arbitrage.

[2] Le requérant soulève trois questions à trancher dans la présente demande de contrôle judiciaire:

1. La preuve d'identification pouvait-elle justifier en droit une conclusion défavorable au requérant en l'espèce?
2. Le commissaire a-t-il respecté le paragraphe 45.16(6) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10 [édicé par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16], et ses modifications, qui l'oblige à motiver son choix de s'écarter des conclusions et recommandations d'un Comité externe d'examen (CEE), lequel avait recommandé que l'appel du requérant à l'égard de la décision du comité d'arbitrage soit accueilli?
3. Le commissaire a-t-il commis une erreur en ne concluant pas que le comité d'arbitrage avait eu tort

dence gathered by the Board when it viewed the area where the incident giving rise to the proceedings against the applicant took place?

Evidence before the Adjudication Board

[3] On the evening of March 30, 1994, while walking on a sidewalk on Ulster street in Toronto, Elizabeth Ann Hutcheon, a university student, saw a man climbing the fence to the backyard of the premises in which she was living. They were about four car lengths apart. They stared at each other for about 10 seconds. His stare was aggressive or deliberate. She felt uncomfortable. He did not go over the fence. She proceeded to a convenience store at Bathurst and Ulster streets and was in the store for a couple of minutes.

[4] When she left the store she looked up Ulster street and saw no one. On her way back home, she saw the same man, on the other side of Ulster street, his jacket over his head but with his face exposed, with his pants down below his knees, masturbating. They were about two car lengths apart and he was looking at her. She looked at him for two or three seconds and when he took a step towards her she rushed to her home and told her roommate what had happened.

[5] The roommate called the police. On the telephone, Ms. Hutcheon gave a description of a white male, dark hair, receding hairline, and taller than she was—5 feet 6 inches or 5 feet 9 inches (she did not remember which) wearing an army jacket (she did not remember if she said it was grey or green). The police car patrolling in the area received a call at 8:52 p.m. The police arrived at the scene in three to five minutes. They saw the applicant at the intersection of an alleyway with Ulster street near where Ms. Hutcheon lived.

[6] The applicant testified that he had been at a friend's house and that they had consumed two bottles

de tenir compte des éléments de preuve qu'il a recueillis lorsqu'il a examiné les lieux de l'incident à l'origine des poursuites intentées contre le requérant?

Preuve présentée au comité d'arbitrage

[3] Le soir du 30 mars 1994, alors qu'elle marchait sur le trottoir de la rue Ulster, à Toronto, Elizabeth Ann Hutcheon, étudiante à l'université, a vu un homme qui grimpait à la clôture située à l'arrière de l'endroit où elle habitait. Une distance d'environ quatre longueurs de véhicule les séparait. Ils se sont regardés pendant environ dix secondes. Il avait un regard agressif ou volontaire et elle se sentait mal à l'aise. Il n'a pas sauté par-dessus la clôture. Elle s'est rendue à un dépanneur à l'angle des rues Bathurst et Ulster et est restée à l'intérieur pendant deux ou trois minutes.

[4] Lorsqu'elle est sortie du magasin et a regardé en direction de la rue Ulster, elle n'a vu personne. Pendant qu'elle se rendait chez elle, elle a vu le même homme, de l'autre côté de la rue Ulster. Il s'était couvert la tête avec son blouson, mais son visage était bien visible; il avait baissé son pantalon en bas du genou et se masturbait. Une distance d'environ deux longueurs de voiture les séparait et il la regardait. Elle l'a regardé environ deux ou trois secondes et, lorsqu'il a fait un pas vers elle, elle a couru chez elle et a raconté à son colocataire ce qui s'était produit.

[5] Le colocataire a téléphoné à la police. Au téléphone, M^{lle} Hutcheon a décrit l'homme en question comme un homme blanc aux cheveux noirs et au front dégarni qui était plus grand qu'elle, soit cinq pieds six pouces ou cinq pieds neuf pouces (elle ne se rappelait pas exactement) et qui portait un blouson d'armée (elle ne se rappelle pas si elle a dit qu'il était gris ou vert). La voiture de police qui faisait la surveillance dans le secteur a reçu un appel téléphonique à 20h52 et la police est arrivée sur les lieux trois ou cinq minutes après avoir reçu l'appel. Les policiers ont vu le requérant à l'intersection d'une ruelle et de la rue Ulster, près de l'endroit où M^{lle} Hutcheon habitait.

[6] Le requérant a dit au cours de son témoignage qu'il s'était rendu à la maison d'un ami et qu'ils

of wine between them. He drove back to his home on Palmerston Boulevard near where Ms. Hutcheon lived. He says he sat on his back porch before going into his house because he was feeling ill. While sitting, he observed a man in the alley looking at his car. He yelled at the man and then went into the alley to identify him. After looking at his car, the applicant walked down the alley to look for the man. The police saw the applicant at the intersection of the alley and Ulster street and asked him to identify himself.

[7] When the police interviewed Ms. Hutcheon she described the person she saw as a white male, 5 feet 6 inches, hooded jacket, 40 years old, grey or green pants, partially balding. The applicant is a white male, approximately 6 feet tall, and had been wearing a green hooded army or marine jacket and black pants.

[8] The police then told Ms. Hutcheon that they had a man who matched the description that she provided and asked her to go outside to look at him. Initially she did not want to go but eventually did so. They pointed out the applicant, who was with the police. She was about a hundred feet away. Her first impression was that the applicant was the person she had seen climbing the fence and masturbating but she was concerned about the consequences to him if he was a family man. With her roommate's encouragement she moved closer and at this location, believed that the applicant was the person she had seen. The police officer stressed that she had to be one hundred percent certain to make a positive identification. She told the police she could not be one hundred percent sure.

[9] No criminal charges were laid against the applicant.

[10] On May 11, 1994, in connection with an internal RCMP investigation of the matter, Ms.

avaient bu deux bouteilles de vin ensemble. Il est retourné en véhicule automobile chez lui, sur le boulevard Palmerston, près de l'endroit où M^{lle} Hutcheon habitait. Il soutient qu'il s'est assis sur le porche arrière avant d'entrer chez lui, parce qu'il ne se sentait pas bien. Lorsqu'il s'est assis, il a vu un homme qui se trouvait dans la ruelle et qui regardait son véhicule. Il a crié à l'homme et s'est rendu dans la ruelle pour savoir de qui il s'agissait. Après avoir examiné son véhicule, le requérant s'est rendu dans la ruelle pour tenter de trouver l'homme en question. La police a vu le requérant à l'intersection de la ruelle et de la rue Ulster et lui a demandé de s'identifier.

[7] Lorsqu'elle a été interrogée par la police, M^{lle} Hutcheon a décrit la personne qu'elle a vue comme un homme de couleur blanche, d'une quarantaine d'années, qui mesurait cinq pieds six pouces, qui portait un blouson à capuchon et un pantalon gris ou vert et qui était partiellement chauve. Le requérant est un homme de couleur blanche qui mesure environ six pieds et qui portait un blouson d'armée ou de marine vert à capuchon ainsi qu'un pantalon noir.

[8] Les policiers ont alors dit à M^{lle} Hutcheon qu'ils avaient vu un homme qui correspondait à la description qu'elle avait donnée et lui ont demandé de sortir pour le regarder. Elle a commencé par refuser, mais elle est finalement sortie. Les policiers lui ont montré le requérant, qui était avec eux. Elle se trouvait à une centaine de pieds plus loin. À première vue, elle a pensé que le requérant était bien l'homme qui était grimpé à la clôture et qui se masturbait, mais elle craignait les conséquences pouvant découler de cette déclaration si l'homme avait une famille. Encouragée par son colocataire, elle s'est rapprochée et, à cet endroit, elle a cru que le requérant était bien l'homme qu'elle avait vu. Le policier lui a dit qu'elle devait être tout à fait certaine pour faire une identification positive. Elle a dit à la police qu'elle ne pouvait être entièrement certaine.

[9] Aucune accusation pénale n'a été portée contre le requérant.

[10] Le 11 mai 1994, dans le cadre d'une enquête interne de la GRC au sujet de l'affaire, M^{lle} Hutcheon

Hutcheon was asked to identify the applicant from photographs of eight men with moustaches. The applicant had a moustache, which Ms. Hutcheon had not mentioned in her original description of the person she had seen. The photographs, showing only the head and shoulders of the men, did not disclose their height.

[11] Before being asked to identify the applicant from the photographs she was told to put out of her mind the attempts to have her identify the applicant immediately after the incident. Ms. Hutcheon identified the applicant from the photographs but said she could not be “absolutely certain”. She also identified the applicant at the hearing before the Adjudication Board.

Was the Identification Evidence Capable in Law of Sustaining a Finding Against the Applicant?

[12] The applicant relies on *Rex v. Smierciak*, [1946] O.W.N. 871 (C.A.); *R. v. Malcolm* (1993), 13 O.R. (3d) 165 (C.A.); *R. v. Miaponoose* (1996), 30 O.R. (3d) 419 (C.A.); and *R. v. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641 (C.A.) to argue that Ms. Hutcheon’s evidence was not capable of sustaining a reliable identification for purposes of this case. These cases point out the inherent frailty of identification evidence, e.g. whether the person was known to the witness, and the adequacy of the lighting and the opportunity to observe. Other difficulties would include identification based on “a one person line-up” at the scene and subsequent identification possibly not based on what was actually seen but rather on a previous flawed identification process. The cases stress the care which must be taken by police, the Crown, and the criminal courts to ensure the integrity of the identification process and fairness to an accused person.

[13] *Malcolm*, *Miaponoose* and *Tat* all deal with appellate review of criminal convictions under subparagraph 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by S.C. 1991, c. 43, s.

a été appelée à identifier le requérant à partir de photographies de huit hommes portant une moustache. Le requérant portait une moustache, ce que M^{lle} Hutcheon n’avait pas mentionné lorsqu’elle a décrit à l’origine la personne qu’elle avait vue. Les photographies montraient uniquement la tête et les épaules des hommes et n’indiquaient pas leur taille.

[11] Avant d’être appelée à identifier le requérant à partir des photographies, M^{lle} Hutcheon s’est fait dire d’oublier les tentatives précédentes qu’elle avait faites en vue d’identifier le requérant immédiatement après l’incident. M^{lle} Hutcheon a identifié le requérant à partir des photographies, mais elle a dit qu’elle ne pouvait être «absolument» certaine. Elle a également identifié le requérant à l’audience tenue devant le comité d’arbitrage.

La preuve d’identification pouvait-elle justifier en droit une conclusion défavorable au requérant?

[12] Le requérant invoque les arrêts *Rex v. Smierciak*, [1946] O.W.N. 871 (C.A.); *R. v. Malcolm* (1993), 13 O.R. (3d) 165 (C.A.); *R. v. Miaponoose* (1996), 30 O.R. (3d) 419 (C.A.); et *R. v. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641 (C.A.), pour soutenir que le témoignage de M^{lle} Hutcheon ne pouvait appuyer une identification fiable aux fins de la présente affaire. Ces arrêts indiquent la fragilité inhérente de la preuve d’identification, notamment quant à la question de savoir si la personne était connue du témoin et quant à la qualité de l’éclairage et à la possibilité d’observer. D’autres problèmes pourraient se poser dans le cas d’une séance d’identification visant une seule personne sur les lieux de l’incident, suivie d’une identification qui n’est pas nécessairement fondée sur ce qui a été effectivement observé, mais plutôt sur l’identification erronée précédente. Les décisions en question font ressortir l’obligation qu’ont les policiers, la poursuite et les tribunaux siégeant en matière pénale d’assurer l’intégrité de la procédure d’identification et l’équité à l’endroit de l’accusé.

[13] Les arrêts *Malcolm*, *Miaponoose* et *Tat* portent tous sur la révision en appel des déclarations de culpabilité sous le régime du sous-alinéa 686(1)(a)(i) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par

9)], which provides:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

Some explanation of the process of analysis under subparagraph 686(1)(a)(i) is provided by Finlayson J.A. in *Malcolm*, at page 174:

The cases I have referred to emphasize the limitations in appellate jurisdiction, but are not that helpful in providing guidance as to when the jurisdiction should be exercised. I find some comfort in English decisions which point out that in the final analysis, the reaction of the court as to when an injustice has been done is a subjective one. While the language of the English Court of Appeal's empowering statute is different than our *Code*, the court asks itself what amounts to the same question: Is the verdict unsafe or unsatisfactory? I think that as appellate judges we will be expected to ask ourselves a similar question notwithstanding the absence of reversible error on the part of the trial judge.

Finlayson J.A. [at page 175] then quotes from *Regina v. Cooper (Sean)*, [1969] 1 Q.B. 267 (C.A.), at page 271:

However, now our powers are somewhat different, and we are indeed charged to allow an appeal against conviction if we think that the verdict of the jury should be set aside on the ground that under all the circumstances of the case it is unsafe or unsatisfactory. *That means that in cases of this kind the court must in the end ask itself a subjective question, whether we are content to let the matter stand as it is, or whether there is not some lurking doubt in our minds which makes us wonder whether an injustice has been done. This is a reaction which may not be based strictly on the evidence as such; it is a reaction which can be produced by the general feel of the case as the court experiences it.* [Emphasis added by Finlayson J.A.]

[14] These observations highlight that:

1. what is at issue in these cases is appellate jurisdiction,

L.C. 1991, ch. 43, art. 9)], dont le libellé est le suivant:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve

Dans l'arrêt *Malcolm*, à la page 174, le juge d'appel Finlayson donne des explications sur l'analyse fondée sur le sous-alinéa 686(1)a)(i):

[TRADUCTION] Dans les arrêts que j'ai mentionnés, les tribunaux mettent l'accent sur les pouvoirs restreints en appel, mais ne nous éclairent guère sur les cas dans lesquels les pouvoirs en question devraient être exercés. Je me fonde jusqu'à un certain point sur les décisions anglaises dans lesquelles il est souligné qu'en dernier ressort, la réaction de la Cour quant à la question de savoir si une injustice a été commise dans un cas donné est une question subjective. Même si le libellé de la loi habilitante de la Cour d'appel de l'Angleterre est différent de notre *Code*, la Cour se pose ce qui revient à la même question: Le verdict est-il insuffisamment fondé ou insatisfaisant? À mon avis, en qualité de juges d'appel, nous devons nous poser une question semblable, même si le juge de première instance n'a commis aucune erreur susceptible de révision.

Le juge Finlayson [à la page 175] cite ensuite l'arrêt *Regina v. Cooper (Sean)*, [1969] 1 Q.B. 267 (C.A.), à la page 271:

[TRADUCTION] Toutefois, nos pouvoirs sont désormais différents et nous devons effectivement accueillir un appel d'une déclaration de culpabilité si nous estimons que le verdict du jury devrait être infirmé au motif que, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il est insuffisamment fondé ou insatisfaisant. *Cela signifie que, dans les cas de cette nature, les membres de la Cour doivent, en définitive, se poser une question subjective, soit celle de savoir s'ils sont satisfaits de la situation actuelle ou s'ils ont un doute dans leur esprit qui les incite à se demander si une injustice a été commise ou non. Il s'agit d'une réaction qui n'est peut-être pas fondée strictement sur la preuve; c'est une réaction qui peut découler de l'impression générale que la Cour a au sujet de l'affaire.* [Les caractères en italique sont ajoutés par le juge d'appel Finlayson.]

[14] Ces observations indiquent ce qui suit:

1. la question en litige dans ces arrêts concerne la compétence en appel;

2. what is involved is a subjective rather than an objective question, and

3. the observations are made in the criminal context of proof beyond a reasonable doubt.

[15] In this case, the Adjudication Board found (page 16):

In his summation, S/Sgt. Goodman provided the Board with a comprehensive survey of the law applicable to identification evidence as applied to criminal proceedings. We are satisfied the same principles should apply to these proceedings, recognizing though that factual proof is to be established on a balance of probabilities rather than beyond a reasonable doubt. We also acknowledge that the degree of probability required to discharge the burden of proof on a balance of probabilities is a flexible standard, and that the gravity of the consequences of a finding is one of the main considerations affecting whether a given issue has been proved to the reasonable satisfaction of the Board. Based on the circumstances of this case, the potential consequences of a finding of contravention are such that identification ought to be established on clear and convincing evidence.

Identity may be proved by direct and/or circumstantial evidence (P. McWilliams, "Canadian Criminal Evidence", 3rd ed. at page 18-1), and the circumstances of an eye witness identification goes to weight. Factors affecting the weight include: the opportunity to observe, (e.g., the duration of the observation); the witness' powers of observation (e.g., eyesight); the lighting conditions; the witnesses' actual recollection and their ability to relate recollection; and their sincerity. In making this assessment, we must not only assess Ms. Hutcheon's credibility, but we must also examine the identification process to determine whether it was so flawed so as to render the result unreliable; i.e., that the witness was honest, but mistaken.

[16] Before this Court both parties agreed that the principles relating to identification evidence in the cases cited by the applicant are relevant to this case. I also agree that they are relevant to identification evidence in civil proceedings. Both parties also agree that the standard of proof is the civil standard and that in a serious case with grave consequences such as the one involving the applicant, the evidence should be

2. la question à trancher est une question subjective plutôt qu'objective;

3. les observations sont formulées dans le contexte du fardeau de la preuve hors de tout doute raisonnable qui s'applique en matière pénale.

[15] Dans le cas qui nous occupe, le comité d'arbitrage a statué comme suit (page 16):

[TRADUCTION] Au cours de son exposé, le sous-sergent Goodman a présenté au comité un compte rendu complet des règles de droit applicables à la preuve d'identification en matière pénale. Nous sommes convaincus que les mêmes principes devraient s'appliquer en l'espèce, tout en reconnaissant que le fardeau de preuve est celui de la prépondérance des probabilités plutôt que celui de la preuve hors de tout doute raisonnable. Nous reconnaissons également que le degré de preuve qu'une partie doit présenter pour s'acquitter du fardeau de la preuve selon la prépondérance des probabilités est une norme souple et que la gravité des conséquences d'une conclusion est l'un des principaux facteurs à prendre en compte pour décider si un point donné a été établi à la satisfaction raisonnable du comité. Compte tenu des circonstances de la présente affaire, les conséquences pouvant découler d'une conclusion défavorable sont telles que l'identité devrait être établie au moyen d'une preuve claire et convaincante.

L'identité peut être établie au moyen d'une preuve directe ou circonstancielle (P. McWilliams, «Canadian Criminal Evidence», 3rd ed., à la page 18-1) et les circonstances de l'identification faite par un témoin oculaire touchent le poids à accorder à cette preuve. Les facteurs touchant le poids à accorder à cette preuve comprennent la possibilité d'observer (p. ex., la durée de l'observation), les facultés d'observation du témoin (p. ex., la vue), les conditions d'éclairage, le souvenir réel du témoin et sa capacité de décrire le souvenir qu'il a de ses observations ainsi que sa franchise. Pour faire cette évaluation, nous devons examiner non seulement la crédibilité de M^{lle} Hutcheon, mais également la démarche suivie aux fins de l'identification pour savoir si celle-ci était erronée au point de rendre le résultat non fiable, ce qui signifierait que le témoin a été honnête, mais qu'il s'est trompé.

[16] Les deux parties ont convenu devant la Cour que les principes liés à la preuve d'identification et énoncés dans les arrêts cités par le requérant sont pertinents en l'espèce. Je conviens également qu'ils sont pertinents quant à la preuve d'identification en matière civile. Les deux parties admettent aussi que la norme de preuve est la norme applicable en matière civile et que, dans un cas sérieux dont l'issue pourrait

“clear and cogent” or “clear and convincing”. They are correct on this issue. The appropriate standard is described by David Mullan in *Administrative Law*, 3rd ed., Scarborough, Ontario: Carswell, 1996, at paragraph 166:

The burden or standard of proof before an administrative tribunal is generally that of a balance of probabilities though a range exists within that standard. Thus, serious professional disciplinary charges require “clear and convincing evidence” of guilt, particularly if the allegations involve conduct that is also criminal. [Footnotes omitted.]

[17] The Adjudication Board examined the discrepancies between Ms. Hutcheon’s description of the person she saw and the actual physical characteristics of the applicant. One of the most significant discrepancies was her belief that the applicant was 5 feet 6 inches tall when he is in fact almost 6 feet tall. The Adjudication Board noted her evidence that she was not particularly good at estimating distance, that she did not have any reference points to estimate height, that when she first saw the applicant he was on the fence climbing and that when she saw him masturbating he was slightly crouched over (Ms. Hutcheon’s evidence was that the person’s head was bent). She also said the person she saw was taller than she was and she could not understand why she would have described him as 5 feet 6 inches when that is also her height.

[18] In addition to noting these discrepancies and the frailty of the identification evidence, the Adjudication Board had regard to other circumstantial evidence: the top button on the applicant’s pants was unbuttoned, there was no one else in the vicinity at the time; the applicant did not ask the police to help him look for the person who he claimed he saw near his car; he was walking rather than running after the person he said he observed near his car; he had made no effort to connect the person he was looking for with the person the police were looking for; he rang doorbells at an apartment while the police were there, explaining

avoir de graves conséquences, comme le cas du requérant en l’espèce, la preuve devrait être «claire et décisive» ou «claire et convaincante». Elles ont raison sur ce point. Dans son ouvrage intitulé *Administrative Law*, 3rd ed., Scarborough, Ontario: Carswell, 1996, au paragraphe 166, David Mullan a décrit la norme applicable:

[TRADUCTION] La norme de preuve applicable devant un tribunal administratif est généralement celle de la prépondérance des probabilités, bien qu’il existe une gradation à l’intérieur de cette même norme. Ainsi, les accusations d’infraction disciplinaire professionnelle grave nécessitent une «preuve claire et convaincante» de culpabilité, notamment lorsque les allégations concernent une conduite qui est également criminelle. [Notes en bas de page omises.]

[17] Le comité d’arbitrage a examiné les différences entre la description que M^{lle} Hutcheon a faite de la personne qu’elle a vue et les caractéristiques physiques réelles du requérant. Une des différences les plus importantes réside dans le fait qu’elle croyait que le requérant mesurait cinq pieds six pouces, alors qu’il mesure en fait près de six pieds. Le comité d’arbitrage a pris note de la déclaration du témoin selon laquelle elle avait plutôt du mal à évaluer les distances, qu’elle n’avait aucun point de référence lui permettant d’évaluer la taille que, lorsqu’elle a vu le requérant pour la première fois, il était grimpé à la clôture et que, lorsqu’elle l’a vu en train de se masturber, il était légèrement penché (M^{lle} Hutcheon a dit que la tête de la personne était inclinée). M^{lle} Hutcheon a également dit que l’homme qu’elle avait vu était plus grand qu’elle et qu’elle ne pouvait comprendre pourquoi elle aurait dit qu’il mesurait cinq pieds six pouces alors qu’il s’agit également de sa propre taille.

[18] En plus de souligner ces écarts ainsi que la fragilité de la preuve d’identification, le comité d’arbitrage a également tenu compte des autres éléments de preuve circonstancielle: le bouton du haut du pantalon du requérant était détaché; personne ne se trouvait dans l’entourage au moment de l’incident; le requérant n’a pas demandé à la police de l’aider à trouver la personne qu’il soutenait avoir vue près de sa voiture; le requérant marchait en direction de la personne qu’il a soutenu avoir observée près de son véhicule plutôt que de courir après elle; le requérant n’a fait aucun effort pour relier la personne qu’il

that he thought the person he was looking for might have gone up the fire escape and he wanted to get the occupant's permission before going up and the police stopped him from going up the fire escape; and that as an experienced police officer claiming not to have engaged in any impropriety, he did not ask the police why they were questioning him.

[19] The Adjudication Board found that the applicant's story was "improbable, bordering on the bizarre". The Board also noted the applicant's demeanour at the hearing before it, that he made little or no eye contact with the Board and was constantly looking downwards. The applicant's demeanour, taken together with the circumstantial evidence and the discrepancies in the applicant's testimony, caused the Board to reject the applicant's version of the facts.

[20] At page 24, the Adjudication Board concluded:

... we find that Ms. Hutcheon's identification of Cst. Jaworski, while not procedurally perfect as we would have hesitated making an identification finding only on the photo lineup, or only on identification at the hearing, was, based on the totality of the evidence, sufficiently clear and convincing to satisfy us on a balance of probabilities of the identity of Cst. Jaworski as the member responsible for committing the acts proven.

We make this finding after exercising due caution and closely examining the circumstances in which the identification was made, knowing that a finding of contravention would be made in reliance on the accuracy of the identification, and recognizing that it is possible for an otherwise honest witness, such as we found Miss Hutcheon to be, to make a mistake.

[21] The ERC, in a strongly worded and detailed recommendation, was of the opinion that the evidence in this case fell far short of the clear and cogent standard. The ERC was of the view that the Adjudication Board failed to take adequate account of a number of considerations: the inconsistencies in the

cherchait à celle que la police recherchait; il a sonné à la porte d'un appartement en présence de la police, expliquant qu'il croyait que la personne qu'il recherchait se serait peut-être enfuie par la sortie de secours et qu'il voulait obtenir l'autorisation de l'occupant avant de monter, mais la police l'a empêché de monter jusqu'à cette sortie; enfin, en qualité d'agent de police expérimenté qui prétendait n'avoir commis aucun geste indécent, il n'a pas demandé aux policiers pourquoi ils l'interrogeaient.

[19] Le comité d'arbitrage a conclu que la version du requérant était [TRADUCTION] «improbable, voire bizarre». Il a également souligné la conduite du requérant au cours de l'audience; selon le comité, le requérant a rarement regardé les membres dans les yeux et son regard était constamment tourné vers le sol. Le comportement du requérant ainsi que les éléments de preuve circonstancielle et les incohérences de son témoignage ont incité le comité à rejeter sa version des faits.

[20] À la page 24, le comité d'arbitrage a conclu en ces termes:

[TRADUCTION] ... nous sommes plutôt d'avis que, même si elle n'était pas parfaite sur le plan de la procédure, dans la mesure où nous aurions hésité à tirer une conclusion fondée uniquement sur l'étalement de photographies ou sur l'identification à l'audience, l'identification du constable Jaworski par M^{lle} Hutcheon était suffisamment claire et convaincante, compte tenu de l'ensemble de la preuve, pour nous persuader, selon la prépondérance des probabilités, que le constable Jaworski était bien la personne qui avait commis les actes prouvés.

Nous en arrivons à cette conclusion après avoir exercé beaucoup de prudence et examiné de près les circonstances dans lesquelles l'identification a été faite, sachant pertinemment qu'une conclusion défavorable au requérant serait formulée sur la foi de l'exactitude de l'identification et reconnaissant la possibilité qu'un témoin par ailleurs honnête, comme c'est le cas de M^{lle} Hutcheon, commette une erreur.

[21] Dans une recommandation ferme et détaillée, le CEE a mentionné qu'à son avis, la preuve en l'espèce ne respectait pas la norme de la preuve claire et décisive. Selon le CEE, le comité d'arbitrage n'a pas suffisamment tenu compte de différents facteurs, dont les suivants: la description que M^{lle} Hutcheon a donnée

descriptive evidence of Ms. Hutcheon relating to the clothing and height of the applicant; that she did not see the face of the person masturbating; the inherent weakness of Ms. Hutcheon's identification evidence at the scene where the applicant was the only possible person to identify; that the photographs only showed the head and shoulders of the men; that the identification evidence at the hearing was rendered suspect as a result of the prior identification at the scene; and that the Adjudication Board's finding that it was a significant coincidence that the applicant was the only one in the area did not take into consideration the proximity of the area to a busy street (i.e. Bathurst Street) and that a person could have easily left the area before the police arrived.

[22] The Commissioner confirmed the decision of the Adjudication Board. In his decision the Commissioner states:

It is important to remember that the burden of proof is on a balance of probability and not beyond a reasonable doubt. Accordingly, the Board carefully weighed all the evidence, both eyewitness and circumstantial, and concluded that no reasonable conclusion could be reached but that the Appellant was responsible. As to the Board's conclusion that the Appellant lacked credibility, that conclusion was based on the observed behaviour of the Appellant and the reasonableness of his story as well as his behaviour with the investigating police officers. Taken together, the Board, in my view, reasonably concluded that the Appellant lacked credibility.

[23] Both the ERC and the Adjudication Board reviewed the evidence meticulously and each was entitled to reach the conclusion it did. If it could be demonstrated that the Adjudication Board ignored evidence or misunderstood the evidence, it would have erred and the Commissioner in turn would have erred in confirming the Adjudication Board's decision. That has not been demonstrated. What is involved is a weighing of the eye witness and circumstantial evidence, and a determination based on proof on a balance of probabilities, on the basis of clear and cogent evidence. The final determination, as Finlayson J.A. pointed out in *Malcolm*, will depend on the

au sujet des vêtements et de la taille du requérant comportait des incohérences; M^{lle} Hutcheon n'a pas vu le visage de la personne qui se masturbait; la preuve d'identification de M^{lle} Hutcheon sur les lieux de l'incident était faible, étant donné que le requérant était la seule personne pouvant être identifiée; les photographies montraient uniquement la tête et les épaules des hommes; la preuve d'identification à l'audience est devenue douteuse en raison de l'identification précédente qui avait été faite sur les lieux de l'incident; le comité d'arbitrage a conclu que le fait que le requérant était la seule personne se trouvant sur les lieux était une grande coïncidence sans tenir compte du fait que l'endroit se trouvait à proximité d'une rue passante (c.-à-d. la rue Bathurst) et qu'une personne aurait pu facilement quitter les lieux avant l'arrivée de la police.

[22] Confirmant la décision du comité d'arbitrage, le commissaire s'est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] Il importe de rappeler que le fardeau de la preuve est la preuve selon la prépondérance des probabilités et non la preuve hors de tout doute raisonnable. En conséquence, le comité a soupesé avec soin tous les éléments de la preuve, tant les éléments de preuve présentés par le témoin oculaire que les éléments de preuve circonstancielle, et conclu qu'il n'était pas raisonnable de statuer que l'appellant était responsable. En ce qui a trait à la conclusion du comité quant à l'absence de crédibilité de l'appellant, cette conclusion était fondée sur le comportement que celui-ci a affiché et sur le caractère vraisemblable de sa version ainsi que sur la façon dont il s'est comporté avec les policiers qui ont mené l'enquête. Dans l'ensemble, le comité a eu raison de conclure que l'appellant était peu crédible.

[23] Le CEE et le comité d'arbitrage ont tous deux examiné la preuve de façon méticuleuse et chacun avait le droit d'en arriver à la conclusion qu'il a tirée. Si le comité d'arbitrage avait ignoré ou mal compris les éléments de preuve, il aurait commis une erreur et le commissaire à son tour aurait commis une erreur en confirmant la décision du comité. Aucune erreur de ce genre n'a été démontrée. Ce qui est en jeu, c'est une évaluation du témoignage du témoin oculaire et de la preuve circonstancielle et une décision fondée sur une preuve claire et décisive établie selon la prépondérance des probabilités. Comme l'a souligné le juge d'appel Finlayson dans l'arrêt *Malcolm*, la décision dépend, en

subjective reaction of the Adjudication Board, the ERC and ultimately the Commissioner. No objective definition or test is involved. The Adjudication Board had regard to the frailty of identification evidence and the correct standard of proof. It did not ignore or breach any rule of law. The Commissioner cannot be said to have erred in his subjective appreciation of the evidence and in choosing to confirm the decision of the Adjudication Board.

[24] As part of the applicant's argument on this point, he submitted that the Adjudication Board erred in law when, at the outset of its analysis, it stated at page 15:

In assessing the conflicting testimony, the Board must choose between the evidence of Miss Hutcheon and the evidence of Cst. Jaworski, i.e., whether to believe Miss Hutcheon's identification of Cst. Jaworski as the individual responsible for the incident she saw, or whether to believe Cst. Jaworski that it was not him.

The applicant argued that the test is not whether to believe Ms. Hutcheon or the applicant but whether Ms. Hutcheon's identification evidence was sufficiently clear and cogent to satisfy the onus of proving that the applicant was indeed the person she saw.

[25] I agree that the Board's mere disbelief of the applicant does not mean that the opposite of what he said was true or that the evidence of Ms. Hutcheon was sufficient to satisfy the clear and cogent standard. See for example *Gilbert v. Brown* (1910), 15 O.W.R. 673 (C.A.), at page 679. In civil cases such as this, I think the proper approach is that set out in *International Forest Products Ltd. and I.W.A.—Canada Loc. 1-71, Re* (1995), 51 L.A.C. (4th) 85 (B.C.), at page 90 by Arbitrator Kelleher (cited by the ERC at page 15 of its reasons):

... a credibility finding against a witness does not mean that the witness's denial constitutes evidence that has occurred. Disbelieved evidence must be put aside. The issue then is whether the remainder of the evidence satisfies the onus carried by the employer.

dernier ressort, de la réaction subjective du comité d'arbitrage, du CEE et, en dernier lieu, du commissaire. Aucune définition ou critère objectif ne doit être appliqué. Le comité d'arbitrage a tenu compte de la fragilité de la preuve d'identification et a appliqué la norme de preuve qui convenait. Il n'a pas ignoré ni transgressé une règle de droit. Il est impossible de dire que le commissaire a commis une erreur liée à son appréciation subjective de la preuve et à son choix de confirmer la conclusion du comité d'arbitrage.

[24] Dans le cadre de ses arguments sur ce point, le requérant a soutenu que le comité d'arbitrage a commis une erreur lorsqu'il s'est exprimé comme suit au début de son analyse à la page 15:

[TRADUCTION] Pour évaluer les témoignages contradictoires, le comité doit choisir entre la version de M^{lle} Hutcheon et celle du constable Jaworski et se demander s'il y a lieu de croire l'identification par M^{lle} Hutcheon du constable Jaworski comme la personne responsable de l'incident qu'elle a observé ou plutôt la déclaration contraire de celui-ci.

Le requérant a soutenu que le critère n'est pas la question de savoir s'il y a lieu de croire M^{lle} Hutcheon ou lui-même, mais plutôt celle de décider si la preuve d'identification de M^{lle} Hutcheon était suffisamment claire et décisive pour permettre de conclure qu'il était effectivement la personne qu'elle a vue.

[25] Je reconnais que le simple fait de ne pas croire le requérant ne signifie pas que le contraire de ce qu'il a dit était vrai ou que le témoignage de M^{lle} Hutcheon était suffisant pour établir une preuve claire et décisive. Voir, par exemple, l'arrêt *Gilbert v. Brown* (1910), 15 O.W.R. 673 (C.A.), à la page 79. Dans les affaires civiles comme le présent cas, j'estime que le raisonnement qui convient est celui que l'arbitre Kelleher a formulé dans le jugement *International Forest Products Ltd. and I.W.A.—Canada Loc. 1-71, Re* (1995), 51 L.A.C. (4th) 85 (C.-B.), à la page 90 (décision que le CEE a citée à la page 15 de ses motifs):

[TRADUCTION] ... une conclusion de crédibilité défavorable à un témoin ne signifie pas que le contraire de ce qu'il a dit est survenu. Les témoignages rejetés doivent être mis de côté. La question devient celle de savoir si le reste de la preuve respecte la norme que l'employeur doit satisfaire.

In this case, the Adjudication Board disbelieved the applicant. Its decision clearly indicates that this caused it to put aside the applicant's evidence. It then determined that, based on the totality of the evidence, it was satisfied that Ms. Hutcheon's evidence was sufficiently clear and convincing to prove that it was the applicant whom she saw. At page 24 of its decision the Adjudication Board states:

While these observations by themselves are not conclusive of anything, when added to our other observations, we concluded that there was nothing about Cst. Jaworski's evidence that would encourage us to accept as true his version of the facts. Instead, we find that Ms. Hutcheon's identification of Cst. Jaworski, while not procedurally perfect as we would have hesitated making an identification finding only on the photo lineup, or only at the identification at the hearing, was, based on the totality of the evidence, sufficiently clear and convincing to satisfy us on a balance of probabilities of the identity of Cst. Jaworski as the member responsible for committing the acts proven.

The Adjudication Board applied the appropriate framework and analysis in order to arrive at its conclusion.

Did the Commissioner's Decision Comply with Subsections 45.16(6) and 45.14(3) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*?

[26] The applicant says that the Commissioner was obliged to "grapple" with the findings of the of ERC and address them explaining why he disagreed. The applicant's argument is based on subsection 45.16(6) of the *Royal Canadian Mounted Police Act* which provides:

45.16 . . .

(6) The Commissioner is not bound to act on any findings or recommendations set out in a report with respect to a case referred to the Committee under section 45.15, but if the Commissioner does not so act, the Commissioner shall include in the decision on the appeal the reasons for not so acting.

Subsection 45.16(6) requires the Commissioner to give the reasons for not acting on the findings or recommendations of the ERC. This does not mean that the

Dans le cas qui nous occupe, le comité d'arbitrage n'a pas cru le requérant. Sa décision indique clairement que c'est ce qui l'a incité à rejeter la preuve qu'il a présentée. Le comité a ensuite ajouté que, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le témoignage de M^{lle} Hutcheon était suffisamment clair et convaincant pour lui permettre de conclure que c'était bien le requérant qu'elle avait vu. À la page 24 de sa décision, le comité d'arbitrage s'exprime en ces termes:

[TRADUCTION] Même si ces observations ne permettent pas en soi de tirer une conclusion, lorsque nous les ajoutons à nos autres observations, nous en arrivons à la conclusion que le témoignage du constable Jaworski ne comporte aucun élément qui nous incite à croire sa version des faits. Nous sommes plutôt d'avis que, même si elle n'était pas parfaite sur le plan de la procédure, dans la mesure où nous aurions hésité à tirer une conclusion fondée uniquement sur l'étalement de photographies ou sur l'identification à l'audience, l'identification du constable Jaworski par M^{lle} Hutcheon était, compte tenu de l'ensemble de la preuve, suffisamment claire et convaincante pour nous persuader, selon une prépondérance des probabilités, que le constable Jaworski était bien la personne qui avait commis les actes prouvés.

Le comité d'arbitrage a appliqué les principes et fait l'analyse qui convenaient pour en arriver à cette conclusion.

La décision du commissaire respectait-elle les paragraphes 45.16(6) et 45.14(3) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*?

[26] Le requérant soutient que le commissaire était tenu d'examiner à fond les conclusions du CEE et de les commenter en expliquant pourquoi il s'en était écarté. Le requérant invoque à ce sujet le paragraphe 45.16(6) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, dont voici le libellé:

45.16 . . .

(6) Le commissaire n'est pas lié par les conclusions ou les recommandations contenues dans un rapport portant sur une affaire qui a été renvoyée devant le Comité conformément à l'article 45.15; s'il choisit de s'en écarter, il doit toutefois motiver son choix dans sa décision.

Le paragraphe 45.16(6) oblige le commissaire à expliquer les raisons pour lesquelles il choisit de s'écarter des conclusions ou des recommandations du

Commissioner must address individually every finding or conclusion made by the ERC. It simply means that he must, in a reasonable manner, explain why he prefers the decision of the Adjudication Board over that of the ERC.

[27] Detailed reasons by an appeal tribunal are to be preferred because they engender greater confidence that the tribunal carefully analysed each of the issues before it. However, the Commissioner's reasons do not fall short of the standard required by subsection 45.16(6). In his decision the Commissioner did review the evidence before the Adjudication Board and, in greater detail, both the findings of the Adjudication Board and the ERC. Although the Commissioner's conclusions are brief, they do explain why he chose to act on the Adjudication Board's decision as opposed to the ERC's recommendation:

The committee rightfully challenged each part of the evidence, which if taken alone would not meet the standard of clear and convincing proof set out by the Board. In my view, however, the Board assessed the totality of the evidence including its shortcomings, and was convinced that in its totality, no other reasonable conclusion could be reached other than Cst. Jaworski was the individual responsible for the act in question.

It is important to remember that the standard of proof is on a balance of probability and not beyond a reasonable doubt. Accordingly, the Board carefully weighed all the evidence, both eyewitness and circumstantial, and concluded that no other reasonable conclusion could be reached but that the Appellant was responsible. As to the Board's conclusion that the Appellant lacked credibility, that conclusion was based on the observed behaviour of the Appellant and the reasonableness of his story as well as his behaviour with the investigating police officers. Taken together, the Board, in my view, reasonably concluded that the Appellant lacked credibility.

[28] While the Commissioner might have provided greater detail in arriving at his conclusion, it is not at all clear that doing so would have served any useful purpose. The sole issue was whether the applicant was the person whom Ms. Hutcheon saw. That determination involved a weighing of the eye witness identification evidence and circumstantial evidence. The Com-

CEE. Cela ne signifie pas que le commissaire doit commenter chacune des conclusions du CEE. Cela signifie simplement qu'il doit, d'une façon raisonnable, expliquer pourquoi il préfère la décision du comité d'arbitrage à celle du CEE.

[27] Il convient de privilégier les motifs détaillés invoqués par un tribunal d'appel, parce qu'ils donnent davantage à penser que le tribunal a analysé avec soin chacune des questions dont il était saisi. Toutefois, les motifs du commissaire ne sont pas en-deça de la norme exigée par le paragraphe 45.16(6). Dans sa décision, le commissaire a examiné les éléments de preuve dont le comité d'arbitrage était saisi et, d'une façon plus approfondie encore, les conclusions que celui-ci et le CEE ont tirées. Même si ses conclusions sont brèves, le commissaire explique pourquoi il choisit de se fonder sur la décision du comité plutôt que sur la recommandation du CEE:

[TRADUCTION] Le CEE a mis en doute à bon droit chacun des éléments de la preuve qui, examinés séparément, ne respecteraient pas la norme d'une preuve claire et convaincante énoncée par le comité. Toutefois, à mon avis, le comité a évalué l'ensemble de la preuve, y compris les failles de celle-ci, et était convaincu que, dans l'ensemble, aucune autre conclusion raisonnable ne pouvait être tirée, si ce n'est que le constable Jaworski était la personne responsable des actes en question.

Il importe de rappeler que le fardeau de la preuve est la preuve selon la prépondérance des probabilités et non la preuve hors de tout doute raisonnable. En conséquence, le comité a soupesé avec soin tous les éléments de la preuve, tant les éléments de preuve présentés par le témoin oculaire que les éléments de preuve circonstancielle, et conclu qu'il n'était pas raisonnable de statuer que l'appelant était responsable. En ce qui a trait à la conclusion du comité quant à l'absence de crédibilité de l'appelant, cette conclusion était fondée sur le comportement que celui-ci a affiché et sur le caractère vraisemblable de sa version ainsi que sur la façon dont il s'est comporté avec les policiers qui ont mené l'enquête. Dans l'ensemble, le comité a eu raison de conclure que l'appelant était peu crédible.

[28] Il est vrai que le commissaire aurait pu fournir plus de précisions au sujet de sa conclusion, mais il est loin d'être certain que ces précisions auraient été utiles. La seule question qui se posait était celle de savoir si le requérant était bel et bien la personne que M^{lle} Hutcheon avait vue. Cette décision nécessitait une évaluation de la preuve d'identification présentée par

missioner acknowledged that, if taken alone, the parts of the evidence challenged by ERC would not meet the relevant standard—i.e. that of clear and convincing proof on a balance of probabilities. The Commissioner concluded that the Adjudication Board's assessment of the totality of the evidence, even taking account of its shortcomings, led the Board to the correct conclusion. It is clear he had in mind the correct standard of proof, the frailty of the eye witness identification evidence, the totality of the evidence that the applicant was the person involved in the incident and the lack of credibility of the applicant's story. Clearly, these are the reasons for the Commissioner's decision not to act upon the recommendations of the ERC.

[29] One might expect that when the Commissioner receives a strongly worded detailed recommendation from the ERC it should carry significant weight. However, the Commissioner is entitled to decide not to act on the findings or recommendations of the ERC and his decision is not reviewable unless an error of the type referred to in subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5], is disclosed. I cannot see any such error here.

[30] The applicant also says that the Commissioner did not properly assess the law and the facts himself as he was required to do. The applicant relies on subsection 45.14(3) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16]:

45.14 . . .

(3) An appeal lies to the Commissioner on any ground of appeal, except that an appeal lies to the Commissioner by an appropriate officer in respect of a sanction or an action referred to in paragraph (1)(b) only on the ground of appeal that the sanction or action is not one provided for by this Act.

However, subsection 45.16(1) [as enacted *idem*] provides:

45.16 (1) The Commissioner shall consider an appeal under section 45.14 on the basis of

le témoin oculaire ainsi que de la preuve circonstancielle. Le commissaire a reconnu que, examinées séparément, les parties de la preuve mises en doute par le CEE ne respecteraient pas la norme applicable, soit celle d'une preuve claire et convaincante selon la prépondérance des probabilités. Le commissaire a conclu que l'évaluation de l'ensemble de la preuve par le comité, malgré les failles de celle-ci, a incité ledit comité à en arriver à la bonne conclusion. Il est évident qu'il avait à l'esprit la norme de preuve applicable, la fragilité de la preuve d'identification présentée par le témoin oculaire, l'ensemble de la preuve indiquant que le requérant était la personne impliquée dans l'incident et le manque de crédibilité de la version du requérant. De toute évidence, ce sont là les raisons pour lesquelles le commissaire a décidé de ne pas se fonder sur les recommandations du CEE.

[29] Lorsque le commissaire reçoit du CEE une recommandation ferme et détaillée, cette recommandation devrait normalement avoir du poids. Toutefois, le commissaire a le droit de ne pas se fonder sur les conclusions ou les recommandations du CEE et sa décision n'est pas susceptible de révision, sauf si une erreur de la nature de celles qui sont mentionnées au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], a été commise. Je ne puis voir aucune erreur semblable en l'espèce.

[30] Le requérant soutient également que le commissaire n'a pas évalué les faits et les règles de droit comme il devait le faire. À ce sujet, il invoque le paragraphe 45.14(3) [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16]:

45.14 . . .

(3) Le commissaire entend tout appel, quel qu'en soit le motif; toutefois, l'officier compétent ne peut en appeler devant le commissaire de la peine ou de la mesure visée à l'alinéa (1)b) qu'au motif que la présente loi ne les prévoit pas.

Toutefois, le paragraphe 45.16(1) [édicte, *idem*] prévoit ce qui suit:

45.16 (1) Le commissaire étudie l'affaire portée en appel devant lui en vertu de l'article 45.14 en se fondant sur les documents suivants:

(a) the record of the hearing before the adjudication board whose decision is being appealed,

(b) the statement of appeal, and

(c) any written submissions made to the Commissioner,

and the Commissioner shall also take into consideration the findings or recommendations set out in the report, if any, of the Committee or the Committee Chairman in respect of the case.

[31] Clearly, the appeal before the Commissioner is not a trial *de novo*. He does not hear witnesses or receive new evidence. It is an appeal on the record before the Adjudication Board. He is to determine whether he is satisfied with the findings of the Adjudication Board. In doing so he is to consider the record before the Board, the findings of the Board and the recommendations of the ERC as well as the submissions made to him. On the basis of the material before him, which his decision discloses he considered, the Commissioner was satisfied with the decision of the Adjudication Board and confirmed it. That process is in compliance with the legislative scheme.

The Viewing

[32] The applicant also challenges the Commissioner's decision on the ground that the Adjudication Board improperly treated as evidence information it gathered from a viewing of the area where the incident took place. At the request of the applicant, the Board conducted a viewing of the site and surroundings and as a result of the viewing, found it was doubtful that from his porch, the applicant could, as he told the police, have seen the clothing or estimated the weight of the person he alleged was looking at his car. This raises the question of whether the Board took into account information which is not properly admissible in the proceedings before it, or at least, whether the Board was obliged to provide the applicant with the opportunity to respond to what it found from the viewing.

[33] The applicant told the police that the individual looking at his car was about 6 feet tall, wore dark

a) le dossier de l'audience tenue devant le comité d'arbitrage dont la décision est portée en appel;

b) le mémoire d'appel;

c) les argumentations écrites qui lui ont été soumises.

Il tient également compte, s'il y a lieu, des conclusions ou des recommandations exposées dans le rapport du Comité ou de son président.

[31] Il est bien certain que l'appel interjeté devant le commissaire n'est pas une instruction *de novo*. Le commissaire n'entend aucun témoin et ne reçoit aucun nouvel élément de preuve. Il s'agit d'un appel portant sur le dossier dont le comité d'arbitrage était saisi. Le commissaire doit décider s'il est satisfait ou non des conclusions du comité d'arbitrage. À cette fin, il doit examiner le dossier dont le comité était saisi, les conclusions du comité et les recommandations du CEE ainsi que les observations qui ont été formulées devant lui. En se fondant sur les éléments portés à son attention, le commissaire a jugé satisfaisante la conclusion du comité d'arbitrage et l'a confirmée. Cette façon de procéder est conforme aux dispositions législatives applicables.

La visite des lieux

[32] Le requérant conteste également la décision du commissaire au motif que le comité d'arbitrage a mal interprété les éléments de preuve qu'il a recueillis par suite d'une visite des lieux où l'incident s'est produit. À la demande du requérant, le comité s'est rendu à l'emplacement et, après avoir examiné les lieux et les environs, il a conclu que, contrairement à ce que le requérant a dit à la police, il était douteux que celui-ci ait pu, depuis le porche de sa demeure, voir les vêtements ou évaluer le poids de la personne qui, selon lui, examinait son véhicule. Cette conclusion soulève la question de savoir si le comité a tenu compte de renseignements qui n'étaient pas admissibles à l'audience tenue devant lui ou, du moins, s'il était tenu d'offrir au requérant la possibilité de répondre aux conclusions qu'il avait tirées de la visite des lieux de l'incident.

[33] Le requérant a dit à la police que la personne qui examinait son véhicule mesurait environ six pieds,

clothing and weighed about 180 pounds. On this point the applicant testified before the Adjudication Board:

Q. And you could see him through your fence, or over your fence, or your fence blocks your view?

A. Yes, you could see. Yes. If my vehicle is sitting there, you'll be able to—sit where I'm sitting and you'll be able to see somebody standing at the car, yes.

After the viewing, the Chairman of the Board read into the record the following:

There was a view taken, and the participants included Cst. Jaworski and his representative S/Sgt. Goodman, and Sgt. Raid and S/Sgt. Dickson, and the three Board Officers. And we attended at the front of 405 Palmerston Street, and walked south on Palmerston to the corner Palmerston and Ulster, and then north up the alley between Palmerston and Markham into the back entrance way of 405 Palmerston. Then back out the same alley south and east along Ulster, stopping at the corner of the southwest corner of Ulster and Markham, and also the southeast corner of Markham and Ulster. Then we continued east along Ulster to the corner of Bathurst, and then back from Bathurst westward along Ulster to Palmerston, or almost Palmerston, halfway between Palmerston and Markham. And the total duration of time spent was approximately 15 minutes.

He then asked the parties:

Anything any of the parties want to add to the record with respect to the view.

S/Sgt. A. J. Goodman: That is fine, sir.

The Chairman: Thank you.

S/Sgt. Goodman: Now, it is your . . .

S/Sgt. A. J. Goodman: That is the case for the defence, sir.

[34] At the hearing, the Board did not elaborate further on its impression from the viewing. In its decision, however, the Board did rely on its viewing with respect to its credibility assessment of the applicant. The Board stated, at page 22:

qu'elle portait des vêtements sombres et qu'elle pesait environ 180 livres. Voici comment le requérant s'est exprimé à ce sujet devant le comité d'arbitrage:

[TRADUCTION]

Q. Et vous pouviez le voir à travers votre clôture, par-dessus votre clôture; votre clôture ne vous obstruait pas la vue?

R. Oui, on pouvait voir. Oui. Si mon véhicule se trouve là, vous pourrez—depuis l'endroit où je suis assis, vous pourrez voir si une autre personne se trouve près du véhicule, oui.

Après la visite des lieux, le président du comité a versé au dossier le compte rendu suivant:

[TRADUCTION] Une visite des lieux a été faite en présence du constable Jaworski et de son représentant, le sous-sergent Goodman, ainsi que du sergent Raid et du sous-sergent Dickson et des trois membres du comité. Nous nous sommes rendus devant l'immeuble situé au 405, rue Palmerston, et nous avons marché en direction sud sur la rue Palmerston jusqu'à l'angle des rues Palmerston et Ulster; nous avons ensuite marché vers le nord le long de la ruelle entre les rues Palmerston et Markham pour nous rendre à l'entrée arrière de l'immeuble situé au 405 Palmerston. Nous avons ensuite repris la même ruelle en sens inverse vers le sud-est, le long de la rue Ulster. Nous nous sommes arrêtés à l'angle sud-ouest des rues Ulster et Markham ainsi qu'à l'angle sud-est de ces mêmes rues. Nous avons poursuivi en direction est le long de la rue Ulster jusqu'à la rue Bathurst et nous sommes revenus depuis Bathurst en direction ouest le long de la rue Ulster, vers la rue Palmerston ou près de la rue Palmerston, à mi-chemin entre les rues Palmerston et Markham. Notre parcours a duré environ 15 minutes au total.

Le président a ensuite posé les questions suivantes aux parties:

[TRADUCTION] Les parties désirent-elles ajouter quoi que ce soit au dossier au sujet de la visite des lieux?

Le sous-sergent A.J. Goodman: C'est bien, Monsieur.

Le président: Merci.

Le sous-sergent Goodman: Maintenant, c'est votre. . .

Le sous-sergent Goodman: La défense a terminé la présentation de sa cause, Monsieur.

[34] À l'audience, le comité n'a pas précisé davantage l'impression qu'il avait eue lors de la visite des lieux. Toutefois, dans sa décision, il s'est fondé sur sa visite des lieux pour évaluer la crédibilité du requérant. Voici comment il s'est exprimé à la page 22:

Cst. Jaworski testified that the person who was apparently looking into his car was approximately six feet tall and had dark clothing. During the Board's view we observed a high, solid wooden fence at the back of the Jaworski property, behind which were the parking spaces in the alleyway. We observed while standing on Jaworski's raised back porch, that if it was possible to see anyone at all in the alleyway, particularly where the cars would have been parked, it would have been possible to see only the head of a relatively tall person. It would have therefore been possible to estimate the height of someone six feet tall, but we would have been surprised to learn it was possible to observe the colour of anyone's clothing or to estimate their build or approximate weight. Cst. Jaworski testified that he did not later see this person in the alleyway, and from which this clothing and other description could have been based. Cst. Jaworski was not cross-examined on these issues, consequently the Board was not able to clarify what "clothing" he was referring to, nor as to how he was able to estimate the persons weight. We noted that Cst. Diaz had recorded, a slightly more detailed description of the suspect, including the suspect's approximate weight at 180 lbs., but also "clothing unknown". These differences raised some doubt in the Board as to Cst. Jaworski's recollection of the suspects sighting, or in fact whether this suspect even existed at the relevant time.

[35] There is divided jurisprudence as to use of viewing evidence. On this point the ERC elaborated, at page 45 of its recommendation:

Of more immediate concern is the Board's willingness to find evidence during the view which is directly in contradiction to evidence at the hearing. There are legal precedents which throw into doubt a tribunal's power to accept evidence of any kind during a view. On this interpretation, a view by a tribunal is for the purpose of understanding the questions at issue and to follow and apply the evidence, not to gather evidence or to reject courtroom evidence based on contradictory knowledge gained by the view. The New Brunswick Supreme Court (Appeal Division) has held that it is improper for an arbitrator who took a view to "should not descend into the arena as a participant . . . acquiring extrinsic evidence not introduced by the parties". In Ontario it has been categorically stated in an arbitration that the purpose of a view is not to gather or obtain evidence. As recently as August 1995, the Federal Court (Trial Division) has cited with approval the English case law which is the principal origin of restrictive interpretations applied to views.

[TRADUCTION] Le constable Jaworski a dit au cours de son témoignage que la personne qui regardait apparemment son véhicule mesurait environ six pieds et portait des vêtements sombres. Au cours de la visite des lieux, nous avons remarqué une clôture de bois haute et solide à l'arrière de la propriété de M. Jaworski, derrière laquelle se trouvaient les espaces de stationnement de la ruelle. Lorsque nous nous trouvions sur le porche arrière surélevé de cette propriété, nous avons constaté que, s'il avait été possible de voir qui que ce soit dans la ruelle, notamment à l'endroit où les véhicules auraient été garés, nous aurions pu voir seulement la tête d'une personne relativement grande. Par conséquent, il aurait été possible d'évaluer la taille d'une personne mesurant environ six pieds, mais nous aurions été surpris de pouvoir observer la couleur des vêtements d'une personne ou d'évaluer sa corpulence ou son poids approximatif. Le constable Jaworski a dit qu'il n'a pas vu plus tard dans la ruelle cette personne dont il aurait pu observer les vêtements et d'autres caractéristiques. Le constable Jaworski n'a pas été contre-interrogé sur ces points; par conséquent, le comité n'a pu dire avec certitude à quels «vêtements» il faisait allusion ni comprendre comment il a pu évaluer le poids de cette personne. Nous avons constaté que le constable Diaz avait consigné une description légèrement plus détaillée du suspect, notamment le poids approximatif de celui-ci, soit 180 livres, mais que la description comporte également les mots «vêtements inconnus». Ces différences permettent au comité d'entretenir des doutes quant au souvenir que le constable Jaworski avait du suspect ou même quant à l'existence de ce suspect au moment pertinent.

[35] L'utilisation des données d'une visite des lieux a fait l'objet de décisions partagées dans le passé. Sur ce point, le CEE a formulé les commentaires suivants, à la page 45 de sa recommandation:

[TRADUCTION] Ce qui nous préoccupe davantage, c'est que le comité est disposé à trouver, au cours de la visite des lieux, des éléments de preuve qui contredisent directement la preuve présentée à l'audience. Il existe en droit des précédents qui jettent un doute sur le pouvoir du tribunal d'accepter des éléments de preuve de quelque nature que ce soit au cours de la visite des lieux de l'incident. Selon cette interprétation, la visite en question vise à comprendre les questions en litige et à interpréter les éléments de preuve et non à recueillir des données ou à rejeter la preuve présentée à l'audience sur la foi de renseignements contradictoires obtenus au cours de l'observation. La Cour suprême du Nouveau-Brunswick (Division d'appel) a statué qu'il ne convient pas pour un arbitre qui a visité les lieux de l'incident de «jouer le rôle de participant. . . et d'obtenir des éléments de preuve extrinsèques non présentés par les parties». En Ontario, il a été dit en toutes lettres dans une affaire d'arbitrage que l'objet d'une visite des lieux n'est pas d'obtenir des éléments de preuve. Plus récemment, en août 1995, la Cour fédérale (Section de première instance) a cité

I acknowledge, however, that the foregoing position has been vigorously attacked as unjustifiable by at least one commentator. Further, in Alberta, it has been held by an arbitrator that a view is evidence in every sense of the word and that a trier of fact is free to making findings of fact based on his or her observations during the view. This opinion mirrors the general position of the courts of certain western provinces on the issue. [Footnotes omitted.]

The ERC concluded:

Considerations of fairness at the hearing cannot be ignored. Without pronouncing entirely on this difficult subject, I have strong reservations about at least one aspect of the procedure before the Board. In my opinion, where evidence gathered at a view is used by the Board for the specific purpose of contradicting evidence given under oath, the Board's contrary observations ought at least to have been divulged as part of its account of the view. The Board's failure to do so caused an unfairness to the appellant.

[36] The English case law referred to by the ERC is *London General Omnibus Company v. Lavell*, [1901] 1 Ch. 135 (C.A.) where Lord Alverstone states, at pages 138-139:

It is quite true that by rule 4 of Order L. it is provided that the judge may "inspect any property or thing concerning which any question may arise" in the action; but I have never heard it said, and, speaking for myself, I should be very sorry to endorse the idea, that the judge is entitled to put a view in the place of evidence. A view, as I have always understood, is for the purpose of enabling the tribunal to understand the questions that are being raised, to follow the evidence, and to apply the evidence.

This statement of the law has been accepted by the Ontario courts (see, for example, *Chambers v. Murphy*, [1953] 2 D.L.R. 705 (Ont. C.A.)) and was held by this Court to articulate the proper purpose of a view in *C & B Vacation Properties Inc. v. Canada*, [1995] F.C.J. No. 1145 (T.D.) (QL).

[37] In *Meyers v. Government of Manitoba & Dobrowski* (1960), 26 D.L.R. (2d) 550, a majority of the Manitoba Court of Appeal took a different

avec approbation la jurisprudence anglaise qui constitue la principale source des interprétations restrictives appliquées à ce type d'examen.

Cependant, je reconnais qu'au moins un commentateur a vivement contesté cette position. De plus, en Alberta, un arbitre a statué qu'une visite des lieux constitue une preuve dans tous les sens du mot et que le juge des faits peut formuler des conclusions de fait en se fondant sur ses observations découlant de la visite en question. Cette opinion traduit la position générale des tribunaux de certaines provinces de l'ouest sur la question. [Notes en bas de page omises.]

Le CEE conclut en ces termes:

[TRADUCTION] Il est impossible d'ignorer les facteurs liés à l'équité au cours de l'audience. Sans me prononcer tout à fait sur cette question épineuse, j'ai de sérieuses réserves sur au moins un aspect de la procédure suivie devant le comité. À mon avis, lorsque le comité utilise les éléments de preuve obtenus au cours de la visite des lieux d'un incident pour mettre en doute les témoignages présentés sous serment, il doit, à tout le moins, divulguer ses observations contraires dans son compte rendu de la visite. En omettant de le faire, le comité a agi de façon inéquitable à l'endroit de l'appellant.

[36] Le jugement anglais auquel le CEE fait allusion est l'arrêt *London General Omnibus Company v. Lavell*, [1901] 1 Ch. 135 (C.A.), où lord Alverstone s'exprime comme suit aux pages 138 et 139:

[TRADUCTION] Il est bien vrai que, selon la règle 4 de l'ordonnance L, le juge peut «examiner tout bien ou objet au sujet duquel une question pourrait se poser» dans l'action; cependant, je n'ai jamais entendu dire et, quant à moi, je suis peu disposé à admettre que le juge a le droit de substituer à la preuve les données découlant d'un examen de ce genre. À mon sens, cet examen vise à permettre au tribunal de comprendre les questions soulevées, de faire le suivi de la preuve et de l'interpréter.

Les tribunaux de l'Ontario ont accepté cet énoncé de l'état du droit (voir, par exemple, l'arrêt *Chambers v. Murphy*, [1953] 2 D.L.R. 705 (C.A. Ont.)) et la Cour fédérale a statué qu'il représentait un bon résumé de l'objet de la visite des lieux dans l'arrêt *C & B Vacation Properties Inc. c. Canada*, [1995] F.C.J. n° 1145 (1^{re} inst.) (QL).

[37] Toutefois, dans l'arrêt *Meyers v. Government of Manitoba & Dobrowski* (1960), 26 D.L.R. (2d) 550, une majorité des membres de la Cour d'appel du

approach. Schultz J.A., also relying on English Court of Appeal jurisprudence (*Buckingham v. Daily News, Ltd.*, [1956] 2 All E.R. 904), stated, at pages 558-559, that a view taken by a tribunal is similar to an exhibit tendered as evidence:

I think it is a matter of everyday practice in our Courts that scale models, or similar objects, are tendered and accepted as real evidence. Such evidence may offer stronger and more convincing proof of the fact claimed than the oral evidence of witnesses. The Judge who views them in the court room is in no different position there than when, with all the necessary safeguards and conditions met, he views them outside the court room. When, as in the case of a road, it is impossible to bring the object into the court room and the trial Judge takes a proper view outside the court room, he is entitled to consider such a view as evidence. To hold otherwise seems to me unrealistic, for what better evidence could be offered to Judges than what they can see with their own eyes? This is so whether the evidence is produced in Court or at the scene of an accident.

As well, the Supreme Court of Canada in *Calgary & Edmonton Railway Co. v. MacKinnon* (1910), 43 S.C.R. 379, upheld a decision of arbitrators in an expropriation proceeding who, after viewing the property in question, rejected the evidence of several expert witnesses and came to a conclusion respecting the value of the property in question “from their own judgment and a few actual facts submitted in evidence”. Anglin J. stated, at pages 384-385:

But while the award of the majority may not be happily worded and might, on cursory perusal, give the impression that, in reaching their conclusion, they had wholly disregarded the evidence, a careful consideration of the award makes it reasonably clear that what they intended to state was that the inspection of the property had satisfied them that certain parts of the evidence adduced could not be relied upon while other parts might safely be made the basis of their adjudication. A proper appreciation of the value of the evidence is always a legitimate object of a view and, if it leads to the discrediting and the consequent rejection of certain portions of the testimony, I am not prepared to say that undue weight or effect has therefore been given to the result of the view.

[38] The Manitoba Court of Appeal in *Meyers*, per Schultz J.A. at page 555, points out that a judge in

Manitoba a adopté un raisonnement différent. Le juge Schultz, qui se fondait également sur une décision de la Cour d’appel de l’Angleterre (*Buckingham v. Daily News, Ltd.*, [1956] 2 All E.R. 904), a dit, aux pages 558 et 559 qu’une visite des lieux faite par un tribunal s’apparente à une pièce présentée en preuve:

[TRADUCTION] À mon avis, il arrive fréquemment que des modèles réduits ou des objets similaires soient présentés et considérés comme des éléments de preuve réels. Ces éléments peuvent souvent constituer une preuve plus forte et plus convaincante du fait allégué que les témoignages. Le juge qui les examine en salle d’audience est dans la même situation que celui qui les observe en dehors de la salle d’audience, si toutes les mesures de protection nécessaires sont prises et que les conditions pertinentes sont respectées. Lorsque, comme c’est le cas pour une route, il est impossible de présenter l’objet en salle d’audience et que le juge de première instance examine en bonne et due forme l’endroit en dehors de la salle d’audience, il a le droit de considérer cet examen comme un élément de preuve. Une décision différente ne m’apparaîtrait pas réaliste: en effet, quelle est la meilleure preuve pour un juge sinon celle qu’il peut voir de ses propres yeux? Ce principe vaut, que l’élément de preuve soit présenté en salle d’audience ou qu’il se trouve sur les lieux d’un accident.

De plus, dans l’arrêt *Calgary & Edmonton Railway Co. v. MacKinnon* (1910), 43 R.C.S. 379, la Cour suprême du Canada a confirmé une décision des arbitres qui, après avoir examiné la propriété dans une affaire d’expropriation, ont rejeté le témoignage de plusieurs experts et ont tiré une conclusion au sujet de la valeur de la propriété [TRADUCTION] «à partir de leur propre jugement et de quelques faits réels présentés en preuve». Le juge Anglin s’est exprimé comme suit, aux pages 384 et 385:

[TRADUCTION] Toutefois, même si la décision de la majorité n’est peut-être pas bien formulée et pourrait, à première vue, donner l’impression que, pour en arriver à leur conclusion, les membres ont rejeté la preuve en entier, un examen attentif de la décision indique assez bien que, ce qu’ils voulaient dire, c’est que l’examen de la propriété les a convaincus que certaines parties de la preuve présentée ne pouvaient être invoquées, tandis que d’autres pouvaient être retenues. Une bonne appréciation de la valeur des éléments de preuve constitue dans tous les cas un objectif légitime d’une visite des lieux et, même si celle-ci mène au rejet de certaines parties du témoignage, je ne suis pas disposé à dire qu’une importance trop grande a été accordée de ce fait au résultat de la visite.

[38] Dans l’arrêt *Meyers*, le juge Schultz, de la Cour d’appel du Manitoba, souligne à la page 555 qu’un

taking a view must be satisfied that the view and the conditions in which it is taken will be fair to all the parties concerned, including particularly the opportunity to present further evidence. Certainly, if a tribunal, through its own means, obtains relevant information without the knowledge of the parties and relies on that information in making its decision, it will have breached principles of natural justice and procedural fairness (see, for example, *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at pages 1115-1116; *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205 (C.A.)). A party is entitled to be made aware and to make representations and, indeed, give evidence with respect to extrinsic evidence that is obtained by a tribunal.

[39] However, in my view, it would be going too far to state that where a tribunal conducts a view, not for the purpose of gathering its own evidence but to better understand the evidence being submitted, that the tribunal can never rely upon its own observations made at that viewing. Where a tribunal sees something inconsistent with the evidence adduced by the parties, it would be highly artificial to require that the tribunal ignore its observations and decide the issue based on evidence that it considers to be untrue. If a picture of the applicant's porch and fence had been placed in evidence it would have been open to the Adjudication Board to draw its own conclusion from the picture that the applicant could not have seen the clothing or the body build of the person alleged to have been looking at his car. Having regard to the *dicta* of Anglin J. in *Calgary & Edmonton Railway Co. v. MacKinnon* and Shultz J.A. in *Meyers v. Government of Manitoba & Dobrowski*, I am satisfied that the Board was entitled to make the observations it made during the viewing, and to rely on those observations, in rejecting the credibility of the applicant's evidence.

[40] The second question arising in respect of the viewing is whether procedural fairness required the

juge qui procède à une visite des lieux doit être convaincu que celle-ci et les conditions dans lesquelles elle se fait seront équitables pour toutes les parties concernées, notamment quant à la possibilité de présenter des éléments de preuve supplémentaires. Si un tribunal obtient par ses propres moyens des renseignements pertinents à l'insu des parties et qu'il se fonde sur ces renseignements pour en arriver à sa décision, il aura certainement commis un manquement aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale (voir, par exemple, les arrêts *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, aux pages 1115 et 1116; *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205 (C.A.)). Une partie a le droit d'être informée des éléments de preuve extrinsèques qu'un tribunal obtient et de formuler des observations ainsi que de présenter d'autres éléments de preuve à ce sujet.

[39] Toutefois, à mon avis, cela ne signifie pas nécessairement que, lorsqu'un tribunal procède à une visite des lieux non pas dans le but de recueillir ses propres éléments de preuve, mais afin de mieux comprendre la preuve présentée, il ne peut en aucun cas se fonder sur ses propres observations faites au cours de la visite. Lorsqu'un tribunal observe un élément incompatible avec la preuve présentée par les parties, il serait irréaliste d'exiger qu'il ignore ses observations et tranche la question sur la foi d'une preuve qu'il juge fautive. Si une photographie du porche et de la clôture de la propriété du requérant avait été présentée en preuve, le comité d'arbitrage aurait pu conclure lui-même, en se fondant sur la photographie, que le requérant ne pouvait voir les vêtements ou la corpulence de la personne qui regardait apparemment son véhicule. Compte tenu des remarques que les juges Anglin et Schultz ont respectivement formulées dans les arrêts *Calgary & Edmonton Railway Co. v. MacKinnon* et *Meyers v. Government of Manitoba & Dobrowski*, je suis convaincu que le comité avait le droit de faire les observations qu'il a faites au cours de la visite et de se fonder sur ces observations pour nier la crédibilité de la preuve du requérant.

[40] La deuxième question qui se pose au sujet de la visite est celle de savoir si le comité devait, au nom

Board, once it made observations during the viewing, to disclose those observations to the applicant in order to give him an opportunity to respond.

[41] In this case it was the applicant who requested that the viewing take place. He and his counsel attended the viewing. They saw or had the opportunity to see exactly what the Adjudication Board saw. Nothing was done behind the applicant's back. When the hearing resumed he was given an opportunity to "add to the record with respect to the view". Procedural fairness does not require a tribunal to disclose its ongoing observations with respect to the evidence as it is tendered. If the Board had formed its opinion based on its consideration of a picture of the applicant's porch and fence that had been placed in evidence, it would not have been incumbent on the Board to disclose its observations to the applicant at the hearing in order that he might make further submissions on the point. Whether the Board's observations are the result of a view or a photograph introduced as evidence, the applicant would have been aware of what was before the Board and had the opportunity to make relevant representations. The Board was not obliged to disclose its preliminary observations to the applicant to enable him to attempt to dispel them any more than any other consideration or impression it gathered from any other evidence it heard or saw.

[42] There was no error with respect to the viewing.

Conclusion

[43] The judicial review is dismissed.

de l'équité procédurale, communiquer au requérant les observations qu'il a faites au cours de la visite afin de lui permettre d'y répondre.

[41] Dans l'affaire qui nous occupe, c'est le requérant qui a demandé la visite des lieux. Lui-même et son avocat étaient présents à cette visite. Tous deux ont vu ou ont eu la possibilité de voir exactement ce que le comité a vu et aucune mesure n'a été prise à leur insu. À la reprise de l'audience, le requérant a eu la possibilité [TRADUCTION] «d'ajouter des éléments au dossier au sujet de la visite des lieux». Les principes d'équité procédurale n'obligent pas un tribunal à communiquer ses observations constantes au sujet de la preuve présentée. Si le comité s'était formé une opinion à la lumière de l'examen d'une photographie du porche et de la clôture de la propriété du requérant, il n'aurait pas été tenu de communiquer ses observations au requérant à l'audience pour lui permettre de formuler d'autres arguments sur la question. Que les observations du comité découlent d'une visite ou d'une photographie présentée en preuve, le requérant savait sans doute ce que le comité avait vu et a eu la possibilité de formuler des arguments pertinents. Le comité n'était pas tenu de divulguer ses observations préliminaires au requérant pour lui permettre de les réfuter, pas plus qu'il ne devait divulguer les autres impressions qu'il a pu avoir à partir des autres éléments de preuve qu'il a entendus ou vus.

[42] Aucune erreur n'a été commise dans le cadre de la visite des lieux.

Conclusion

[43] La demande de contrôle judiciaire est rejetée.

A-815-95

A-815-95

Her Majesty the Queen (*Appellant*)**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

O'Neill Motors Limited (*Respondent*)**O'Neill Motors Limited** (*intimée*)*INDEXED AS: CANADA v. O'NEILL MOTORS LTD. (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. O'NEILL MOTORS LTD. (C.A.)*Stone J.A., Denault J.A. (*ex officio*) and Linden J.A.
—St. John's, June 10 and 11, 1998.Cour d'appel, juges Stone, J.C.A., Denault, J.C.A. (de
droit) et Linden, J.C.A.—St. John's, 10 et 11 juin
1998.

Income tax — Reassessment — MNR with warrant under I.T.A. s. 231.3 seized taxpayer's documents — Using information thus obtained issued reassessments — When F.C.A. declared s. 231.3 of no force, effect as unconstitutional, taxpayer applied to S.C. Nfld. for return of documents — Government officials failing to disclose relevant facts upon application to J.P. for seizure of documents under Code s. 487 — Warrant issued — Taxpayer prosecuted under Act, s. 239 — Acquitted for abuse of process, violation of Charter rights — T.C.C. deciding vacation of reassessments appropriate, just remedy under Charter, s. 24(1) — MNR's argument: exclusion of evidence only remedy where obtained in violation of Charter rights — T.C.J. correct in considering both official seizures in deciding proper remedy — Did not err in use of harsh words to describe conduct of Crown agents — T.C.J. correct in decision exclusion of evidence inadequate remedy herein — Court having general power under Charter, s. 24(1) to grant "appropriate and just" remedy — Extreme remedy granted herein to be reserved for serious violation cases where other remedies inadequate.

Impôt sur le revenu — Nouvelle cotisation — Le MRN, muni d'un mandat décerné en vertu de l'art. 231.3 de la L.I.R., a saisi des documents du contribuable — En se fondant sur les renseignements ainsi obtenus, le ministre a établi de nouvelles cotisations — La C.A.F. ayant déclaré l'art. 231.3 inopérant parce qu'inconstitutionnel, le contribuable a demandé à la Cour suprême de Terre-Neuve que les documents lui soient remis — Sur une demande d'autorisation de saisir les documents en vertu de l'art. 487 du Code criminel, les représentants de l'État ont omis de divulguer au juge de paix des faits pertinents — Le juge de paix a décerné le mandat — Des poursuites ont été engagées contre le contribuable en vertu de l'art. 239 de la Loi — Vu le recours abusif aux procédures et la violation des droits garantis par la Charte, il a été acquitté — La C.C.I. a décidé que l'annulation des cotisations constituait une réparation convenable et juste aux termes de l'art. 24(1) de la Charte — Le MRN a soutenu que, lorsque des éléments de preuve ont été obtenus d'une manière qui porte atteinte aux droits garantis par la Charte, la seule réparation susceptible d'être accordée est l'exclusion de cette preuve — Le juge de la C.C.I. pouvait tenir compte des deux saisies illégales en examinant quelle réparation il convenait d'accorder — Il n'a pas eu tort d'utiliser des mots durs pour décrire la conduite des mandataires de la Couronne — Il a eu raison de décider que la réparation qu'offrirait l'exclusion de la preuve n'était pas suffisante en l'espèce — L'art. 24(1) confère à la Cour le pouvoir général d'accorder la réparation qu'elle estime «convenable et juste» — La mesure de redressement extrême accordée en l'espèce doit être réservée aux cas de graves atteintes aux droits pour lesquels les autres réparations s'avèrent insuffisantes.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Tax Court Judge justified in vacating income tax reassessments on basis of Charter, s. 24 where evidence obtained in violation of Charter, s. 8 — Without evidence initially obtained illegally and resealed improperly, unlikely MNR could have discharged statutory burden — Under Charter, s. 24, Court given authority to grant remedy "appropriate and just in the circumstances".

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a eu raison d'annuler, en vertu de l'art. 24 de la Charte, les nouvelles cotisations d'impôt sur le revenu, parce que certains éléments de preuve ont été obtenus en violation de l'art. 8 de la Charte — Sans la preuve qu'il a initialement obtenue illégalement et qui a fait l'objet d'une nouvelle saisie irrégulière, il est improbable que le ministre aurait pu s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombait aux

The taxpayer's documents were seized upon the authority of a warrant obtained under section 231.3 of the *Income Tax Act* (I.T.A.). That provision was subsequently held unconstitutional by the Federal Court of Appeal in *Baron v. Canada*, [1991] 1 F.C. 688. When the taxpayer applied to the Supreme Court of Newfoundland for the return of his documents, government officials applied to a Justice of the Peace for a warrant authorizing the seizure (in effect a re-seizure) under section 487 of the *Criminal Code*. The official failed to disclose to the Justice of the Peace that the taxpayer had applied for the return of his documents and that the Crown was seeking leave to appeal *Baron* to the Supreme Court of Canada. Ignorant of these material facts, the Justice of the Peace issued a warrant. The taxpayer was prosecuted under section 239 of the I.T.A. The taxpayer was acquitted on the basis that since the original seizure was unconstitutional and in view of the circumstances of the re-seizure, there had been an abuse of process and a violation of the taxpayer's rights guaranteed by sections 7 and 8 of the Charter. A question was then put to the Tax Court of Canada as to whether, in the circumstances, it was just that the assessments be vacated by virtue of Charter, subsection 24(1). The Tax Court Judge decided that, vacating the tax assessments would be an "appropriate and just" remedy under subsection 24(1) of the Charter. This was an appeal from that decision. This was a case of first impression, the remedy of vacating a reassessment having never before been granted under section 24 of the Charter.

The Minister argued that the illegal re-seizure was irrelevant and that the initial seizure, when carried out, was done in good faith as section 231.3 of the Act had not then been found to be unconstitutional. He also argued, citing *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, that where evidence has been obtained in violation of Charter rights, the sole remedy is the exclusion of evidence under subsection 24(2).

Held, the appeal should be dismissed.

Per Linden J.A.: The evidence secured by violating the taxpayer's Charter rights was fundamental to the enforcement of the reassessments. Without the illegally obtained documents, it was unlikely that the Minister would have been able to discharge the statutory burden. Therefore, it was not improper for the Tax Court Judge to consider both illegal seizures in determining the proper remedy. Nor was the Tax Court Judge wrong in having used some harsh

termes de la Loi — L'art. 24 confère à la Cour le pouvoir d'accorder la réparation qu'elle estime «convenable et juste eu égard aux circonstances».

En vertu d'un mandat obtenu sous le régime de l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (L.I.R.), des documents du contribuable ont été saisis. Par la suite, la Cour d'appel fédérale a statué, dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1991] 1 C.F. 688, que cette disposition était inconstitutionnelle. Quand le contribuable a demandé à la Cour suprême de Terre-Neuve que les documents lui soient remis, les représentants de l'État ont demandé à un juge de paix un autre mandat autorisant la saisie en vertu de l'article 487 du *Code criminel* (en fait, il s'agissait d'une nouvelle saisie). Le représentant a omis d'informer le juge de paix que le contribuable avait demandé que les documents lui soient remis et que la Couronne avait sollicité l'autorisation d'en appeler de la décision *Baron* à la Cour suprême du Canada. Ignorant ces faits importants, le juge de paix a décerné le mandat. Des poursuites ont été engagées contre le contribuable en vertu de l'article 239 de la L.I.R. Vu l'inconstitutionnalité de la première saisie et les circonstances dans lesquelles la nouvelle saisie avait été effectuée, le contribuable a été acquitté, parce qu'il y avait eu recours abusif aux procédures et violation des droits garantis au contribuable par les articles 7 et 8 de la Charte. La Cour canadienne de l'impôt a été saisie de la question de savoir s'il était convenable et juste, eu égard aux circonstances, que les cotisations soient annulées en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a décidé que l'annulation des cotisations constituait une réparation «convenable et juste» aux termes du paragraphe 24(1) de la Charte. C'est sur cette décision que porte l'appel. La Cour ne peut s'autoriser d'aucun précédent puisque l'annulation d'une nouvelle cotisation en vertu de l'article 24 de la Charte n'a encore jamais été accordée.

Le ministre a soutenu que le caractère illégal de la nouvelle saisie n'était pas pertinent et que, lorsqu'elle a été initialement effectuée, la première saisie l'a été de bonne foi, car l'article 231.3 de la Loi n'avait pas encore été jugé inconstitutionnel. Citant l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, il a également soutenu que, lorsque des éléments de preuve ont été obtenus d'une manière qui porte atteinte aux droits garantis par la Charte, la seule réparation susceptible d'être accordée est l'exclusion de cette preuve en vertu du paragraphe 24(2).

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Le juge Linden, J.C.A.: Les éléments de preuve obtenus en violation des droits garantis au contribuable par la Charte étaient essentiels pour parvenir à obtenir l'exécution de ces nouvelles cotisations. Sans la preuve qu'il a obtenue illégalement, il est improbable que le ministre aurait pu s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombait aux termes de la Loi. Par conséquent, le juge de la Cour canadienne de l'impôt était en droit de tenir compte des

words (*inter alia* "flagrant and egregious violation of the appellant's rights") to describe the conduct of the agents of the Crown in illegally seizing and re-seizing the taxpayer's material.

R. v. Therens did not stand for proposition that section 24 of the Charter allowed no remedy other than the exclusion of evidence where evidence was obtained unconstitutionally. Subsection 24(2) does not remove the general authority given to the Court in subsection 24(1) to grant such remedy as it deems "appropriate and just".

The comments of the Tax Court Judge, to the effect that this type of extreme remedy must be reserved for cases of serious violations where other remedies are insufficient, should be endorsed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 8, 24.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 68).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.3 (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 152(4)(a), 173, 231.3.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

R. v. Therens et al., [1985] 1 S.C.R. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276.

REFERRED TO:

Baron v. Canada, [1991] 1 F.C. 688; [1991] 1 C.T.C. 125; (1991), 91 DTC 5055; 122 N.R. 47 (C.A.); *R. v. Zborovsky*, [1997] O.J. No. 1568 (C.A.) (QL).

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (*O'Neill Motors Ltd. v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2714;

deux saisies illégales en examinant quelle réparation convenait d'accorder. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a pas eu tort d'utiliser des mots durs (notamment «violation flagrante et inacceptable des droits de l'appelant») pour décrire la conduite des mandataires de la Couronne qui ont effectué la première et la nouvelle saisie illégales du matériel du contribuable.

L'arrêt *R. c. Therens* ne permet pas d'affirmer que l'article 24 de la Charte interdit d'accorder une réparation autre que l'exclusion de la preuve, lorsque celle-ci est obtenue de façon inconstitutionnelle. Le paragraphe 24(2) ne retire pas à la Cour le pouvoir général que lui confère le paragraphe 24(1) d'accorder la réparation qu'elle estime «convenable et juste».

Il y a lieu de souscrire aux propos du juge de la Cour canadienne de l'impôt selon lesquels ce genre de mesure de redressement extrême doit être réservé aux cas de graves atteintes aux droits pour lesquels les autres réparations s'avèrent insuffisantes.

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. 8, 24.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 68).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.3 (mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 121).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 152(4a), 173, 231.3.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Therens et autres, [1985] 1 R.C.S. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276.

DÉCISIONS CITÉES:

Baron c. Canada, [1991] 1 C.F. 688; [1991] 1 C.T.C. 125; (1991), 91 DTC 5055; 122 N.R. 47 (C.A.); *R. v. Zborovsky*, [1997] O.J. n° 1568 (C.A.) (QL).

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (*O'Neill Motors Ltd. c. La Reine*, [1996] 1

(1995), 96 DTC 1486 (T.C.C.) vacating the reassessments issued against the respondent on the basis that certain evidence was obtained in violation of section 8 of the Charter and that section 24 of the Charter permitted such a remedy. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Bruce S. Russell for appellant.
J. David Eaton for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Chalker, Green & Rowe, St. John's, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LINDEN J.A.: The issue on this appeal is whether the Tax Court Judge [[1996] 1 C.T.C. 2714] was correct in vacating the reassessments issued in 1989 against the respondent for the years 1982, 1983, 1984, and 1985 on the basis that certain evidence was obtained in violation of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and that section 24 of the Charter permitted such a remedy. This is a case of first impression in that the remedy of vacating a reassessment has not yet been awarded on the basis of section 24.

[2] The facts, which were agreed to by the parties, are fairly complicated but they have been well summarized by Bowman J.T.C.C. in his reasons for judgment dated November 9, 1995. That summary is as follows:

Officials of the Department of National Revenue, acting under the authority of a warrant obtained under section 231.3 of the Act, searched for and seized documents in the possession of the appellant. On the basis of information contained in the documents so obtained he assessed the

C.T.C. 2714; (1995), 96 DTC 1486 (C.C.I.) annulant les nouvelles cotisations établies contre l'intimée, parce que certains éléments de preuve ont été obtenus en violation de l'article 8 de la Charte et parce que l'article 24 de la Charte permet une telle réparation. Appel rejeté.

AVOCATS:

Bruce S. Russell pour l'appelante.
J. David Eaton pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Chalker, Green & Rowe, St. John's, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Le présent appel vise à décider si le juge de la Cour canadienne de l'impôt [[1996] 1 C.T.C. 2714] a eu raison d'annuler les nouvelles cotisations établies en 1989 contre l'intimée, pour les années 1982, 1983, 1984 et 1985, parce que certains éléments de preuve ont été obtenus en violation de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et parce que l'article 24 de la Charte permet une telle réparation. La Cour ne peut s'autoriser d'aucun précédent puisque l'annulation d'une nouvelle cotisation en vertu de l'article 24 n'a encore jamais été accordée.

[2] Les faits, sur lesquels les parties se sont entendues, sont assez compliqués, mais le juge Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, les a clairement résumés dans les motifs de jugement qu'il a prononcés le 9 novembre 1995. Il s'est exprimé ainsi:

Les représentants du ministère du Revenu national, agissant en vertu d'un mandat obtenu sous le régime de l'article 231.3 de la Loi, ont cherché et saisi des documents qui étaient en la possession de l'appelante. En se fondant sur les renseignements contenus dans les documents ainsi obtenus,

appellant tax, interest and penalties. Subsequent to the seizure of the documents and the making of the assessments the Federal Court of Appeal in *Baron v. R. (sub nom. Baron v. Canada)*, [1991] 1 C.T.C. 125, 91 DTC 5056 (F.C.A.), held section 231.3 to be unconstitutional and declared it to be of no force and effect. Therefore the seizure was warrantless and a violation of the appellant's rights under the *Charter* and, accordingly, illegal. The Crown sought leave to appeal the *Baron* decision to the Supreme Court of Canada. The appellant applied to the Supreme Court of Newfoundland for a return of its documents. Officials of the Department of National Revenue, without returning the documents, applied to a Justice of the Peace for a further warrant authorizing the seizure under section 487 of the Criminal Code (in effect, a re-seizure, since the Minister still had them, and so the seizure was notional). In the application the official refrained from informing the Justice of the Peace that the appellant had applied to the Supreme Court of Newfoundland for a return of the documents or that the Crown was seeking leave to appeal the *Baron* decision to the Supreme Court of Canada. The Justice of the Peace issued the warrant. The appellant was prosecuted under section 239 of the Act. At the trial before Judge Baker, the appellant was prosecuted under section 239 of the Act. At the trial before Judge Baker, the appellant argued that the seizure under section 231.3 of the Act was illegal and that the circumstances surrounding the subsequent re-seizure under section 487 of the Criminal Code was an abuse of process and a violation of its rights under section 7 and 8 of the *Charter* and that the documents should be excluded from evidence. Judge Baker agreed, excluded the documents from evidence and acquitted the appellant.¹

[3] On the basis of these facts, the following question was put to the Tax Court of Canada pursuant to section 173 of the *Income Tax Act*:²

Is it appropriate and just in the circumstances for the assessments of tax relevant to this reference to be vacated by virtue of subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Section 24 of the Charter reads:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that

le ministre a fixé l'impôt, les intérêts et les pénalités exigés de l'appelante. Après que les documents eurent été saisis et les cotisations établies, la Cour d'appel fédérale a statué, dans l'arrêt *Baron v. R. (sub nom. Baron c. Canada)*, [1991] 1 C.T.C. 125, 91 DTC 5056 (C.A.F.), que l'article 231.3 était inconstitutionnel et elle a déclaré cette disposition inopérante. Par conséquent, la saisie n'était pas justifiée et violait les droits garantis à l'appelante par la *Charte* et elle était donc illégale. La Couronne a sollicité l'autorisation d'en appeler de la décision *Baron* à la Cour suprême du Canada. L'appelante a demandé à la Cour suprême de Terre-Neuve que les documents lui soient remis. Les représentants du ministère du Revenu, plutôt que de remettre les documents, ont demandé à un juge de paix un autre mandat autorisant la saisie en vertu de l'article 487 du Code criminel (en fait, il s'agissait d'une nouvelle saisie mais, puisque le ministre avait encore les documents en sa possession, il s'agissait d'une saisie théorique). Dans la demande, le représentant a omis d'informer le juge de paix que l'appelante avait demandé à la Cour suprême de Terre-Neuve que les documents lui soient remis ou que la Couronne sollicitait l'autorisation d'en appeler de la décision *Baron* à la Cour suprême du Canada. Le juge de paix a décerné le mandat. Des poursuites ont été engagées contre l'appelante en vertu de l'article 239 de la Loi. Lors de l'instruction qui a eu lieu devant le juge Baker, l'appelante a soutenu que la saisie effectuée en vertu de l'article 231.3 de la Loi était illégale; elle a affirmé que, compte tenu des circonstances dans lesquelles la nouvelle saisie avait été effectuée en vertu de l'article 487 du Code criminel, il y avait recours abusif aux procédures et violation des droits garantis par les articles 7 et 8 de la *Charte* et que les documents devraient être écartés. Le juge Baker a souscrit à cet avis; il a écarté les documents de la preuve et a acquitté l'appelante¹.

[3] Sur le fondement de ces faits, la Cour canadienne de l'impôt a été saisie de la question suivante aux termes de l'article 173 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ²:

Est-il convenable et juste, eu égard aux circonstances, que les cotisations d'impôts pertinentes à cette référence soient annulées en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'article 24 de la Charte est ainsi rédigé:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus

infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Section 8 of the Charter states:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search and seizure.

[4] The Tax Court Judge decided that the vacating of the assessments of tax made by the Minister of National Revenue was an “appropriate and just” remedy under subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The question to be resolved on this appeal is whether it was proper to do so. I am of the view that, in the circumstances of this case, the Tax Court Judge was correct to vacate the assessments for the following reasons.

[5] The appellant submits that Bowman J.T.C.C. has erred in that the vacating of the assessments was not open to him as a remedy. He argues that the material, when originally seized, was secured in what appeared to be a constitutional manner. It was only after the initial seizure, performed in good faith, that the authorizing provision, section 231.3 of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121)], was found to be unconstitutional by this Court in *Baron v. Canada*.³ It was suggested that the later re seizure pursuant to section 487 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 68] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46], which was an illegal search because it was done on the basis of a warrant obtained without revealing important facts, was not relevant to the quality of the initial seizure. It was only the initial seizure, according to the Crown, that formed the basis of the reassessment, and, hence, any illegality in connection with the re seizure, which was aimed only at the criminal proceedings, could not be relied on in attacking the reassessment. It is also submitted by the appellant, citing *R. v. Therens et al.*,⁴ that where evidence has been obtained in violation of Charter rights, the only remedy available is the exclusion of that evidence from a proceeding pursuant to subsection 24(2). Therefore, it is said, the Tax Court Judge exceeded his jurisdiction in awarding the

dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'article 8 de la Charte prévoit:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[4] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a décidé que l'annulation des cotisations établies par le ministre du Revenu national constituait une réparation «convenable et juste» aux termes du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il s'agit de décider, dans le présent appel, s'il a eu raison d'agir de la sorte. Je suis d'avis que, eu égard aux circonstances de l'espèce, c'est à bon droit que le juge de la Cour canadienne de l'impôt a annulé les cotisations, et ce, pour les motifs suivants.

[5] L'appelante soutient que le juge Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, a commis une erreur parce que l'annulation des cotisations n'était pas une réparation qu'il avait le pouvoir d'accorder. Elle soutient que, lorsqu'il a été initialement saisi, le matériel semblait avoir été obtenu d'une manière constitutionnelle. Ce n'est qu'après cette première saisie, effectuée de bonne foi, que cette Cour, dans l'affaire *Baron c. Canada*,³ a jugé inconstitutionnelle la disposition habilitante, soit l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 121)]. Selon l'appelante, la nouvelle saisie effectuée ultérieurement sous le régime de l'article 487 [mod. par L.R.C. (1985), (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 68] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], qui est illégale parce qu'effectuée dans le cadre d'un mandat obtenu en omettant de divulguer certains faits importants, ne concerne aucunement la qualité de la saisie initiale. Selon le ministère public, c'est la saisie initiale qui forme la base de la nouvelle cotisation, ce qui empêche d'invoquer le caractère illégal de la nouvelle saisie, qui visait seulement des poursuites criminelles, pour contester la nouvelle cotisation. Citant l'arrêt *R. c. Therens et autres*,⁴ l'appelante soutient également que, lorsque des éléments de preuve ont été obtenus d'une manière qui porte atteinte aux droits garantis par la Charte, la

remedy he did.

[6] I am not persuaded by these arguments. The evidence that had been obtained in violation of the taxpayer's Charter rights was not irrelevant to the reassessments; rather, that evidence was fundamental to the successful enforcement of the reassessments. The Minister may reassess a taxpayer's liability for tax any time within three-years of the original assessment of the taxpayer. After that three-year period, the Minister may only reassess in certain limited circumstances. Paragraph 152(4)(a) of the Act allows for reassessment at any time if the taxpayer has been guilty, *inter alia*, of a "misrepresentation that is attributable to neglect, carelessness or wilful default or has committed any fraud" in filing a return. The onus is upon the Minister, in cases of reassessment after the three-year period, to prove facts which show that this provision applies. Without the evidence initially obtained illegally and which was resealed improperly, it is highly unlikely that the Minister would have been able to discharge the burden under this provision. That evidence was also important as a basis for the imposition of any penalties. In addition, the Tax Court Judge was also critical of the "unlawful detention" of the material seized in the initial search. Lastly, the very foundation of the 1989 reassessment was the unconstitutionally seized documents, as was admitted by counsel. It was, therefore, permissible for the Tax Court Judge to consider both illegal seizures in his deliberations on the proper remedy.

[7] Counsel for the Crown has argued that the Tax Court Judge was wrong to use some harsh words to

seule réparation susceptible d'être accordée est l'exclusion de cette preuve d'une instance, comme le prévoit le paragraphe 24(2). Par conséquent, selon le ministère public, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a outrepassé sa compétence en accordant une telle réparation.

[6] Ces arguments ne parviennent pas à me convaincre. Il est faux de prétendre que les éléments de preuve obtenus en violation des droits garantis au contribuable par la Charte ne sont pas pertinents par rapport aux nouvelles cotisations; au contraire, ces éléments de preuve sont essentiels pour parvenir à obtenir l'exécution de ces nouvelles cotisations. Le ministre peut établir une nouvelle cotisation de l'impôt payable par un contribuable en tout temps dans un délai de trois ans suivant la première cotisation. Passé ce délai, il ne peut établir de nouvelle cotisation que dans certaines circonstances restreintes. L'alinéa 152(4)a de la Loi prévoit qu'il peut établir une nouvelle cotisation à un moment donné si le contribuable s'est rendu coupable, entre autres, d'une «présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire ou a commis quelque fraude» en produisant une déclaration. Dans le cas de nouvelles cotisations établies après le délai de trois ans, il incombe au ministre de prouver les faits justifiant l'application de cette disposition. Sans la preuve qu'il a initialement obtenue illégalement et qui a fait l'objet d'une nouvelle saisie irrégulière, il est hautement improbable que le ministre aurait pu s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombait aux termes de cette disposition. Cette preuve servait également de fondement important pour l'imposition des pénalités. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a également condamné le fait d'avoir conservé illicitement du matériel saisi au cours de la perquisition initiale. Et finalement, le fondement même de la nouvelle cotisation de 1989 réside dans les documents qui, comme l'a reconnu l'avocat, ont été saisis d'une façon constitutionnelle. Par conséquent, le juge de la Cour canadienne de l'impôt pouvait tenir compte des deux saisies illégales en examinant quelle réparation il convenait d'accorder.

[7] L'avocat du ministère public soutient que le juge de la Cour canadienne de l'impôt a eu tort d'utiliser,

describe the conduct of the agents of the Crown such as: “reprehensible” conduct; “a massive and disruptive assault”; “highly improper withholding of information”; “tarnished” good faith; “vitiates” and “undermines” good faith; and “flagrant and egregious violation of the appellant’s rights”. In my view, the Tax Court Judge, in making these remarks, was mainly referring to the conduct involved in the reseizure, but not entirely. He was also, to a lesser extent, being critical of the manner in which the first search was done as well as the prolonged “unlawful detention” of the documents seized. In any event, we can find no reversible error in his characterization of the acts of the Crown’s agents in illegally seizing and reseizing the respondent’s material when they are all considered together.

[8] Given the seriousness of the Charter violations in this case, and the fact that merely excluding the evidence would be “tantamount to vacating the assessments”, according to the argument of the Crown before the Tax Court Judge, Bowman J.T.C.C. decided that it was “appropriate and just in the circumstances” to stop the matter at this stage, rather than to put the taxpayer through the trouble of proceeding to the Tax Court to see whether the Minister would be able to discharge the onus resting upon him under paragraph 152(4)(a) of the Act, something that would be most unlikely. This, he found, would be contrary to the purpose of the Charter. He expressed his dissatisfaction with the exclusion of evidence remedy in this way:

Simply to exclude the evidence would be to force the taxpayer to go to court and attack the assessments or to defend against allegations justifying the making of statute-barred assessments and the imposition of penalties that are based upon evidence that the Minister had only because he violated the appellant’s rights under the *Charter*. To limit the remedy to the exclusion of the evidence would, in my opinion, render nugatory the very rights that the *Charter* guarantees. The mere exclusion of evidence is insufficient for this purpose. The court must go further. I can see no reason for not fashioning a remedy under subsection 24(1) that has, as an integral component, an exclusion of evidence under subsection 24(2) but more adequately recognizes the fundamental right that the taxpayer has under section 8 of

pour décrire la conduite des mandataires de la Couronne, des mots durs comme: conduite «répréhensible»; «en prenant d’assaut»; «en omettant, d’une façon fort irrégulière, de fournir des renseignements»; «ternir» la bonne foi; «qui démolit» et «vicie» la bonne foi; et «violation flagrante et inacceptable des droits de l’appelant». À mon avis, en faisant ces remarques, le juge de la Cour canadienne de l’impôt visait principalement, mais non entièrement, la conduite adoptée au cours de la nouvelle saisie. Il condamnait, dans une moindre mesure, la manière dont s’est déroulée la première perquisition ainsi que le fait d’avoir conservé illicitement pendant longtemps des documents saisis. De toute façon, il nous est impossible de constater une erreur justifiant d’infirmar sa qualification des actes faits par les mandataires de la Couronne dans le cadre de la saisie et de la nouvelle saisie illégales du matériel de l’intimée, examinés ensemble.

[8] Vu la gravité des violations de la Charte en l’espèce, et compte tenu que la simple exclusion de la preuve «équivaldrait à annuler la cotisation», selon l’argument présenté par le ministère public devant le juge Bowman de la Cour canadienne de l’impôt, ce juge a décidé qu’il était «convenable et juste» de mettre un terme à l’affaire à l’étape où elle en était rendue, plutôt que d’obliger le contribuable à se donner le mal de procéder devant la Cour canadienne de l’impôt pour voir si le ministère serait capable de s’acquitter du fardeau qui lui incombait conformément à l’alinéa 152(4)a) de la Loi, une éventualité des plus improbables. Il a conclu qu’agir ainsi irait à l’encontre de l’objet de la Charte. Il a traduit son insatisfaction face à la réparation qu’offrirait l’exclusion de la preuve de la manière suivante:

Se contenter d’exclure les éléments de preuve serait contraindre le contribuable à s’adresser aux tribunaux et à contester les cotisations ou à se défendre contre des allégations tendant à justifier l’établissement de cotisations prescrites et l’imposition de pénalités, lesquelles sont fondées sur des éléments de preuve dont le ministre disposait uniquement par suite de la violation des droits garantis à l’appelante par la *Charte*. Restreindre la réparation à l’exclusion des éléments de preuve aurait, à mon avis, pour effet d’annuler les droits mêmes que la *Charte* garantit. La simple exclusion des éléments de preuve est insuffisante à cette fin. La Cour doit aller plus loin. Je ne puis voir pourquoi on ne pourrait pas accorder, en vertu du paragraphe 24(1), une réparation qui comporte, comme élément

the *Charter*. To exclude the evidence only would be in effect to say to the officials of the Department of National Revenue "You have violated the taxpayer's rights under section 8 of the *Charter* by your unconstitutional search and seizure of its records and your unlawful retention of them. On the basis of this unlawfully obtained information you have assessed tax, interest and penalties. You have tried, unsuccessfully, to prosecute the taxpayer under section 239 of the *Income Tax Act*. You have kept 90 cartons of the taxpayer's records for upwards of nine years. Now you wish to force the taxpayer to go through a civil trial in the Tax Court to see whether you can sustain assessments based fundamentally on evidence that you obtained illegally, and which under subsection 24(2) of the *Charter* you may not use at trial. We will let you try, however tenuous your case or remote your chances".⁵

[9] I am in agreement with Bowman J.T.C.C. that the fact that, at the time of the original seizure it appeared to be constitutional, does not relieve the appellant of any responsibility, nor does it preclude the award of a remedy to the respondent. In the circumstances of this case, even though in other situations a good faith violation might well be overlooked,⁶ the exclusion of the evidence might also be warranted, according to the test set out by Lamer J. (as he then was) in *R. v. Collins*.⁷ As Bowman J.T.C.C. finds:

The conduct of officials of the Department of National Revenue was, from the initial seizure until the purported re-seizure under section 487 of the Criminal Code a flagrant and egregious violation of the appellant's rights. The principles enunciated in such cases as *Hunter*, *Collins*, and *Kokesch* are equally applicable to these proceedings.⁸

One should keep in mind that, on the basis of certain "flagrant and egregious" unconstitutional conduct, charges against accused murderers and rapists may be stayed or even quashed, so that the remedy awarded here seems not so extreme in comparison.

essentiel, l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du paragraphe 24(2), mais reconnaît d'une façon plus adéquate le droit fondamental que l'article 8 de la *Charte* garantit au contribuable. Se contenter d'exclure les éléments de preuve reviendrait en fait à dire aux représentants du ministère du Revenu national: «Vous avez violé les droits garantis au contribuable par l'article 8 de la *Charte* en cherchant et en saisissant ses registres d'une façon inconstitutionnelle et en les conservant illicitement. En vous fondant sur ces renseignements, illicitement obtenus, vous avez fixé l'impôt, les intérêts et les pénalités. Vous avez essayé sans succès de poursuivre le contribuable en vertu de l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Vous avez conservé 90 boîtes de registres appartenant au contribuable pendant plus de neuf ans. Vous voulez maintenant engager une poursuite civile contre le contribuable devant la Cour de l'impôt pour voir si vous pouvez maintenir des cotisations essentiellement fondées sur des éléments de preuve que vous avez illégalement obtenus et que vous ne pouvez pas utiliser à l'instruction en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*. Nous vous laisserons tenter votre chance, même si la preuve est faible et votre réussite incertaine».⁵

[9] Je partage l'opinion du juge Bowman selon laquelle l'apparence de constitutionnalité de la saisie initiale, à l'époque où elle a été effectuée, n'exonère pas l'appelante de toute responsabilité ni n'empêche d'accorder une réparation à l'intimée. Même si dans d'autres situations il est possible de passer outre à une violation qui a été faite de bonne foi⁶, dans les circonstances de la présente espèce, l'exclusion des éléments de preuve serait également susceptible d'être justifiée suivant le critère adopté par le juge Lamer (maintenant juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Collins*.⁷ Comme le conclut le juge Bowman:

La conduite des représentants du ministère du Revenu national constituait, depuis la saisie initiale jusqu'à la soi-disant nouvelle saisie fondée sur l'article 487 du Code criminel, une violation flagrante et inacceptable des droits de l'appelante. Les principes énoncés dans des arrêts comme les arrêts *Hunter*, *Collins* et *Kokesch* s'appliquent également en l'espèce.⁸

Il ne faut pas oublier qu'il peut arriver qu'une conduite inconstitutionnelle «flagrante et inacceptable» entraîne la suspension ou même la cassation de certaines accusations portées contre des présumés meurtriers et violeurs, de sorte que, si on compare, la réparation accordée en l'espèce ne semble pas être une mesure si extrême.

[10] In cases of evidence obtained by infringing the Charter, section 24 of the Charter allows the award of a remedy other than the exclusion of evidence. In my view, it is wrong to say, as counsel for the Crown does, that *R. v. Therens et al.*, *supra*, forbids any remedy other than the exclusion of evidence where evidence is obtained unconstitutionally. Subsection 24(2) expressly permits the exclusion of evidence as one remedy; it does not remove the general authority given to the Court in subsection 24(1) to grant such remedy as is “appropriate and just”. *R. v. Therens et al.* forbids the exclusion of evidence remedy from being awarded other than pursuant to subsection 24(2), but it does not foreclose the granting of other or additional remedies in cases of evidence obtained in violation of the Charter if “appropriate and just”. As indicated, the question posed does not ask that the evidence seized be excluded; so that a subsection 24(2) remedy is not requested by the respondent. The trial Judge found that the remedy that was “appropriate and just, in the circumstances” of this case, was the vacating of the assessments. He explained why he did so in these words [at pages 2732-2733]:

Here . . . I believe that I must take further action. Unquestionably it is within the broad discretionary powers given to the court under subsection 24(1) to . . . not only exclude the unconstitutionally obtained evidence, but also cast upon the respondent the burden of establishing the correctness of the assessment with constitutionally untainted evidence. That remedy would not be inappropriate here, but can I take the next step . . . and vacate the assessments? I think that it is appropriate and just that I do so. In the first place subsection 24(1) gives to a court of competent jurisdiction a broad discretionary power to grant a remedy that is “just and appropriate” for a *Charter* violation. . . . Moreover, the vacating of assessments is one of the powers explicitly given to this court under section 171 of the *Income Tax Act*. Second, we have counsel’s very fair admission that the evidence that was seized in violation of the appellant’s rights under the *Charter* was “fundamental” to the assessment. It appears to be conceded that the assessments cannot be sustained without the use of the unconstitutionally obtained evidence and that if the assessments were referred back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment on the basis that all evidence that was illegally obtained be excluded from the Minister’s consideration the Minister would have no evidence on which to base

[10] Lorsque des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à la Charte, l’article 24 de la Charte permet d’accorder une réparation autre que l’exclusion de la preuve. À mon avis, il est faux de prétendre, comme le fait l’avocat du ministère public, que l’arrêt *R. c. Therens et autres*, précité, interdit d’accorder une réparation autre que l’exclusion de la preuve lorsque celle-ci est obtenue de façon inconstitutionnelle. Le paragraphe 24(2) permet expressément la réparation qui consiste à écarter cette preuve, mais il ne retire pas à la Cour le pouvoir général que lui confère le paragraphe 24(1) d’accorder la réparation qu’elle estime «convenable et juste». L’arrêt *R. c. Therens et autres* interdit d’avoir recours à l’exclusion d’une preuve autrement que conformément au paragraphe 24(2), mais il n’empêche pas d’octroyer, lorsque les éléments de preuve ont été obtenus en contravention de la Charte, d’autres réparations ou des réparations additionnelles, si elles sont «convenable[s] et juste[s]». Comme il a été indiqué, la question posée ne demande pas l’exclusion de la preuve saisie; l’intimée ne demande donc pas une réparation prévue au paragraphe 24(2). Le juge de première instance a conclu que la réparation qui était «convenable et juste eu égard aux circonstances» de l’espèce était l’annulation des cotisations. Il a expliqué sa position en ces termes [aux pages 2732 et 2733]:

Dans ce cas-ci . . . , je crois devoir prendre d’autres mesures. Dans l’exercice des vastes pouvoirs discrétionnaires qui lui sont conférés par le paragraphe 24(1) la Cour peut incontestablement . . . non seulement exclure les éléments de preuve obtenus d’une façon inconstitutionnelle, mais aussi imposer à l’intimé l’obligation d’établir l’exactitude de la cotisation à l’aide d’éléments de preuve non entachés de vice au point de vue constitutionnel. Cette réparation conviendrait dans ce cas-ci, mais puis-je aller plus loin . . . et annuler les cotisations? Je crois qu’il est convenable et juste de le faire. En premier lieu, le paragraphe 24(1) confère à un tribunal compétent un vaste pouvoir discrétionnaire lorsqu’il s’agit d’accorder une réparation qui est «juste et convenable» par suite de la violation de la *Charte*. En outre, l’annulation des cotisations est l’un des pouvoirs expressément conférés à cette cour par l’article 171 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. En second lieu, l’avocat a clairement admis que les éléments de preuve qui avaient été saisis en violation des droits garantis à l’appelante par la *Charte* étaient «essentiels» à l’établissement de la cotisation. Il semble admis que les cotisations ne peuvent pas être maintenues sans que les éléments de preuve obtenus d’une façon inconstitutionnelle soient utilisés et que, si les cotisations étaient déferées au ministre du Revenu national pour

an assessment.

Accordingly, no purpose would be served by following the approach adopted in [an American case] because the assessments would ultimately be vacated in any event. Put differently, even if I adopted the [U.S.] approach, which, in the circumstances of that case appears to be an eminently reasonable one, and placed upon the respondent the onus of sustaining the assessments without the use of the constitutionally tainted evidence, the result would be the same and the assessments would ultimately be vacated.

Therefore, that is what I think should be done. An end should be put to the matter by vacating the assessments.

[11] I can see no reason to interfere with this decision. The Tax Court Judge possessed the jurisdiction to award this remedy. It is obvious that the later reseizure was part of the factual matrix of this case and not irrelevant, as urged by the appellant. As I have indicated above, the material was needed to support the penalties and to extend the limitation period. It must be noted that among the significant "circumstances" in question is the fact that the assessments have very little, if any, chance of standing up if taken on to trial in the Tax Court without the evidence seized and reseized by unconstitutional conduct. It cannot be "appropriate and just" to force the taxpayer, whose constitutional rights have been violated, to defend himself against the assessments, when those assessments were based on evidence that was obtained by virtue of those violations.

[12] I would like specifically to underscore the words of the Tax Court Judge, with which I fully agree, to the effect that this type of extreme remedy must not be considered to be an automatic one, being reserved only for cases of serious violations where other remedies are insufficient. He wrote [at page 2733]:

nouvel examen et nouvelle cotisation compte tenu du fait que tous les éléments de preuve qui ont été obtenus illégalement doivent être exclus de son examen, ce dernier ne disposerait d'aucun élément de preuve à l'appui de la cotisation.

Par conséquent, il ne servirait à rien d'adopter l'approche préconisée dans [un jugement américain] puisque, en fin de compte, les cotisations seraient de toute façon annulées. Autrement dit, même si j'adoptais l'approche préconisée [dans le jugement américain], laquelle, dans les circonstances de cette affaire-là, semble tout à fait raisonnable, et même si j'imposais à l'intimé l'obligation de justifier les cotisations sans utiliser les éléments de preuve entachés de vice sur le plan constitutionnel, le résultat serait le même et les cotisations seraient en fin de compte annulées.

Par conséquent, je crois que c'est ce qu'il faudrait faire. Il faudrait mettre un terme à l'affaire en annulant les cotisations.

[11] Selon moi, rien ne justifie de modifier cette décision. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt jouit de la compétence voulue pour accorder cette réparation. Il est évident que la nouvelle saisie, effectuée ultérieurement, s'inscrit dans le contexte factuel de l'espèce et est pertinente, contrairement à ce que soutient l'appelante. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'obtention de ce matériel était nécessaire pour étayer les pénalités et pour proroger le délai de prescription. Il y a lieu de remarquer, parmi les «circonstances» importantes en question, le fait que les cotisations ont très peu de chances, voire aucune, d'être maintenues si elles sont présentées à une instruction devant la Cour de l'impôt sans la preuve qui a fait l'objet de la première saisie ou de la nouvelle saisie, effectuées d'une manière inconstitutionnelle. Il ne peut être «convenable et juste» d'obliger un contribuable, dont les droits constitutionnels ont été violés, à se défendre contre des cotisations, lorsque celles-ci se fondent sur une preuve obtenue grâce à ces violations.

[12] Je tiens particulièrement à souligner les termes employés par le juge de la Cour de l'impôt, qui emportent ma complète adhésion, selon lesquels ce genre de mesure de redressement extrême ne doit pas être accordé automatiquement, mais être réservé aux cas de graves atteintes aux droits pour lesquels les autres réparations s'avèrent insuffisantes. Il a écrit [à la page 2733]:

I would not want my conclusion in this case to be taken as a wholesale sanctioning of the vacating of all assessments where some component of the Minister's basis of assessment was unconstitutionally obtained information. Other cases may arise in which a simple exclusion of evidence is sufficient, others in which the evidence is of little or no significance in the making of the assessments or where its introduction would not bring the administration of justice into disrepute In the exercise of the discretion vested in the court under section 24 of the *Charter* one must be vigilant in balancing, on the one hand, the rights of the subject that are protected under the *Charter*, and on the other, the importance of maintaining the integrity of the self-assessing system. As each case arises these and, no doubt, other factors will play a role and all factors must be assigned their relative weight. In the circumstances of this case I have concluded that the most appropriate exercise of my discretion is to vacate the assessments.

[13] I would dismiss the appeal with costs.

STONE J.A.: I agree.

DENAULT J.A. (*ex officio*): I agree.

Je ne voudrais pas que la conclusion que j'ai tirée en l'espèce soit considérée comme sanctionnant dans tous les cas l'annulation des cotisations établies par le ministre lorsqu'elles sont en partie fondées sur des renseignements obtenus d'une façon inconstitutionnelle. Il peut y avoir des cas dans lesquels il suffit d'exclure l'élément de preuve, d'autres cas dans lesquels l'élément a peu d'importance ou n'en a aucune aux fins de l'établissement des cotisations ou dans lesquels son utilisation ne déconsidérerait pas l'administration de la justice, . . . En exerçant le pouvoir discrétionnaire qui lui est dévolu par l'article 24 de la *Charte*, la Cour doit veiller à établir l'équilibre entre les droits protégés par la *Charte* et le fait qu'il est important de maintenir l'intégrité du régime d'autocotisation. Au fur et à mesure que des cas se présenteront, ces facteurs et, sans aucun doute, d'autres facteurs s'appliqueront et il faudra accorder à chacun d'eux son importance relative. Compte tenu des circonstances de l'affaire, j'ai conclu qu'il convient d'exercer mon pouvoir discrétionnaire de façon à annuler les cotisations.

[13] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

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

LE JUGE DENAULT, J.C.A. (de droit): Je souscris à ces motifs.

¹ [1996] 1 C.T.C. 2714 (T.C.C.), at pp. 2718-2719.

² R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act).

³ [1991] 1 F.C. 688 (C.A.).

⁴ [1985] 1 S.C.R. 613.

⁵ *Supra*, note 1, at pp. 2728-2729.

⁶ *R. v. Zborovsky*, [1997] O.J. No. 1568 (C.A.) (QL).

⁷ [1987] 1 S.C.R. 265.

⁸ *Supra*, note 1, at p. 2726.

¹ [1996] 1 C.T.C. 2714 (C.C.I.), aux p. 2718 et 2719.

² L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi).

³ [1991] 1 C.F. 688 (C.A.).

⁴ [1985] 1 R.C.S. 613.

⁵ Précité, note 1, aux p. 2728 et 2729.

⁶ *R. v. Zborovsky*, [1997] O.J. n° 1568 (C.A.) (QL).

⁷ [1987] 1 R.C.S. 265.

⁸ Précité, note 1, à la p. 2726.

A-265-98

A-265-98

Manickavasagam Suresh (*Appellant*)**Manickavasagam Suresh** (*appellant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada (*Respondents*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada** (*intimés*)**INDEXED AS: SURESH v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: SURESH c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, McDonald J.J.A. and Henry D.J.—Toronto, June 18; Ottawa, July 21, 1998.

Cour d'appel, juges Strayer et McDonald, J.C.A., et juge suppléant Henry—Toronto, 18 juin; Ottawa, 21 juillet 1998.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from Immigration Act, s. 40.1(9) order releasing appellant from detention on ground conditions therein infringing Charter guaranteed rights of freedom of expression, association — Appellant not raising constitutional issues before Trial Judge designated under s. 40.1(8) — Appeal allowed to extent matter remitted to designated F.C.T.D. Judge — Under s. 40.1(8) having jurisdiction, compelled to consider constitutionality of terms of any order made under s. 40.1(9) — In best position to do so, having heard witnesses, determined credibility, having full factual record — Also has remedy available: appropriate wording of release conditions — As Judge issuing release order having continuing jurisdiction as to impact — Also in best position to determine whether appellant's conduct amounting to waiver of Charter attack.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Appel contre l'ordonnance portant, en application de l'art. 40.1(9) de la Loi sur l'immigration, remise en liberté de l'appellant, par ce motif que certaines conditions imposées portent atteinte à sa liberté d'expression et d'association, que garantit la Charte — L'appellant n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le juge de première instance délégué en vertu de l'art. 40.1(8) — Appel accueilli par renvoi de l'affaire au juge délégué — Celui-ci a compétence sous le régime de l'art. 40.1(8) et est tenu d'examiner la constitutionnalité des conditions de toute ordonnance rendue en application de l'art. 40.1(9) — Il est le mieux placé pour le faire puisqu'il a entendu les témoins dont il pouvait jauger la crédibilité et avait à sa disposition le dossier intégral des faits — Il dispose aussi au départ des moyens de redressement, savoir la juste formulation des conditions de remise en liberté — Puisqu'il a rendu l'ordonnance, il peut continuer à exercer sa compétence pour en surveiller les effets — Il est aussi le mieux placé pour décider si dans les faits, l'appellant a renoncé à son droit d'invoquer les arguments constitutionnels.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Appeal from Immigration Act, s. 40.1(9) order releasing appellant from detention on ground conditions therein infringing rights of freedom of expression, association — Appellant not raising constitutional issues before F.C.T.D. Judge designated under s. 40.1(8) — Matter remitted to designated Judge — In best position to rule on Charter issues, including whether terms of order can be upheld under s. 1, as heard witnesses, determined credibility, having full factual record before him/her — As judge issuing release order, having continuing jurisdiction as to impact, including constitutionality of order — Also in best position to decide whether appellant waived any future right to have order reviewed on constitutional grounds.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Appel contre l'ordonnance portant, en application de l'art. 40.1(9) de la Loi sur l'immigration, remise en liberté de l'appellant, par ce motif que certaines conditions imposées portent atteinte à sa liberté d'expression et d'association — L'appellant n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le juge de première instance délégué en vertu de l'art. 40.1(8) — Renvoi de l'affaire au juge délégué — Il est le mieux placé pour se prononcer sur des points litigieux touchant à la Charte, y compris celui de savoir si les conditions imposées sont justifiables au regard de l'art. premier, parce qu'il a entendu les témoins dont il pouvait jauger la crédibilité et avait à sa disposition le dossier intégral des faits — Puisqu'il a rendu l'ordonnance de remise en liberté, il peut continuer à exercer sa compétence pour en surveiller les effets, y compris la question de constitutionnalité — Il est aussi le mieux placé pour décider s'il y a eu renonciation de

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal from Immigration Act, s. 40.1(9) order releasing appellant from detention on ground conditions therein infringing Charter guaranteed rights of freedom of expression, association — Appellant inadmissible as person reasonable grounds to believe engaged in terrorism — Incarcerated almost two years when removal order issued — Ontario Court, General Division injunction precluding removal — F.C.T.D. Judge allowing s. 40.1(8) application for release on conditions — Appellant not raising constitutional issues before Trial Division Judge — Appeal allowed to extent matter remitted to designated F.C.T.D. Judge — Constitutional concerns properly raised before designated Judge.

This was an appeal from an order made pursuant to *Immigration Act*, subsection 40.1(9) releasing the appellant from detention on the ground that some of the conditions imposed therein infringed his rights to freedom of expression and association as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The appellant is believed to be a member of a terrorist organization. A ministerial security certificate concluded that he was inadmissible to Canada because he was a person described in *Immigration Act*, clauses 19(1)(e)(iv)(C) and 19(1)(f)(iii)(B) i.e. a person who there are reasonable grounds to believe has engaged in terrorism or is a member of such an organization. At a hearing held pursuant to paragraph 40.1(4)(d), the Trial Judge upheld the reasonableness of that certificate. The appellant was arrested in 1995 pursuant to paragraph 40.1(2)(b) and has remained incarcerated pending possible removal from Canada. On September 17, 1997, the appellant was ordered removed from Canada, but an injunction issued by the Ontario Court, General Division prevented his removal. After 120 days had elapsed since the making of the removal order, the appellant applied for an order releasing him from detention pursuant to subsection 40.1(8). The designated Trial Judge allowed the application as he was satisfied that, because of the injunction the appellant would not be removed from Canada within a reasonable time, and subject to the strict conditions he placed on the appellant's release, his release would not be injurious to national security or public safety. Although the appellant and his solicitor agreed to all of the conditions, they reserved the right to attack the order on constitutional grounds. The appellant did not raise the constitutional issues before the Trial Judge because previous decisions of the Trial Division stated that a judge hearing these cases lacks jurisdiction to entertain constitutional arguments.

la part de l'appelant à tout droit de demander à l'avenir la révision de l'ordonnance par des motifs constitutionnels.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel contre l'ordonnance portant, en application de l'art. 40.1(9) de la Loi sur l'immigration, remise en liberté de l'appelant, par ce motif que certaines conditions imposées portent atteinte à sa liberté d'expression et d'association, que garantit la Charte — Appellant non admissible à titre de personne dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle a commis des actes de terrorisme — Il avait été détenu pendant près de deux ans au moment de l'ordonnance de renvoi — Le renvoi n'a pas été exécuté par suite d'une injonction de la Division générale de la Cour de l'Ontario — Un juge de la C.F. 1^{re} inst. a fait droit, sous certaines conditions, à la demande de remise en liberté fondée sur l'art. 40.1(8) — L'appelant n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le juge de première instance — Appel accueilli par renvoi de l'affaire au juge délégué — Celui-ci peut être saisi des questions constitutionnelles.

Appel contre l'ordonnance portant, en application du paragraphe 40.1(9) de la *Loi sur l'immigration*, remise en liberté de l'appelant, par ce motif que certaines conditions imposées portent atteinte à sa liberté d'expression et d'association, que garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'appelant serait un militant d'une organisation terroriste. Selon une attestation ministérielle de risque de sécurité, il n'était pas admissible au Canada à titre de personne visée par les dispositions 19(1)(e)(iv)(C) et 19(1)(f)(iii)(B) de la Loi, c'est-à-dire personne dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle a commis des actes de terrorisme ou est membre d'une organisation terroriste. À l'issue d'une audience tenue en application de l'alinéa 40.1(4)d) de la Loi, le juge de première instance a conclu que cette attestation était raisonnable. L'appelant a été arrêté le 18 octobre 1995 en application de l'alinéa 40.1(2)b) et est resté en détention en attendant son renvoi éventuel hors du Canada. Le 17 septembre 1997, il a fait l'objet d'une ordonnance de renvoi hors du Canada, mais l'ordonnance n'a pas été exécutée par suite d'une injonction de la Division générale de la Cour de l'Ontario. À l'expiration de la période de 120 jours suivant la date de l'ordonnance de renvoi, il a demandé la remise de liberté en application du paragraphe 40.1(8). Le juge de première instance délégué a fait droit à la demande par ce motif qu'en raison de l'injonction ci-dessus, l'appelant ne serait pas renvoyé hors du Canada dans un délai raisonnable et que, vu les conditions strictes qu'il y attachait, la remise en liberté de ce dernier ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité publique. Bien que l'appelant et son avocat aient accepté toutes ces conditions, il se sont réservés le droit d'en contester la constitutionnalité. L'appelant n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le juge de première instance parce que selon des décisions de première instance antérieures, le

The issue was whether a designated judge under *Immigration Act*, subsections 40.1(8) and (9) has jurisdiction to consider any constitutional issues that arise from an order made by that judge pursuant to subsection 40.1(9).

Held, the appeal should be allowed to the extent that the matter should be remitted to the designated Trial Division Judge to determine whether the conditions imposed by the release order are in accordance with the Charter.

The constitutional concerns should have been raised at the trial level. A designated judge hearing a subsection 40.1(8) application is in the best position to rule on any Charter issues because he or she hears the witnesses, determines credibility with respect to those witnesses, and has a full factual record before him or her, which is especially vital to the Charter, section 1 issue.

Nothing in the Act limits a designated judge on jurisdictional grounds from considering constitutional issues on a subsection 40.1(8) application. A designated judge under subsection 40.1(8) has jurisdiction to entertain Charter arguments with respect to the constitutionality of the terms of any order made under subsection 40.1(9). Indeed, a designated judge is compelled to consider the constitutionality of any order he or she makes pursuant to this subsection. Unlike a proceeding under subsection 40.1(4) he has the remedy available: namely, the appropriate wording of the release conditions. In this case the designated judge did not wrongly refuse to exercise that jurisdiction: he was never asked to do so by the appellant. As a judge issuing a release order he can exercise a continuing jurisdiction as to its impact, including considering the appellant's argument that in its operation the order is unconstitutionally curtailing his liberties. The designated Judge is also in the best position to decide whether the events that passed before him amounted to a waiver by the appellant of any future right to have the order itself reviewed on constitutional grounds.

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. 1.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(e)(iv)(C) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (f)(iii)(B) (as am. *idem*, 40.1(2)(b) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49,

juge saisi d'une demande de ce genre n'a pas compétence pour entendre les arguments constitutionnels.

Il échet d'examiner si le juge délégué conformément aux paragraphes 40.1(8) et (9) de la *Loi sur l'immigration* a compétence pour entendre les questions constitutionnelles découlant d'une ordonnance que lui-même a rendue en application du paragraphe 40.1(9).

Arrêt: il faut faire droit à l'appel en renvoyant l'affaire au juge délégué de la Section de première instance pour qu'il examine si les conditions attachées à l'ordonnance de remise en liberté sont conformes à la Charte.

Les questions constitutionnelles auraient dû être soulevées en première instance. Le juge délégué pour entendre une demande fondée sur le paragraphe 40.1(8) est le mieux placé pour se prononcer sur des points litigieux touchant à la Charte, parce qu'il entend les témoins dont il peut jauger la crédibilité et a à sa disposition le dossier intégral des faits, qui est indispensable pour le jugement de points litigieux au regard de l'article premier de ce texte.

La Loi ne comporte aucune disposition déniaut au juge délégué la compétence pour connaître des questions constitutionnelles relatives à une demande fondée sur le paragraphe 40.1(8). Il a compétence pour connaître des arguments tirés de la Charte sur la constitutionnalité des conditions de toute ordonnance rendue sous le régime du paragraphe 40.1(9). De fait, il est tenu d'en considérer la constitutionnalité. À la différence de la procédure visée au paragraphe 40.1(4), il dispose au départ du moyen de redressement, savoir la juste formulation des conditions de remise en liberté. En l'espèce, le juge délégué n'a pas refusé à tort d'exercer cette compétence: l'appelant n'en a jamais fait la demande. Puisqu'il a rendu l'ordonnance de remise en liberté, il peut continuer à exercer sa compétence pour en surveiller les effets, ce qui s'entend également du fait d'examiner l'argument proposé par l'appelant que cette ordonnance a pour effet de porter atteinte à ses libertés, que protège la Constitution. Il est aussi le mieux placé pour décider si ce qui se passait à l'audience qu'il présidait valait renonciation de la part de l'appelant à tout droit de demander à l'avenir la révision de l'ordonnance par des motifs constitutionnels.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(e)(iv)(C) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), (f)(iii)(B) (mod., *idem*, 40.1(2)(b) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49,

s. 31), (4)(d) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4), (8) (as enacted *idem*), (9) (as enacted *idem*).

art. 31), (4)d) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4), (8) (édicte, *idem*), (9) (édicte, *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Re Baroud (1995), 98 F.T.R. 99 (F.C.T.D.); *Suresh v. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337; 105 F.T.R. 299 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Suresh (Re), [1997] F.C.J. No. 1537 (T.D.) (QL); *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; (1991), 104 N.S.R. (2d) 181; 283 A.P.R. 181; 64 C.C.C. (3d) 65; 124 N.R. 95; *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 616 (T.D.).

APPEAL from an order (*Suresh (Re)*, [1998] F.C.J. No. 385 (T.D.) (QL)) releasing the appellant from detention on the grounds that some of the conditions imposed therein infringed his Charter guaranteed rights to freedom of expression and association. Appeal allowed to the extent that the matter was remitted to the designated Trial Division Judge for determination of the constitutional issues.

COUNSEL:

Barbara Jackman and Ron Poulton for appellant.
Jim W. Leising and Diane Dagenais for respondents.

SOLICITORS:

Jackman, Waldman & Associates, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] McDONALD J.A.: The issue that arises from the facts of this case is whether a designated judge under subsections 40.1(8) and (9) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4)] (the Act) has jurisdiction to hear

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Re Baroud (1995), 98 F.T.R. 99 (C.F. 1^{re} inst.); *Suresh c. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337; 105 F.T.R. 299 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Suresh (Re), [1997] F.C.J. n° 1537 (1^{re} inst.) (QL); *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; (1991), 104 N.S.R. (2d) 181; 283 A.P.R. 181; 64 C.C.C. (3d) 65; 124 N.R. 95; *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 616 (1^{re} inst.).

APPEL contre l'ordonnance (*Suresh (Re)*, [1998] F.C.J. n° 385 (1^{re} inst.) (QL)) de remise en liberté de l'appellant par ce motif que certaines conditions imposées portent atteinte à sa liberté d'expression et d'association, que garantit la Charte. Appel accueilli par renvoi de l'affaire au juge délégué de la Section de première instance pour jugement des questions constitutionnelles.

AVOCATS:

Barbara Jackman et Ron Poulton pour l'appellant.
Jim W. Leising et Diane Dagenais pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Jackman, Waldman & Associates, Toronto, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

[1] LE JUGE McDONALD, J.C.A.: Il échet d'examiner si un juge délégué conformément aux paragraphes 40.1(8) et (9) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4)] (la Loi) a compétence pour entendre les

any constitutional issues that arise from an order made by that judge pursuant to subsection 40.1(9) of the Act.

[2] The appellant is believed to be a member of the Liberation Tigers of Tamil Eelam, an organization that has purportedly committed numerous acts of terrorism. He arrived in Canada on October 5, 1990 applied for and was granted Convention Refugee status by the Refugee Board on April 11, 1991. He was detained on October 18, 1995 pursuant to a security certificate issued by the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General (the respondent Ministers). The ministerial certificate issued concluded that Suresh was inadmissible to Canada because he was a person described in clauses 19(1)(e)(iv)(C) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] and 19(1)(f)(iii)(B) [as am. *idem*] of the Act (a person who there are reasonable grounds to believe has engaged in terrorism or is a member of such an organization.)¹

[3] A hearing was held pursuant to paragraph 40.1(4)(d) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4] of the Act to consider whether the certificate filed by the respondent Ministers was reasonable. On August 29, 1997 [reasons for order dated 14/11/97 [1997] F.C.J. No. 1537 (T.D.) (QL)] the Trial Judge upheld the reasonableness of the certificate finding that there were reasonable grounds to believe that Suresh was and is a member of the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE). Specifically, the Trial Judge concluded that the appellant partook in LTTE activities, such as, the posting of posters, collecting food and being a member of the LTTE executive. He also found that the appellant had travelled to various countries, including Canada, to head the World Tamil Movement and that this was done at the request of the LTTE. With respect to his refugee status, the Trial Judge concluded that the appellant had lied under oath before the Immigration and Refugee Board and wilfully misrepresented the facts.

[4] The appellant was arrested on October 18, 1995 pursuant to paragraph 40.1(2)(b) [as enacted by

questions constitutionnelles découlant d'une ordonnance que lui-même a rendue en application du paragraphe 40.1(9) de la même Loi.

[2] L'appelant passe pour être un militant des Tigres de libération de l'Eelam tamoul, organisation qui aurait commis de nombreux actes de terrorisme. Arrivé au Canada le 5 octobre 1990, il s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, le 11 avril 1991. Le 18 octobre 1995, il a été retenu en exécution d'une attestation de risque de sécurité, signée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général (les ministres intimés). Selon cette attestation ministérielle, Suresh n'était pas admissible au Canada parce qu'il appartenait à la catégorie des personnes visées par les divisions 19(1)(e)(iv)(C) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] et 19(1)(f)(iii)(B) [mod., *idem*] de la Loi (personnes dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont commis des actes de terrorisme ou sont membres d'une organisation terroriste)¹.

[3] À l'issue d'une audience tenue en la matière en application de l'alinéa 40.1(4)d [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4] de la Loi, le 29 août 1997 [motifs de l'ordonnance en date du 14-11-97 [1997] F.C.J. n° 1537 (1^{er} inst.) (QL)], le juge de première instance a conclu que l'attestation déposée par les ministres intimés était raisonnable, par ce motif qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que Suresh avait été et était toujours un membre des Tigres de libération de l'Eelam tamoul (LTTE). Plus spécifiquement, il a conclu que l'appelant participait aux activités des LTTE telles que la pose d'affiches, la cueillette de fonds et l'appartenance au bureau de cette organisation. Que celui-ci s'était rendu dans différents pays, y compris le Canada, pour y diriger le World Tamil Movement, et ce à la demande des LTTE. Et, au sujet de son statut de réfugié, que l'appelant avait menti au cours de son témoignage sous serment devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et avait sciemment fait de fausses déclarations.

[4] L'appelant a été arrêté le 18 octobre 1995 en application de l'alinéa 40.1(2)b [édicte par L.R.C.

R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31] of the Act and remained incarcerated throughout the proceedings under subsection 40.1(4) and thereafter, pending possible removal from Canada. On September 17, 1997, the appellant was ordered removed from Canada. However, an injunction issued by Mr. Justice Lane of the Ontario Court, General Division prevented the appellant's removal from Canada. After 120 days elapsed following the making of the removal order he was entitled to file an application for an order releasing him from detention pursuant to subsection 40.1(8) of the Act, which he did on December 23, 1997. Subsections 40.1(8) and (9) provide:

40.1 . . .

(8) Where a person is detained under subsection (7) and is not removed from Canada within 120 days after the making of the removal order relating to that person, the person may apply to the Chief Justice of the Federal Court or to a judge of the Federal Court designated by the Chief Justice for the purposes of this section for an order under subsection (9).

(9) On an application referred to in subsection (8) the Chief Justice or the designated judge may, subject to such terms and conditions as the Chief Justice or designated judge deems appropriate, order that the person be released from detention if the Chief Justice or designated Judge is satisfied that

- (a) the person will not be removed from Canada within a reasonable time; and
- (b) the person's release would not be injurious to national security or to the safety of persons.

[5] The Trial Judge allowed the application under subsections 40.1(8) and (9) [*Suresh (Re)*, [1998] F.C.J. No. 385 (T.D.) (QL)] as he was satisfied that because of the injunction issued by Justice Lane the appellant would not be removed from Canada within a reasonable period and that, subject to the strict conditions he placed on the appellant's release, his release would not be injurious to national security or to public safety. The following conditions were attached to the appellant's release:

1. The Applicant, Manickavasagam Suresh, or persons for and on his behalf but not directly or indirectly by the LTTE, shall deposit with the Respondent a sum of Forty Thousand

(1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31] de la Loi, et est resté en détention tout au long et à la suite de la procédure engagée sous le régime du paragraphe 40.1(4), en attendant son renvoi éventuel hors du Canada. Le 17 septembre 1997, il a fait l'objet d'une ordonnance de renvoi hors du Canada. Cette ordonnance n'a cependant pas été exécutée par suite d'une injonction décernée par le juge Lane de la Division générale de la Cour de l'Ontario. À l'expiration de la période de 120 jours suivant la date de l'ordonnance de renvoi, il était en droit d'introduire une demande de remise de liberté en application du paragraphe 40.1(8) de la Loi, ce qu'il a fait le 23 décembre 1997. Voici ce que prévoient les paragraphes 40.1(8) et (9):

40.1 . . .

(8) La personne retenue en vertu du paragraphe (7) peut, si elle n'est pas renvoyée du Canada dans les cent vingt jours suivant la prise de la mesure de renvoi, demander au juge en chef de la Cour fédérale ou au juge de cette cour qu'il délègue pour l'application du présent article de rendre l'ordonnance visée au paragraphe (9).

(9) Sur présentation de la demande visée au paragraphe (8), le juge en chef ou son délégué ordonne, aux conditions qu'il estime indiquées, que l'intéressé soit mis en liberté s'il estime que:

- a) d'une part, il ne sera pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable;
- b) d'autre part, sa mise en liberté ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes.

[5] Le juge de première instance a fait droit à la demande en application des paragraphes 40.1(8) et (9) [*Suresh (Re)*, [1998] F.C.J. n° 385 (1^{re} inst.) (QL)] par ce motif qu'en raison de l'injonction décernée par le juge Lane, l'appelant ne serait pas renvoyé hors du Canada dans un délai raisonnable et que, vu les conditions strictes qu'il y attachait, la remise en liberté de l'appelant ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité publique. Voici ces conditions:

1. Le requérant, Manickavagasam Suresh, ou les personnes agissant pour son compte mais sans aucun lien direct ou indirect avec les LTTE, déposeront la somme de 40 000 \$

Dollars cash (\$40,000), which sum shall remain with the Respondent for the Government of Canada until such time as the Government of Canada removes the Applicant, Suresh, from Canada, at which time the money, with interest, shall be returned to the person or persons who have deposited the said moneys.

2. A performance bond in the sum on One Hundred and Fifty Thousand Dollars (\$150,000) shall be deposited by Xavier Noble Arasaratnam for the benefit of the Government of Canada and Mr. Arasaratnam shall give as security the home where he resides, 6136 Silken Lauman Way, Mississauga, Ontario, to the Government of Canada.

3. Suresh, while out of detention, shall report once per week to the Immigration Reporting Centre at 60 Richmond Street East, Toronto, Ontario on a day and at a time as determined by a representative of the Respondent.

4. Suresh shall reside at the residence of Xavier Noble Arasaratnam at 6136 Silken Lauman Way, Mississauga, Ontario L5V 1A2.

5. In the event that Mr. Arasaratnam should, for whatever reason, change his address, Suresh must advise the CIC in advance and obtain the Respondent's permission to change his residence.

6. This does not preclude occasional overnight visits with Ramalashmy Jayavaman Sivasway at 5 Greystone Wall, Apartment 1711, Toronto.

7. Suresh, during the time of his release shall keep the peace and be of good behaviour.

8. Suresh shall remain within Fifty (50) kilometres of the Toronto City limits and cannot go outside this area without permission of the CIC.

9. Suresh shall not have direct or indirect, except through his solicitor, Ms. Jackman or Ms. Jackman's employees (her secretary, paralegal or articling student) and this solely for the preparation of court proceedings or in an effort to locate a third country, with any executive members of the WTM, or with any of the WTM's employees, and affiliated groups, such as the WTA in Montreal, ETA B.C. Vancouver, WTCC Ottawa, the executives and employees of FACT or TESC and is not for any reason to visit the offices of these organizations.

10. Suresh shall have no direct or indirect contact, except through his solicitor, with LTTE members, officials, executives, representatives, spokespersons, or coordinators, including individuals in any way linked to the LTTE offices outside Canada; as for example, the Tamil Information Centre in London, England, LTTE's International Secretariat in London, England, or Paris, France, or in any other

au comptant auprès de l'intimé, qui la détiendra pour le compte du gouvernement du Canada jusqu'à ce que celui-ci renvoie le requérant Suresh hors du Canada, après quoi cette somme, intérêts y compris, sera restituée à la ou aux personnes qui l'auront déposée.

2. Xavier Noble Arasaratnam constituera un cautionnement d'exécution de cent cinquante mille dollars (150 000 \$) au profit du gouvernement du Canada, et engagera auprès de celui-ci sa maison qu'il habite au 6136 Silken Lauman Way, Mississauga (Ontario).

3. Une fois remis en liberté, Suresh se présentera une fois par semaine au centre de contrôle de l'immigration au 60, rue Richmond est, Toronto (Ontario), au jour et à l'heure fixés par le représentant de l'intimé.

4. Suresh résidera chez Xavier Noble Arasaratnam, au 6136 Silken Lauman Way, Mississauga (Ontario) L5V 1A2.

5. Au cas où, pour quelque raison que ce soit, M. Arasaratnam déménagerait, Suresh devra en prévenir le CIC et obtenir la permission de l'intimé pour changer d'adresse.

6. Cette condition n'interdit pas les visites occasionnelles chez Ramalashmy Jayavaman Sivasway au 5, Greystone Wall, appartement 1711, où il pourra passer la nuit.

7. Durant sa période de liberté, Suresh doit respecter l'ordre et la paix, et se conduire comme il convient.

8. Il restera dans un rayon de cinquante (50) kilomètres de la ville de Toronto, et ne s'en éloignera pas sans la permission du CIC.

9. Il lui est interdit de communiquer, directement ou indirectement, sauf par l'intermédiaire de son avocat, M^{me} Jackman, ou des employés de cette dernière (ses secrétaire, auxiliaire parajuridique ou étudiant stagiaire) et ce uniquement aux fins de préparation pour la procédure judiciaire ou en vue de trouver un pays tiers d'accueil, avec l'un quelconque des dirigeants ou employés du WTM, ou des groupes affiliés comme WTA Montréal, ETA B.C. Vancouver, WTCC Ottawa, ou avec l'un quelconque des dirigeants ou employés du FACT ou du TESC; il lui est aussi interdit de visiter, pour quelque raison que ce soit, les bureaux de ces organisations.

10. Il lui est interdit de communiquer, directement ou indirectement, sauf par l'intermédiaire de son avocat, avec des membres, dirigeants, représentants, porte-parole, coordonnateurs des LTTE, y compris les individus ayant un lien, quel qu'il soit, avec des bureaux des LTTE à l'extérieur du Canada, tels le Centre d'information tamoul à Londres (Angleterre), le Secrétariat international des LTTE à Londres

country.

11. Suresh shall not be involved directly or indirectly in any activities, including protests, demonstrations or rallies of any kind or for any cause related to or not related to the LTTE, WTM, WTA Montreal, ETA B.C. Vancouver, or WTCC, Ottawa.

12. Suresh shall surrender to Canadian Immigration authorities his passport and all other travel documents while out of detention (if he has any such documents).

13. If Suresh agrees in writing to abide by these terms and conditions while out of detention, then he is to be released from detention.

[6] All of the aforementioned conditions were agreed to by the appellant and his solicitor, Mrs. Barbara Jackman. Indeed, Mrs. Jackman appears to have taken an active role in the formulation of the conditions surrounding the appellant's release. He now appeals that order on the grounds that paragraphs 9, 10 and 11 of the said order infringe his and other individuals rights to freedom of expression and association as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The appellant did not voice his objections to the terms of the order before the Trial Judge, nonetheless, Mrs. Jackman reserved the right to attack the order on constitutional grounds. There is some dispute, however, over whether her reservation applies to the constitutionality of the provisions of the Act itself or whether it applies to the actual terms and conditions of the order.

[7] The Minister argues that the appellant has waived his Charter rights by consenting in testimony and in writing to the imposition of strict conditions for his release from detention. The Minister claims that had the appellant wished to challenge the order he should have done so before the Trial Judge. The appellant claims to have reserved the right to attack the terms of the order and specifically did not raise the constitutional issues with the Trial Judge as previous decisions rendered at the trial level state that a judge hearing these cases lacks jurisdiction to hear constitutional arguments. The decisions cited by the

(Angleterre) ou Paris (France), ou dans n'importe quel autre pays.

11. Il lui est interdit de prendre part, directement ou indirectement, à quelque activité que ce soit, ce qui s'entend également des protestations publiques, manifestations ou rassemblements de quelque genre que ce soit et pour quelque cause que ce soit, que cette activité ait un rapport ou non avec les LTTE, le WTM, WTA Montréal, ETA B.C. Vancouver ou WTCC Ottawa.

12. Suresh remettra aux autorités de l'immigration du Canada son passeport et tous autres titres de voyage (le cas échéant) pendant sa période de liberté.

13. Si Suresh s'engage par écrit à se conformer à ces conditions pendant sa période de liberté, il sera remis en liberté.

[6] Toutes ces conditions ont été acceptées par l'appelant et par son avocate, M^{me} Barbara Jackman, laquelle avait d'ailleurs pris une part active dans leur formulation. L'appelant conteste maintenant l'ordonnance de remise en liberté par ce motif que les paragraphes 9, 10 et 11 portent atteinte à la liberté d'expression et d'association que 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^o 44]] garantit à lui-même et à d'autres. Il ne s'était pas opposé aux dispositions de l'ordonnance devant le juge de première instance, mais M^{me} Jackman s'est réservé le droit d'en contester la constitutionnalité. On ne sait cependant pas trop si cette réserve portait sur la constitutionnalité des dispositions de la Loi elle-même ou sur les conditions imposées par l'ordonnance.

[7] Le ministre soutient que l'appelant a renoncé aux droits qu'il tient de la Charte en consentant, de vive voix à l'audience et par écrit, aux strictes conditions imposées pour sa remise en liberté; et que s'il avait voulu contester l'ordonnance, il aurait dû le faire devant le juge de première instance. L'appelant prétend qu'il s'est réservé le droit d'attaquer les conditions de l'ordonnance et, plus particulièrement, qu'il n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le juge de première instance parce que selon des décisions de première instance antérieures, le juge saisi d'une demande de ce genre n'a pas compétence

appellant as standing for this proposition are: *Suresh v. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337 (F.C.T.D.) (a decision of Cullen J.); *Re Baroud* (1995), 98 F.T.R. 99 (F.C.T.D.) (a decision of Denault J.); and *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 616 (T.D.) (a decision of Rothstein J.).

[8] This Court as an appeal court finds itself in the awkward position of being the first body to hear the constitutional arguments. As an appeal court we lack the advantage of having heard the witnesses (which in this case involved 50 days of hearings on the reasonableness issue plus further evidence received on the application for release, some of which evidence was received *ex parte* and *in camera*). We are not in a position for determining issues of credibility with respect to these witnesses and we do not have a full factual record before us. A full factual record is especially vital to the section 1 Charter issue. For these reasons, and for the reasons to be elaborated on below, I am of the view that an appeal court should not be the court of first instance in a subsection 40.1(8) application to hear Charter arguments concerning the terms of an order rendered pursuant to this subsection. In my view, the appropriate procedure to follow is to raise any constitutional concerns at the trial level.² Clearly a designated judge hearing a subsection 40.1(8) application is in the best position to rule on any Charter issues. Indeed, a designated judge is compelled to consider whether an order he or she makes has any constitutional implications. If the designated judge decides in the first instance that *prima facie* a Charter right might be infringed by the terms of an order, he is in the best position, after hearing all the evidence, to determine whether, given security concerns, the terms of the order can be upheld under section 1 of the Charter. In doing so he may have to consider whether the application of Charter requirements to an order made under subsection 40.1(9) involved a determination of the “constitutional applicability” of that subsection, thus giving rise to the notice requirements of section 57 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)]. This matter was not argued before us.

pour entendre les arguments constitutionnels. Il cite à ce propos *Suresh c. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337 (C.F. 1^{re} inst.) (décision du juge Cullen); *Re Baroud* (1995), 98 F.T.R. 99 (C.F. 1^{re} inst.) (décision du juge Denault); et *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 3 C.F. 616 (1^{re} inst.) (décision du juge Rothstein).

[8] Notre Cour, en tant que cour d’appel, se trouve dans une situation délicate puisqu’elle est saisie de questions constitutionnelles qui n’ont pas été soulevées en première instance. En tant que cour d’appel, nous n’avons pas le bénéfice de l’audition des témoins (qui a nécessité en l’espèce 50 jours d’audience sur la question de savoir si l’attestation de risque de sécurité était raisonnable ou non, sans compter les témoignages relatifs à la demande de remise en liberté, dont certains ont été entendus hors de la présence de la partie adverse, à huis clos). Nous ne sommes pas en mesure de jauger la crédibilité de ces témoins et nous n’avons pas à notre disposition tous les faits de la cause. Un dossier intégral des faits est indispensable pour le jugement de points litigieux touchant à la Charte. Par ce motif et par les motifs *infra*, je conclus qu’en cas de demande fondée sur le paragraphe 40.1(8), la cour d’appel ne devrait pas être la juridiction de première instance à entendre les arguments tirés de la Charte sur les conditions d’une ordonnance rendue sous le régime de ce même paragraphe. À mon avis, la procédure à suivre consiste à soulever les questions constitutionnelles en première instance². Il est indubitable que le juge délégué pour entendre une demande fondée sur le paragraphe 40.1(8) est le mieux placé pour se prononcer sur des points litigieux touchant à la Charte. En effet, il est obligé de considérer si l’ordonnance qu’il rend soulève des questions constitutionnelles. S’il décide en première instance que, sauf preuve du contraire, un droit garanti par la Charte pourrait être touché par les dispositions de l’ordonnance, il est le mieux placé, après avoir entendu tous les témoignages, pour décider si, étant donné les inquiétudes en matière de sécurité, ces conditions sont valides au regard de l’article premier de la Charte. Ce faisant, il aurait peut-être à examiner si l’application des prescriptions de la Charte à une ordonnance rendue sous le régime du paragraphe 40.1(9) nécessite l’examen de «l’applicabilité» au

[9] With respect to the jurisdiction issue, I am convinced that there is nothing in the Act limiting a designated judge on jurisdictional grounds from considering constitutional issues on a subsection 40.1(8) application. The cases cited by the appellant as standing for the proposition that constitutional issues can not be considered are, in any event, easily distinguished on their facts.

[10] In *Baroud, supra*, Denault J. was called on to consider under paragraph 40.1(4)(d) of the Act whether a security certificate signed and filed by the Solicitor General of Canada and the Minister of Immigration and Citizenship was reasonable. In reaching his decision that the certificate was reasonable, he stated at page 108: “I have an obligation to enforce the applicable legislation and, in the context of this hearing, it is not my role to determine whether the section in question is contrary to the rights and liberties guaranteed by the **Canadian Charter of Rights and Freedoms**.” In *Suresh, supra*, Cullen J. considered the very same provision of the *Immigration Act*. In discussing the issue of jurisdiction he stated [at page 340]:

At issue is whether Mr. Justice Teitelbaum, sitting as the designated judge, has jurisdiction to hear the applicant’s *Charter* arguments and, if required, issue a *Charter* remedy.

Earlier decisions of this court determined that a designated judge was without jurisdiction to hear *Charter* issues. In the case of *Re Shandi . . .*, I stated:

I ruled that the constitutionality of sections of the *Immigration Act* could not be challenged at the hearing but that I would accept arguments based on the possibility that the *Charter* rights of the applicant had not been met. This latter pronouncement by me was in error and conformed with the dissenting judgment of Lamer J. of the Supreme Court of Canada in *United States v. Allard . . .* but not with the majority decision of McIntyre J. in *R. v. Mills . . .*

regard de la Constitution» de cette disposition, mettant ainsi en jeu l’impératif d’avis de l’article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)]. Cette question n’a pas été débattue devant la Cour.

[9] Pour ce qui est de la compétence, je suis convaincu que la Loi ne comporte aucune disposition déniaut au juge délégué la compétence pour connaître des questions constitutionnelles relatives à une demande fondée sur le paragraphe 40.1(8). Quoi qu’il en soit, les précédents cités par l’appelant comme posant que le juge délégué ne peut connaître des questions constitutionnelles portent sur des faits n’ayant aucun rapport avec les faits de la cause en instance.

[10] Dans *Baroud, supra*, le juge Denault était appelé à décider, en application de l’alinéa 40.1(4)d), si une attestation de risque de sécurité signée et déposée par le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration était raisonnable. Concluant qu’elle l’était, il a fait observer en page 108: «J’ai l’obligation d’appliquer la loi pertinente et, dans le contexte de la présente audience, il ne m’appartient pas de décider si la disposition en cause est contraire aux droits et libertés garantis par la **Charte canadienne des droits et libertés**». Dans *Suresh, supra*, le juge Cullen, saisi en application de la même disposition, a tiré la conclusion suivante au sujet de la question de compétence [à la page 340]:

La question est de savoir si M. le juge Teitelbaum, comme juge délégué, est compétent pour entendre les arguments du requérant en vertu de la *Charte* et, s’il y a lieu, pour accorder une réparation en vertu de la *Charte*.

Des décisions antérieures de cette Cour ont établi que les juges délégués ne sont pas compétents pour trancher les questions relevant de la *Charte*. Dans l’affaire *Re Shandi . . .*, j’ai déclaré ce qui suit:

. . . J’ai déclaré que la constitutionnalité de certains articles de la *Loi sur l’immigration* ne pouvait être contestée à l’audition, mais que j’entendrais des moyens fondés sur la possibilité que les droits garantis au demandeur par la *Charte* ont été violés. Cette dernière décision était erronée et conforme au jugement dissident rendu par le juge Lamer de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *United States c. Allard . . .* mais non pas à la décision majoritaire prononcée par le juge McIntyre dans l’affaire *R. c. Mills . . .*

In *Re Baroud* . . . Denault J found that the role of the court was to enforce the applicable legislation and, in the context of a s. 40.1 hearing, it was not the role of the Court to “determine whether the section in question is contrary to the rights and liberties guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.” However, in both of these cases, the respondent ministers argued that the court was without jurisdiction and the issue was not otherwise fully explored. While I do not agree with the applicant that these cases were wrongly decided, I was willing to consider the applicant’s arguments.

[11] After considering the jurisdiction issue, Cullen J. concluded that provided the designated judge has jurisdiction over the whole of the matter before him or her—the parties, the subject-matter and the remedy sought—the judge has jurisdiction to hear constitutional arguments. He found that because paragraph 40.1(4)(d) of the Act only gave the designated judge jurisdiction to consider the reasonableness of the certificate, constitutional arguments could not be entertained.

[12] I would note that a prominent factor giving rise to Cullen J.’s decision in *Suresh* was that subsection 40.1(6) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4] of the Act sets out that a determination under paragraph 40.1(4)(d) is not subject to appeal or review by any court.³ There is no such corresponding limit pertaining to subsection 40.1(8) of the Act. Further, both *Suresh* and *Baroud* were concerned with attacking the constitutionality of an entire section of the Act (for instance, in *Suresh*, clauses 19(1)(e)(iv)(C) and 19(1)(f)(iii)(B)) whereas in the case at bar, we are concerned only with the constitutionality of the terms of an order made by the designated judge. These cases are, therefore, distinguishable on the ground that they arose under a different section of the Act which limits any right of appeal and on the ground that they were concerned with entirely different issues.

[13] Thus, I find that a designated judge under subsection 40.1(8) of the Act has jurisdiction to entertain Charter arguments with respect to the constitutionality of the terms of any order made under subsection 40.1(9) of the Act. Indeed, a designated judge is compelled to consider the constitutionality of any order he or she makes pursuant to this subsection.

Dans *Re Baroud* . . . , le juge Denault a conclu que le rôle de la Cour est d’exécuter la législation applicable et que, dans le cadre d’une audience ayant trait à l’art. 40.1, il ne lui «appartient pas de décider si la disposition en cause est contraire aux droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*». Cela dit, dans les deux instances, les ministres intimés ont fait valoir que la Cour n’était pas compétente, et la question n’a donc pas été par ailleurs explorée exhaustivement. Je ne crois pas, contrairement au requérant, que les décisions rendues dans ces instances soient erronées, mais je suis disposé à envisager les arguments du requérant.

[11] Sur la question de compétence, le juge Cullen a conclu qu’à condition d’avoir compétence sur toute la ligne, c’est-à-dire à la fois sur les parties, la question litigieuse et le redressement recherché, le juge délégué a compétence pour entendre les arguments constitutionnels. Il se trouve que dans cette affaire, l’alinéa 40.1(4)d) de la Loi ne l’habilitait qu’à examiner si l’attestation était raisonnable, il ne pouvait donc connaître des questions constitutionnelles.

[12] J’estime qu’un facteur primordial qui présidait à la décision du juge Cullen dans *Suresh* était que le paragraphe 40.1(6) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.) ch. 29, art. 4] de la Loi prévoit que la décision rendue sous le régime de l’alinéa 40.1(4)d) est sans appel³. Rien de tel n’est prévu à l’égard de la décision rendue en application du paragraphe 40.1(8) de la Loi. Qui plus est, il y avait dans *Suresh* comme dans *Baroud* remise en question de toute une disposition de la Loi (par exemple les divisions 19(1)e)(iv)(C) et 19(1)f)(iii)(B) dans *Suresh*), alors qu’en l’espèce, est seule en cause la constitutionnalité des conditions de l’ordonnance rendue par le juge délégué. On peut donc distinguer l’affaire en instance des causes citées, en ce qu’elles se rapportaient à une autre disposition de la Loi qui exclut le droit d’appel et qu’elles portaient sur des points litigieux entièrement différents.

[13] Je conclus donc que le juge délégué en application du paragraphe 40.1(8) de la Loi a compétence pour connaître des arguments tirés de la Charte sur la constitutionnalité des conditions de l’ordonnance rendue sous le régime du paragraphe 40.1(9). De fait, il est tenu d’en considérer la constitutionnalité. À la différence de la procédure visée au paragraphe

Unlike a proceeding under subsection 40.1(4) he has the remedy available: namely, the appropriate wording of the release conditions. It must be emphasized that in this case the designated judge did not wrongly refuse to exercise that jurisdiction: he was never asked by the appellant. Having found that the designated Trial Judge had jurisdiction to consider the Charter issues, I am of the view that the most appropriate course of action is to send the Charter issues back to him for consideration as he has the benefit of being the only one to have before him a full factual record and of having heard any relevant testimony on this issue. As a judge issuing a release order he can exercise a continuing jurisdiction as to its impact, including considering the appellant's argument that in its operation the order is unconstitutionally curtailing his liberties. He is also in the best position to decide whether the events that passed before him amounted to a waiver by the appellant of any future right to have the order itself reviewed on constitutional grounds.

[14] I would note, however, that the word "activities" and the phrase "related or not related to" as found in paragraph 11 are not defined in the order and thus appear to be excessively broad. Taken literally, paragraph 11 would preclude the appellant from even enjoying a game of golf. The words "or not related to" should, therefore, be deleted from paragraph 11. The designated Trial Judge should also provide a definition of "activity" for the purposes of clarity since the term is broad and it will be necessary for the appellant to determine clearly whether any actions of his will result in a breach of one of the imposed conditions.

[15] I would allow the appeal to the extent of remitting the matter back to the designated Trial Division Judge to determine whether or not the conditions imposed by the release order are in accordance with the Charter. In the interim, the release order will remain in place to ensure the applicant does not return to jail, unless altered by the designated judge. The words "or not related" should be deleted from paragraph 11 of the order and the omitted word "contact" added after indirect in line 1 of paragraph 9 of the conditions (as agreed to by the respondent).

40.1(4), il dispose au départ du moyen de redressement, savoir la juste formulation des conditions de remise en liberté selon les circonstances. Il y a lieu de souligner qu'en l'espèce, le juge délégué n'a pas refusé à tort d'exercer cette compétence: l'appellant n'en a jamais fait la demande. Ayant conclu que le juge délégué a compétence pour connaître des questions touchant à la Charte, j'estime que le mieux à faire c'est de les lui renvoyer puisqu'il a l'avantage d'avoir été le seul à avoir été saisi de tous les faits de la cause et à avoir entendu les témoignages pertinents. Puisqu'il a rendu l'ordonnance de remise en liberté, il peut continuer à exercer sa compétence pour en surveiller les effets, ce qui s'entend également du fait d'examiner l'argument proposé par l'appellant que cette ordonnance a pour effet de porter atteinte à ses libertés, que protège la Constitution. Il est aussi le mieux placé pour décider si ce qui se passait à l'audience qu'il présidait valait renonciation de la part de l'appellant à tout droit futur de demander la révision de l'ordonnance par des motifs constitutionnels.

[14] Je tiens cependant à noter que le terme «activité» et le membre de phrase «que cette activité ait un rapport ou non avec» figurant au paragraphe 11 ne sont pas définis dans l'ordonnance. Entendu littéralement, ce paragraphe 11 interdirait même à l'appellant de jouer une partie de golf. Il faut donc remplacer ce membre de phrase par les mots «laquelle activité a un rapport avec». Il faut aussi que le juge de première instance donne une définition du terme «activité» pour plus de clarté puisque ce terme a une acception très large et l'appellant aura besoin de juger clairement si quelque activité de sa part aura pour effet de violer l'une quelconque des conditions imposées.

[15] Je me prononce pour l'accueil de l'appel par le renvoi de l'affaire au juge délégué de la Section de première instance pour qu'il examine si les conditions attachées à l'ordonnance de remise en liberté sont conformes à la Charte. Dans l'intervalle, l'ordonnance de remise en liberté demeure en vigueur afin que l'appellant ne retourne pas en prison, sauf modification par le juge délégué. Les mots «que cette activité ait un rapport ou non avec» figurant au paragraphe 11 des conditions de remise en liberté sont remplacés par les mots «laquelle activité a un rapport avec», et dans le

There will be no order as to costs.

STRAYER J.A.: I agree.

HENRY D.J.: I agree.

¹ These sections provide as follows:

19. (1) . . .

(e) persons who there are reasonable grounds to believe

. . .

(iv) are members of an organization that there are reasonable grounds to believe will

. . .

(C) engage in terrorism;

(f) persons who there are reasonable grounds to believe

. . .

(ii) have engaged in terrorism, or

(iii) are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in

. . .

(B) terrorism;

² See for example *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671, at p. 679.

³ This section provides: "A determination under paragraph (4)(d) is not subject to appeal or review by any court."

texte anglais, le mot «*contact*» est ajouté à la première ligne du paragraphe 9, immédiatement après le mot «*indirect*» (comme convenu par l'intimé). La Cour ne prononce pas sur les frais et dépens.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE SUPPLÉANT HENRY: Je souscris aux motifs ci-dessus.

¹ Voici ce que prévoient ces dispositions:

19. (1) . . .

e) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles:

. . .

(iv) . . . sont membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle:

. . .

(C) . . . commettra des actes de terrorisme;

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles:

. . .

(ii) soit se sont livrées à des actes de terrorisme,

(iii) soit sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée:

. . .

(B) . . . à des actes de terrorisme,

² Voir par exemple *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671, à la p. 679.

³ Cette disposition porte: «La décision visée à l'alinéa (4)d) ne peut être portée en appel ni être revue par aucun tribunal».

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Practice—Striking out, on Court's own initiative, of abandoned application for leave and for judicial review of deportation order made in July 1997 by reason of inordinate delay—While function of courts to provide facilities and services to litigants, courts can no longer afford to be at beck and call of litigants, but must allocate their resources to give best possible result overall result—Litigants, in return, have obligation both to courts and to taxpayers, including duty to properly determine, not merely abandon, litigation—Abandoned actions and applications costly—While R. 1617 (allowing Court to dismiss judicial review application for undue delay) no longer exists and R. 380(b) (allowing Court to put pressure on parties to file discontinuance) not yet in effect, Court has implied jurisdiction to make own procedural system work: *Margem Chartering Co. Inc. v. Bocsa (The)*, [1997] 2 F.C. 1001 (T.D.)—Courts have begun to dismiss actions merely for delay, calling it abuse of process—To leave action abandoned prejudicing court system and administration of justice—Application for judicial review governed by summary procedures rules requiring minimum of delay—To inordinately delay and then abandon proceeding, as here, costly abuse—Application for leave and for judicial review dismissed by reason of inordinate delay—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1617 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, R. 380(1)(b).

BAHRAMI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3549-97, Hargrave P., order dated 21/5/98, 5 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

Citizenship appeal—Practice—Present case one of first hearings of citizenship appeal since coming into force, on April 25, 1998, of Federal Court Rules, 1998—Under new Rules, s. 300(c) providing Part 5, dealing with applications,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

applying to citizenship appeals under Citizenship Act, s. 14(5), in effect taking away right to appeal by way of trial *de novo* in that case—Respondent submitting repeal of old Federal Court Rules and words of RR. 501(1) and 503 of new Rules indicating all citizenship appeal hearings, including appeals filed before coming into force of new Rules, should be governed by new Rules—In effect, appeals filed before coming into force of new Rules would be treated as applications based on Citizenship Court records rather than as trial *de novo* as provided for by old Rules—According to R. 501(1) and Interpretation Act, s. 44(c), new Rules applying to proceedings commenced under old Rules but, if provisions interpreted consistently with Interpretation Act, s. 43(c), rights accrued or accruing when old Rules ceased to have effect must not be affected—Old Rules provided for appeal by way of trial *de novo* where parties had right to adduce evidence, while new rules provide for appeal by way of application on basis of Citizenship Court record—R. 501(1) not taking away right to appeal by way of trial *de novo* under old Rules where right accrued or was accruing at time old Rules ceased to have effect—Practical difficulty with respondent's approach: persons who have filed citizenship appeals substantially prior to coming into force of Federal Court Rules, 1998, had right to expect they would be entitled to trial *de novo*—They have not complied, and because of time limits, in many cases could not comply, with requirements of new Rules to file affidavits and other materials required under Part 5 of new Rules—RR. 501(1) and 503 not to be interpreted as having effect of treating citizenship appeal filed before coming into force of new Rules as if filed after coming into force of new Rules—Nor do new Rules imply must be automatic orders to extend time to file affidavits or other material in order to comply with new Rules in cases of applications filed before new Rules came into effect—Therefore, hearing in citizenship appeals, where appeal filed in Court before coming into force of new Rules, should proceed by way of trial *de novo* and Part 5 of new Rules should apply to citizenship appeals filed in Court after

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

coming into force of new Rules—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 912—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, RR. 300(c), 501(1), 503—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 14(5)—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 43, 44(c).

CHAN (RE) (T-2842-96, Rothstein J., order dated 19/5/98, 4 pp.)

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Judicial review of Vice-consul's decision rejecting application for permanent residence in independent category as accountant—Applicant convicted in 1989 in Hong Kong of theft, forgery, uttering forged document—Immigration Act, s. 19(1)(c.1)(i) prohibiting admission of persons convicted outside Canada of offences that if committed in Canada would be punishable by maximum term of imprisonment of 10 years or more "except persons who have satisfied the Minister that they have rehabilitated themselves"—Minister refusing approval of application for rehabilitation without reasons, despite visa officer's strong support thereof—Vice-consul determining applicant inadmissible under s. 19(1)(c.1)(i)—Applicant submitting obligation on visa officer to enquire as to basis of Minister's decision, to ensure all relevant information before Minister—Relying by analogy on decisions in respect of situations where valid medical opinions binding on visa officers unless opinion invalid because involving patently unreasonable error of fact, inconsistency or incoherence or generated in manner contrary to principles of natural justice: *Fei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 F.C. 274 (T.D.)—Application dismissed—Discretionary responsibility for being satisfied as to rehabilitation vested in Minister—Not for official in Minister's department of government to question basis of Minister's lack of satisfaction—Minister not in comparable position to medical officer in Public Service or under contract to Minister's department—Question certified: Is visa officer under duty to question reasonableness of Minister's decision made pursuant to s. 19(1)(c.1)(i) where on face of record decision may be unreasonable?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(c.1)(i) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).

LEUNG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1061-97, Gibson J., order dated 20/4/98, 8 pp.)

Appeal dealing with question certified by Reed J. ((1997), 135 F.T.R. 206 (F.C.T.D.)) under Immigration Act, s. 83(1): Does consideration by decision maker of documentary evidence, regarding country information, neither identified

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

for nor provided to Convention refugee, declared "danger to public" pursuant to Act, s. 70(5), offend principles of natural justice?—Appellant born in Vietnam in 1971—Granted status as permanent resident of Canada—In March 1993, convicted of theft over one thousand dollars—In March 1994, convicted on charges of conspiracy to commit indictable offence of trafficking in narcotic and possession of narcotic for purposes of trafficking—In September 1995, appellant received notice from Canada Immigration Centre in Victoria, B.C. regarding "possible issuance of the Minister's Opinion, pursuant to subsection 70(5) of the Immigration Act that you are a Danger to the Public in Canada"—In document entitled "Opinion of the Minister pursuant to subsection 70(5) of the Immigration Act", Minister concluded appellant constituted "a danger to the public in Canada"—Court, in *Mancia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 565 (C.A.) (QL) has examined requirements of duty of fairness in similar circumstances—In reaching conclusion, Court had given regard to: (a) nature of proceeding and rules under which decision-maker was acting; (b) context of proceeding; and (c) nature of documents at issue in such proceedings—Short delay of 15 days given to appellant to file representations not offending duty of fairness—Failure to seek counsel's assistance not offending duty of fairness—Impugned document prepared by High Commissioner for Refugees at request of Department available at Documentation Centres at time appellant directed there—Principle set out in *Mancia* clearly applicable—Certified question answered in negative, appeal dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 70(5) (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 13(3)), 83(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

CHU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-615-97, Décaré J.A., judgment dated 1/5/98, 12 pp.)

Immigration Inquiry Process

Application for judicial review of opinions rendered by Minister's delegate finding applicant to be danger to public under Immigration Act, ss. 46.01(1)(e)(iv), 53(1)(d), 70(5)—Applicant came to Canada with family in 1986 from Guatemala—Granted landed immigrant status in November 1990—Since 1992, applicant convicted of various criminal offences—Delegate of Minister determined applicant constituted danger to public under each of noted provisions—Due process issues including deficiency of notice and documentation, submissions ignored—Policy of full disclosure appropriate, consistent with due process requirements, but whether deficiency concerns raised provide ground upon which Court should exercise discretion depends on facts of case—No weight given to deficiency argument—On danger

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

to public issue, reading of 34 pages of material sent to applicant leaving little doubt as to points of concern to be addressed—Given obviousness of issues needed to be addressed in response to danger notice, applicant not deprived of making full answer by not receiving opinion—Linkage between facts of case, possibility of public danger obvious in documents provided as clearly suggesting how applicant might be considered public danger—Apart from lack of argument properly cited in “Request for Minister’s Opinion”, Reviewing Officer did go to some length to consider country conditions—No weight given to argument related to submissions ignored—Immigration Act, s. 70(5) not offending Charter of Rights, ss. 6, 7, 12, 15—Whether applicant could take advantage of s. 6 right depending on whether, as permanent resident, he is “citizen of Canada”—Decision in *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.) answering “No” to certified question as to whether Immigration Act, s. 70(5) engages interests affecting liberty and/or security of person under Charter of Rights, s. 7—No connection between issuance of danger opinion and cruel and unusual treatment as term used in Charter of Rights, s. 12—Analysis under Charter, s. 15(1) involving two steps—First, claimant must show denial of “equal protection” or “equal benefit” of law, as compared with some other person—Second, claimant must show denial constitutes discrimination—No possibility of second stage argument succeeding—Application dismissed—Two questions certified—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. 6, 7, 12, 15—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 46.01 (as enacted by R.S.C. 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 1, s. 73, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9), 53(1)(d) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 17; S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12), 70(5) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13).

SOLIS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4898-96, Campbell J., order dated 19/5/98, 17 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of Immigration officer’s (IO) decision rejecting “humanitarian and compassionate grounds” application under Act, s. 114(2) to warrant processing application for permanent residence from within Canada—Applicant came to Canada in 1991 and claimed refugee status—Claim denied in April 1992 and leave to appeal Board’s decision dismissed by Federal Court in September 1992—In June 1992, RCMP advised immigration authorities applicant wanted on arrest warrant issued by Chinese authorities for embezzlement of 1.6 million RMB Yuan from Chinese bank—As result, s. 27 report written

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

alleging applicant had breached Act, s. 19(1)(c.1)(ii)—In May 1994, applicant married Canadian citizen and in October 1994, gave birth to daughter—After interview and further investigation, IO determined applicant criminally inadmissible—Applicant alleging IO breached duty of fairness as did not inform applicant of existence of warrant for arrest prior to making final determination, thereby not giving applicant opportunity to make representations regarding evidence—Application dismissed—Meaning of “extrinsic evidence”: evidence of which applicant had no knowledge and on which immigration officer intending to rely in making decision affecting applicant—Here, even though applicant not shown actual copy of arrest warrant, applicant was asked about allegations of embezzlement against her in China and other elements of allegations, and given opportunity to respond—Arrest warrant contained no new information not known to applicant—Therefore, cannot be said IO failed to comply with duty of fairness—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 19(1)(c.1)(ii) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).

ZHANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2551-97, Tremblay-Lamer J., order dated 15/6/98, 6 pp.)

Application for stay of execution of removal order implemented under Direction to Report issued to applicant for removal on May 11, 1998—Whether, during continuance of sentence of probation ordered upon conviction of applicant for criminal offence, execution of removal order earlier issued to him contrary to Immigration Act, s. 50—Applicant, native of Jamaica, came to Canada in 1976, remained as permanent resident—Since 1984, convicted on number of occasions for offences concerning narcotics—While incarcerated in Maplehurst Correctional Centre, applicant subject to report, following inquiry by adjudicator under Act—By Notice to Report, applicant directed to report to named Probation and Parole Officer within two working days of release from Maplehurst—Upon release from detention in September 1997, applicant reported to probation officer once a month as directed by latter—While subject to probation order issued by Ontario Court (General Division), applicant now required by Direction to report, at fixed time and place, for removal from Canada—Direction in execution of removal order earlier issued to applicant—Circumstances similar to those dealt with by Rothstein J. in *Cuskic v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 130 F.T.R. 232—Rothstein J. finding Direction to Report, executing removal order, directly resulted in contravention of probation order, violated Act, s. 50(1)(a)—Reasoning equally applicable herein—Statutory stay of execution of removal order prevailing, at least as interim measure pending one of determinations indicated by Court, Court of Appeal—No basis for award of costs on solicitor and client basis—Order issued including award of costs to applicant in

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

amount of \$1,500—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 50.

CLARKE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3009-97, MacKay J., order dated 7/5/98, 9 pp.)

Application for judicial review of IRB, Appeal Division decision dismissing applicant's appeal from stay of deportation—Issue whether service of notice to appear on R. 33 hearing of Appeal Division sufficient if served upon applicant only when applicant has counsel on record and also whether failure to serve either applicant or counsel on record with application pursuant to R. 33 constituting reversible error—Applicant became permanent resident in 1992, convicted of criminal offences in 1994—Ordered deported in 1995—Applicant appealed decision to Appeal Division which stayed deportation order in May 1995—Stay continued for one year in November 1995—In 1997, Minister filed application under R. 33 to revoke stay—Application supposed to be served on other party—No evidence of service—In April 1997, applicant served with notice of hearing by regular prepaid post—No attempt to serve applicant's counsel on record—Notice of hearing sent to applicant's last reported address—Applicant had moved in January 1997 but did not notify Minister or Appeal Division of change of address, thereby violating condition of stay—Hearing took place without applicant or counsel—Appeal Division dismissed appeal and directed removal order against applicant be executed as soon as possible—Application allowed—Applicant had been properly served with notice of hearing when notice sent to last reported address by prepaid mail—However, in none of cases examined did Minister fail to serve counsel on record—R. 35(2) providing copy of any document served on party shall also be served on party's counsel—Case raising question of whether counsel on record meaningless designation—If opposing counsel fails to serve counsel on record with documents such as notice to appear and application, impossible for counsel on record to perform function—When party retains counsel and counsel appears on record, party entitled to believe counsel being informed of significant steps in proceeding—Application to remove stay significant step which should have been served on counsel on record—Applicant did not receive notice enabling him to determine case he had to meet (applicant received notice to appear, not application itself indicating purpose of hearing)—In light of Appeal Division's decision to dismiss applicant's appeal without respecting own R. 33 with respect to service on counsel and service of application, this constitutes violation of principles of natural justice—Immigration Appeal Division Rules, SOR/93-46, RR. 33, 35(2).

ASHOUR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3201-97, McKeown J., order dated 11/5/98, 6 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of IRB Appeal Division quashing, for want of jurisdiction, appeal to Board against visa officer's decision refusing visa to applicant's brother as dependent child of applicant's parents who had been sponsored by applicant—Whether breach of rules of fairness because of incompetence of applicant's representative at hearing of motion to quash before Board—Submission based on *Shirwa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 51 (T.D.)—Considerable doubt as to applicability of *Shirwa* on general basis as very exceptional case where degree of professional competence very high—Application dismissed—Not necessary to reach issue as to whether degree of incompetence in representation by counsel so high as to give rise to breach of fairness on part of relevant adjudicative body—Herein, representation of applicant by her husband in fact about as much as she could have hoped for—Case for Minister on motion to quash virtually unanswerable given text of Act and Court's case law—In *Yassine v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 (F.C.A.) Court held that, even where breach of rules of natural justice or fairness, that will not necessarily give rise to reference back to Tribunal for new hearing where outcome of such hearing foregone conclusion, as here—As result of judgments of Court of Appeal (*Bailon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 386 (C.A.) (QL), and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Lidder*, [1992] 2 F.C. 621 (C.A.)), in law, Appeal Division without jurisdiction to entertain applicant's appeal and Minister's motion to quash had to be allowed.

SIDDIQUI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1030-97, Hugessen J., order dated 29/5/98, 6 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee as excluded on basis of Convention, Art. 1(F)(a)—Applicant 80-year-old citizen of Iran—For twenty years, acted as informer for SAVAK, brutal Iran secret police under Shah—After revolution and take-over by Khomeini, applicant imprisoned and tortured for ten years—When sought Convention refugee status in Canada, CRDD refused on basis applicant knowing participant in actions of SAVAK which engaged in crimes against humanity—Application dismissed—Definition of crimes against humanity in Federal Court case law—On examination of evidence, Board entitled to conclude primary purpose of SAVAK principally directed to limited, brutal

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

purpose—Fact applicant not formal member of SAVAK, only informer, not ground for exoneration, as, on evidence, personally and knowingly participated in crimes against humanity—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

SHAKARABI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1371-97, Teitelbaum J., order dated 1/4/98, 11 pp.)

Application for judicial review of panel decision Convention, Art. 1(E) applied to applicants, excluding them from definition of Convention refugee—Applicants, mother and daughter, citizens of Iran, moved to France in 1984 and obtained permanent residence there in 1991, “*carte de résidence*” (residence card) valid until 2001—Applied for Convention refugee status in Canada in 1994, having left France with “exit/re-entry” visas—When refugee application hearing held in May 1997, “exit/re-entry” visa had expired—Mother had destroyed Iranian passport and French residence card—Therefore saying had no right to return to France and Convention, Art. 1(E) (Convention not applicable to person recognized by country of residence as having rights and obligations attaching to possession of nationality of that country) did not apply to her—Relevant time for consideration of right to return to France time of hearing before panel—Panel found mother held “full” residence card renewable in 2001 and, as holder of card, had right to exit and return to France; Art. 1(E) therefore applicable, making applicants excluded from Convention refugee definition—Application dismissed—Onus on government to establish reasonable grounds for excluding claimants—Exit/re-entry visa to which full card holder entitled may also be renewed or new one obtained—Onus on applicant to demonstrate why, having destroyed card, could not apply and obtain new one—Once respondent submitted *prima facie* evidence which would enable panel to conclude applicants could return to France, onus shifted to applicants to show they could not—Applicants have not satisfied that onus—Legislative anomalies or “loopholes” of kind that arose in *Wassiq v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1996), 33 Imm. L.R. (2d) 238 (F.C.T.D.) will not be given broad application so as to assist Convention refugee claimants who engage in asylum shopping—Actions taken by applicants intended to result in their not being able to return to country which has already granted them Convention refugee status may well evidence absence of subjective fear of persecution in their original country from which they purport to be seeking refuge—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1E.

SHAHPARI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2327-97, Rothstein J., order dated 3/4/98, 7 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Application to set aside decision applicant not member of post-determination refugee claimants in Canada class (PDRCC)—On October 25, 1996 CRDD excluding applicant from Convention refugee status pursuant to United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(c)—Prior to May 1, 1997 Immigration Regulations providing person determined not to be Convention refugee deemed to have applied for landing as member of PDRCC on day on which CRDD decision given—Applicant having 15 days to make submissions concerning risk faced if returned to country of origin—As matter of practice, time limit usually extended so that submissions not made until after final determination of judicial review of CRDD decision—Regulations also provided further submissions could be filed within 15 days after final determination of judicial review application—Applicant’s judicial review application dismissed February 21, 1997—Risk submissions filed April 2, 1997—At that time definition of member of PDRCC containing no automatic exclusion from class as result of having been found to fall within Art. 1F(c)—Also procedure one-step process—On May 1, 1997 Regulations amended so that definition of member of PDRCC excluding individuals falling under Art. 1F(c) of Convention; applications for landing two-step process requiring application for determination whether within PDRCC category, and if successful, application for landing—Risk submissions only filed if person within new PDRCC class definition—According to case law, in absence of valid retroactive legislation, applications for membership in relevant class determined by reference to eligibility requirements as existed when application filed or, at least, when applicant had done everything needed to perfect application—Such finding based on: (1) presumption legislative provisions not retroactive unless so expressly stated; (2) principle of fairness requiring assessment of application by reference to law in existence when submissions made—Regulations neither expressly applying new PDRCC class definition to applicant’s application, nor by necessary implication—New Regulations expressly framed to apply new class definition only to those applications for which submissions yet to be made—Had it been intended to subject all pre-May 1, 1997 applicants to new class definition, would have been expressly provided for—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2 “member of the post-determination refugee claimants in Canada class” (as enacted by SOR/93-44, s. 1; SOR/97-182, s. 1)—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(c).

HIRBOD V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2463-97, Reed J., order dated 6/4/98, 11 pp.)

Permanent Residents

Application for judicial review of visa officer’s (VO) decision refusing applicant’s application for permanent

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

residence as investor—Applicant employed as sales manager of medical laboratory equipment in China for Inchcape JDH Ltd.—Personal net worth of approximately \$ 1,300,000—VO refused application on basis not satisfied applicant's position at Inchcape JDH consistent with level of responsibility required in "operating, directing or controlling business" (definition of "investor" in Immigration Regulations, 1978)—Applicant sent letter to VO giving further explanation of responsibilities and asking reconsideration of application under "business category"—Letter not brought to attention of VO before letter of refusal sent to applicant—Whether VO erred in determining applicant not coming within definition of "investor"—Whether VO breached duty of fairness by not considering letter sent by applicant when making decision—Application allowed—Applicant does not have to own business to qualify as investor—VO must assess qualifications of applicant to determine whether applicant's responsibilities amount to "operating, directing or controlling" business; not whether responsibilities amount to "operating, directing or controlling" entire business in which applicant employed—VO erred by failing to assess whether applicant's responsibilities consistent with responsibilities required in controlling a business; instead VO focussed on whether responsibilities amounted to controlling Inchcape JDH Ltd.—VO did not err in not considering letter as letter merely reiteration of facts already known—Not case in which to award costs as no evidence decision made in bad faith: negligence perhaps: Federal Court Immigration Rules, R. 22—Applicant's request for costs failing, but just barely—Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, R. 22.

KOO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1431-97, Muldoon J., order dated 1/6/98, 10 pp.)

Persons With Temporary Status

Application for judicial review of visa officer's decision denying applicant three-year employment authorization—Applicant, brother-in-law and one other, citizens of Pakistan, seeking to obtain authorization to work in Canada for wholly-owned subsidiary of Pakistan; plastics manufacturing company—At interview (very short), officer found company in Canada existed only on paper, no employees—Applicant denied entry as had not demonstrated seeking entry to Canada for temporary purpose because did not have sufficient ties to Pakistan to ensure return—Application allowed—Visa officer violated duty of fairness to provide applicant with knowledge of officer's concerns and opportunity to respond to allegations of which applicant could not be reasonably aware (visa officer herein conducted very

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

short interview, assuming statements of applicant's brother-in-law would apply equally to applicant).

ALI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1617-97, Teitelbaum J., order dated 14/4/98, 12 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

EXCISE TAX ACT

Appeal from Canadian International Trade Tribunal decision—BASF selling automotive solvents, thinners, reducers—Relying on jobbers to distribute products—Jobbers purchasing products from BASF, reselling them to end users—To encourage competitiveness among certain specialty purchasers called "Special Market Purchasers", BASF suggesting jobbers grant discounts—If granting discount jobbers entitled to apply to BASF for reduction of selling price previously paid—BASF then reducing amount of taxable sales by amount of subsidy, thereby reducing tax liability—Minister disallowing price reductions—Tribunal allowing BASF's appeal, holding adjustments directly related to determination of actual amount received on sale of products eventually purchased by specialty market purchasers—Excise Tax Act, s. 50 providing sales tax calculated when goods delivered to purchaser or when property in goods passes, whichever earlier—Accordingly, sale of commodity from manufacturer to first purchaser in distribution chain and "sale price" paid on transaction determining tax exigible—Title in goods passing from BASF to jobber when goods received by jobber—This transaction giving rise to BASF's tax liability, forming basis for calculation of amount of tax owing—Subsidies paid by BASF to jobbers promotional expenditures, unrelated to sale price between BASF, jobbers—Special Markets Program devised to break into new markets—Subsidies paid to jobbers incentive designed to encourage jobbers to participate in program—No basis in law for BASF to retroactively reduce sale price, resulting tax liability—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 50 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 42, s. 4).

CANADA V. BASF COATINGS & INKS CANADA LTD. (T-1092-93, Rouleau J., judgment dated 6/4/98, 7 pp.)

Motion to strike originating notice of motion seeking to quash Minister of National Revenue's decision certain tobacco products meeting definition of "tobacco stick" in Excise Act, Excise Tax Act—Decision allegedly made by Minister accepting, without further comment at time or thereafter, payment by applicant of tax and duty on product as if "tobacco stick"—Applicant marketed one case of

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

product labelled “Mark Ten Presto Pak”, paid excise duties, taxes calculated at tobacco stick rate, not higher cigarette rate—Product for all intents and purposes same as that sold by competitor—Prior to marketing “Mark Ten” product, applicant obtaining ruling from Minister prototype tobacco stick—Judicial review of ruling refused as not “decision” subject to judicial review—Applicant wanting Minister to subject “Mark Ten” product to cigarette rate so as to compel Minister to tax competitor’s product as cigarette—Application allowed—Court would strike originating motion, but would have to be plain and obvious case beyond doubt before application to strike granted: *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1998] F.C.J. No. 79 (T.D.) (QL)—Cannot assume Minister made decision because received, cashed cheque—Nothing in law preventing Minister from requesting applicant to pay duties, taxes at cigarette rate—Failure to act not decision—No decision subject to review if no amounts of duties, taxes claimed by Minister.

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. v. M.N.R. (T-241-98, Teitelbaum J., order dated 14/4/98, 9 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**TRIAL DIVISION**

Maritime law—Appeal from Trial Division decision dismissing appellant’s claim for unpaid freight charges claimed by trucking company for road transportation of goods based on premise no contractual relationship between parties—Appeal dismissed—Trial Division had no jurisdiction *rationae materiae* to entertain matter—Circumstances herein similar to those in *Matsuura Machiner Corp. v. Hapag Lloyd AG* (1997), 211 N.R. 156 (F.C.A.), where Court found carriage of cargo by truck not governed by Canadian maritime law—Appellant’s action not integrally connected to maritime matter as relating only to unpaid charges claimed by trucking company for road transportation of goods.

GARFIELD CONTAINER TRANSPORT INC. v. UNIROYAL GOODRICH CANADA INC. (A-556-94, Denault J.A. (*ex officio*), judgment dated 30/4/98, 2 pp.)

HUMAN RIGHTS

Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal’s dismissal of complaint alleging respondent guilty of discriminatory practice on basis of race, colour, and/or national or ethnic origin, contrary to Canadian Human Rights Act, s. 7—Applicant, Canadian Human Rights Commission, attempting to lead circumstantial evidence showing visible minorities not represented according to availability at certain levels—Not presented to show systemic discrimination, but in support of individual complaint—Tribunal determining

HUMAN RIGHTS—Concluded

applicant prohibited from adducing any evidence in attempt to illustrate pattern of systemic discrimination because prejudicial to respondent, allowing applicant to advance prohibited claim—No evidence of actual prejudice to respondent—Tribunal’s decision set aside—Where direct evidence of illegal behaviour unavailable, discrimination may be established by way of inference, through use of circumstantial evidence—Circumstantial evidence usually depending on series of facts, each of which alone insufficient to permit inference of discrimination, but when combined may justify it: Vizekety, B. *Proving Discrimination in Canada*, Toronto: Carswell (1987)—Statistics representing form of circumstantial evidence from which inferences of discriminatory conduct may be drawn—Tribunal erred in disallowing applicants from adducing general evidence of systemic problem as circumstantial evidence to infer discrimination probably occurred in particular case as well—Matter remitted to Tribunal to be determined on basis of record before Tribunal augmented by statistical evidence sought to be introduced by applicants and by any responding material introduced by respondent.

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADA (DEPARTMENT OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-792-96, Richard J., order dated 6/4/98, 9 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Application for judicial review of decision of Tax Court of Canada dismissing appeal from assessment against applicant made by MNR under Income Tax Act, s. 160(1)—Whether Tax Court Judge erred in concluding applicant’s husband transferred property indirectly to applicant when husband made mortgage payments on house in which applicant had become sole owner—Applicant becoming liable for portion of taxes husband owed to respondent in respect of 1990, 1991, 1992, 1993 taxation years—Applicant, husband purchased house in 1985 as joint tenants—Purchase financed in part by way of mortgage loan from Toronto Dominion Bank—On April 8, 1987, property transferred to applicant alone without consideration being given—Minister assessing applicant in amount of \$38,857.48 under Act, s. 160—Amount later reduced to \$15,219.56—Tax policy embodied in s. 160(1) to prevent taxpayer from transferring property to spouse in order to thwart Minister’s efforts to collect money owed to him—Whether husband “transferred property . . . indirectly by any other means” to wife—Tax Court Judge correct in concluding applicant’s spouse transferred property indirectly to applicant to extent of portion of mortgage payments related to principal of mortgage—Word “property” in s. 160(1) meaning “property of any kind”, including “money”—Words “indirectly . . . by . . . any other means” in s. 160(1) refer to any circuitous

INCOME TAX—Continued

way in which property of any kind passes from one person to another—Applicant became less indebted by payments, equity in property increased—Payment to Bank simply conduit through which funds passed indirectly from husband to applicant—Application dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 160(1).

MEDLAND V. CANADA (A-18-97, Desjardins J.A., judgment dated 25/5/98, 14 pp.)

Capital Gains

Appeal from T.C.C. judgment 1990 acquisition, disposition of stock option shares not “adventure in nature of trade”—Employment agreement including share option arrangement—On January 3, 1990 exercising remaining option rights—Purchase fully financed by bank loan—Appellant exercising rights at that time, rather than waiting until option expiration date, in part because of concern something might happen that could prevent him, as insider, from being able to exercise option later—In 1989 Corporation’s long-term prospects appeared healthier than 1990, 1991 short-term prospects—Also exercised option rights in part to ensure eligibility for special dividend in common shares that, as insider, anticipated would be declared—At time exercised option rights, appellant preoccupied with possible cash flow deficiency to service debts on loans contracted—Market price of shares falling throughout 1990—On November 28, 1990 appellant selling option shares with concurrent intention of buying them back shortly thereafter—Appellant reporting resulting loss as capital transaction in 1990 return because unaware of possibility of reporting acquisition, subsequent disposition of common shares as part of “adventure in nature of trade”—Later sought to deduct loss as loss from business, as part of “adventure in nature of trade”—Appellant submitting T.C.C. not addressing motivation in acquiring shares i.e. to discharge indebtedness, subject to insider restrictions—Appeal dismissed—No question T.C.C. addressed whether resale for profit motivating factor in appellant’s purchase—Applied proper test: whether appellant at time of purchase intended to resell shares as soon as possible for profit—*Californian Copper Syndicate v. Harris* (1904), 5 T.C. 159 (Scot. Ct. of Ex.) setting out general test to distinguish between capital, business income from adventure in nature of trade: is gain mere enhancement of value by realizing security, or gain made in operation of business in carrying out scheme for profit-making?—That isolated transaction (as herein) not preventing transaction bearing “badges of trade” from being adventure in nature of trade—From “badges of trade” inferences drawn as to whether taxpayer engaged in operation of trade or simply investing—Question whether operations constituting adventure of that kind, not whether constituting operator as person carrying on trade: *Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow*, [1955] 3 All E.R. 48 (H.L.)—Whether securities purchased with purchaser’s own funds, or with borrowed money, not significant factor in

INCOME TAX—Continued

determining whether acquisition, subsequent sale not investment: *Irrigation Industries Limited v. The Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 346—T.C.C. holding acquisition of securities not part of profit-making idea, but to take advantage of generosity of employers—Referring neither to appellant’s concerns about cash flow nor to appellant’s obligations as inside trader—Inference from finding no evidence appellant wished to sell as soon as possible that although appellant might not have been in position to sell earlier, no clear indication selling as soon as possible primary goal—Open to T.C.C. to infer from accountant’s statements that share transactions motivated by someone driven by return on investment rather than by quick silver of profit—T.C.C. stating “profit was not ignored but not paramount”—Finding degree of motivation insufficient to characterize 1990 transaction as being on account of income—Open to T.C.C. to find operation not having sufficient of characteristics of adventure in nature of trade but investment not permitting in law appellant to change mind as time, conditions changed.

ROBERTSON V. CANADA (A-243-96, Desjardins J.A., judgment dated 26/3/98, 18 pp.)

Deductions

Appeal from Tax Court decision holding taxpayers entitled to deduct from income their proportionate share of \$1.2 million tenant inducement payment—18 doctors, practising as partnership, entering into co-tenancy agreement with intention of developing professional building in which partnership would lease space—Remainder would be rented out—In fact, co-tenancy was agreement respecting co-ownership of lands to be acquired in trust by company to be incorporated for that purpose and which would act as agent or bare trustee for co-tenancy—Lands acquired by bare trustee in trust for eighteen co-owners—Each co-owner equal shareholder of corporate bare trustee which was to construct and operate new building on behalf of co-tenancy—In May 1985, partnership and bare trustee signed lease agreement in which partnership agreed to lease part of building, lease providing for payment of lease inducement totalling \$1.2 million—All revenue received and expenses incurred by bare trustee with respect to building flowed through members of co-tenancy—In calculating income of each taxpayer, partnership did not include \$1.2 million lease inducement payment as income of partnership, either for accounting or taxation purposes, apparently in belief payment constituted non-taxable capital benefit—But, for 1985 to 1988 taxation years, each doctor deducted respective share of rental inducement amount paid by bare trustee to partnership as deferred leasing cost amortized over ten years—Minister’s main argument “artificial and not reasonable for landlord to pay rental inducement amount to himself”—Appeal allowed—Partnership and co-tenancy not separate legal entities—At common law and for tax pur-

INCOME TAX—Continued

poses, partnership not constituting distinct legal person separate from members—In strict legal theory, true tenants under lease entered into by partnership individual partners existing as of date of lease—In present case, each of 18 doctors in partnership must be deemed to have been tenant under lease agreement—Based on principles of agency law, bare trustee cannot be deemed landlord—When bare trustee entered into lease agreement with partnership in 1985, bare trustee acted as agent for 18 co-owners—Bare trustee not party to contract—As principals, 18 co-owners deemed landlords—Therefore 18 doctors members of partnership and co-tenancy both tenants and landlords under agreement for lease—Sufficient for purposes of dealing with appeal to rely on ITA, s. 18(1)(a) which prohibits deduction from income except to extent “made or incurred by taxpayer for purpose of gaining or producing income”—Payment to oneself cannot be said to be in accordance with ordinary principles of commercial trading or accepted principles of business practice—Minister could also have relied on common law rule against contracting with oneself—Therefore, agreement to pay tenant inducement payment of no legal consequence and cannot be considered outlay or expense made for purpose of gaining or producing income within meaning of ITA, s. 18(1)(a)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(a).

CANADA V. ROBINSON (A-8-96, Robertson J.A., judgment dated 25/3/98, 11 pp.)

Farming

Appeal by taxpayer against reassessments relating to 1977, 1978, 1979 and 1980 taxation years—Plaintiff lawyer practising law in own firm—On May 19, 1982, reassessments made against plaintiff informing latter had balance payable in respect of taxation years at issue—Plaintiff disputing reassessments and serving notice of objection on Minister—Counsel for plaintiff making number of admissions at examination for discovery—Plaintiff denying instructed counsel to make admissions—Asking Court to withdraw them, request denied—Party may not withdraw “formal admission” without first obtaining leave of Court or consent of adverse party—Admission made by counsel for party at examination for discovery formal admission which cannot be withdrawn without leave of Court—Withdrawal of admission within discretion of Court—Court must determine whether triable issue which ought to be tried in interests of justice and not left to admission of fact—Admissions by counsel for party cannot be withdrawn simply because party denies expressly authorizing representative to make them—Issue whether farm losses incurred by plaintiff during years 1977 to 1980 entirely deductible or whether deductibility subject to ceiling established by Income Tax Act, s. 31—Further issue whether farming, or combination of farming and some other source of income, comprising plaintiff’s chief source of income—Farming must be compared to taxpayer’s other

INCOME TAX—Concluded

activities, having regard to three factors (capital committed, time spent and profitability, actual or potential) in order to determine whether agriculture principal activity or not—What counts cumulative effect of three criteria—Test of investment in farming business met—With respect to second test, time invested, credibility of plaintiff’s testimony doubtful—Plaintiff not satisfying Court spent more time on farming business than on law practice—Taxpayer’s farming business not meeting third test of profitability either—In instant case, never was actual or potential profitability, since plaintiff never owning enough land to ensure profitable business—Chief source of taxpayer’s income in years in question from profession, not farming business—Interest expense must be disallowed because of restriction set out in Act, s. 31—Reassessments against plaintiff upheld, except in respect of \$5,000 added to plaintiff’s professional income—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 31 (as am. by S.C. 1973, c. 14, s. 7; 1979, c. 5, s. 9).

ARCHAMBAULT V. CANADA (T-1640-83, Tremblay-Lamer J., judgment dated 12/5/98, 16 pp.)

Whether plaintiff could take advantage of “farm equipment” exemption to obtain relief from seizure for purpose of offsetting outstanding tax debt—Seizure occurred on execution of writ of *feri facias* dated April 27, 1995—Following seizure, equipment sold for \$16,350—After deduction of necessary expenses, MNR paid \$8,014.03—Whether “at least eight days notice” given under Manitoba Executions Act, s. 16(2)—Notice of sale posted on September 23, 1994, sale occurring on September 30, 1994—Excluding day of posting, only 7 days notice given—Based on federal Interpretation Act calculation, only 6 days notice given—Either way, insufficient notice given—Word “municipality” as used in s. 16(2) meaning location where legal action relating to seizure would be expected to occur—Winnipeg Law Courts centre of legal action—“Public notice” given—Whether equipment reasonably necessary for proper and efficient conduct of plaintiff’s agricultural operation for 12 months following seizure—Beginning in 1970, plaintiff’s “agricultural operation” of tree farming very active, productive—At time of seizure, plaintiff owner of, entitled to remove for sale 2 200 trees on 2 pieces of brother’s property—Equipment necessary to carry out well proven agricultural operation potential during 12 months following seizure—Claim successfully proven—Sum of \$8,014.03 paid to Revenue Canada to be reimbursed to applicant—Executions Act, R.S.M. 1987, c. E160, ss. 16(2), 23(1)(e)—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. 1-21.

FEGOL V. M.N.R. (T-2836-94, Campbell J., judgment dated 31/3/98, 8 pp.)

INJUNCTIONS

Motion for order confirming order striking statement of claim dissolved interlocutory injunction—Wetston J. striking

INJUNCTIONS—Concluded

entire statement of claim without leave to amend—Declining to deal with request to rescind or vary interlocutory injunction against defendants—No known Canadian authority dealing with this matter—*Halsbury's Laws of England*, vol. 24, 4th ed., para. 1024, page 543, briefly stating dismissal of action carrying automatically with it dissolution of any outstanding interlocutory injunction—Although that statement of law correct, narrower point herein—Both order, reasons clear Wetston J. not dismissing action—Application to have action dismissed might now be successful since no subsisting statement of claim to support it—But terms of order clear: statement of claim struck; costs of motion given; action left in being; no costs awarded as would be normal incident of dismissal—Wetston J.'s order not dissolving interlocutory injunction—Motion dismissed with costs.

COCA-COLA LTD. v. PARDHAN (T-2685-95, Hugessen J., order dated 20/4/98, 4 pp.)

INQUIRIES

Application for judicial review to quash findings made against applicant, commanding officer of Canadian Airborne Regiment from June to October 1992, by Commission of Inquiry into Deployment of Canadian Forces to Somalia—Order in Council under which Commission established had envisaged investigation into events having occurred pre-deployment, in-theatre, and post-deployment—Commission had completed first stage, and was part way through second stage when inquiry terminated—Applicant challenging Commission's decisions concerning him on following grounds: (1) as Commission not able to complete in-theatre stage of inquiry, it could not evaluate whether significant causal link existed between applicant's pre-deployment responsibilities and events in Somalia; (2) applicant not given reasonable notice of allegations of misconduct and opportunity to respond thereto before findings made against him; (3) perverse and capricious findings of fact made by Commission, without regard to evidence before it—Applicant trained troops for peacekeeping mission in northeastern part of Somalia—Nature of mission changed before Airborne left for Somalia: new mission peace enforcement (potentially requiring and allowing for greater use of force than peacekeeping mission), with deployment at Belet Huen, more troubled part of Somalia—New mission referred to in Commission report as uncertain mission, in different part of Somalia, under new command and arrangements and with changed force structure and different rules of engagement—Application allowed—Given Commission's mandate, allegations of misconduct relating to training and leadership of Airborne prior to deployment to Somalia autonomous area of inquiry with respect to which Commission could make misconduct findings—Allegations made against applicant not same type as those struck out in *Addy v.*

INQUIRIES—Continued

Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into Deployment of Canadian Forces in Somalia), [1997] 3 F.C. 784 (T.D.)—Applicant should have been given Inquiries Act, s. 13 notice with respect to blanket statement of condemnation found in Commission report, vol. 1 stating any of senior officers who testified before Commission exhibited pattern of evasion and deception, betrayed public trust, and if they remain in military, they should have their status reviewed and blanket statement characterizing individuals subsequently named in volume as individuals who blamed others for their actions, who failed to question appropriateness of commands received, and who failed in their duty to advise against improper actions—Those statements attribute behaviour both morally and legally wrong to specifically identified individuals—Type of finding for which s. 13 notice should have been given—Unfortunate that these broad statements found their way into Report—They can operate to tarnish reputations of innocent persons and do great damage to individuals who do not deserve such disapprobation—At very least, applicant entitled to declaration by Court that neither record before Commission, nor that filed for purposes of this judicial review application, supports finding that his conduct such as to bring him within scope of either of those general statements—Report did not find any misconduct by applicant because of discipline problems in Regiment—Main finding in Report, ch. 35 to effect applicant failed to meet important responsibilities with respect to training because failed to inculcate in commandos, through design of appropriate training plan and through adequate direct supervision, attitude suitable to peacekeeping mission—Finding that also failed to adequately instruct OCs on aim, scope and objectives of training—Commission therefore concluded not only that applicant had failed to adequately organize, direct and supervise training preparations, but also failed in duty as Commander as defined by analogy to Queen's Regulations and Orders at 4.20 and in military custom—Applicant had insufficient notice—Fact applicant had full status before Commission, access to all material filed, and right to cross-examine witnesses, not necessarily lessening duty to give specific notice of elements causing Commissioners to think his conduct may deserve label misconduct—Volume of material, length of proceedings increase rather than decrease necessity for sufficiently detailed notice—Criteria for reasonable notice: whether reasonable person would consider received enough information to know what aspects of conduct might be considered misconduct—Applicant could not be expected to refute every negative comment made about him, guessing which of these might be troubling Commissioners—Applicant did not receive reasonable notice of many of matters Commission eventually cited as grounds for its findings of misconduct against him—Report decision within Federal Court Act, s. 18.1(4)(d); fact outcome for individual either dismissal of charge or finding of misconduct making it quasi-judicial decision-making—In addition, finding of misconduct against named individual can have grave consequences for his

INQUIRIES—Concluded

reputation and career—Applicable test: whether finding patently unreasonable—Commission's finding of misconduct against applicant on ground failed to organize, direct and supervise training preparations from September 5 to September 21, 1992 deeply flawed: many primary findings of fact simply do not accord with evidence—Many conclusions with respect to training simply not supported by evidence—Therefore, decision patently unreasonable—Conclusion applicant failed in duty defined in QR & O, s. 4.20 and military custom also patently unreasonable as based on same facts—Appropriate remedy declaration of invalidity of Commission's findings of individual misconduct against applicant set out in Report, c. 35—Entitled to declaration record not supporting conclusion that two general statements of condemnation found in Report not applicable to him.

MORNEAULT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-1645-97, Reed J., order dated 27/4/98, 54 pp.)

LABOUR RELATIONS

Appeal from trial judgment upholding adjudicator's decision respondent's dismissal unjust—Canada Labour Code, s. 242(3.1)(a) prohibiting consideration of complaint by adjudicator where person laid off because of lack of work or discontinuance of function—Decision to terminate respondent allegedly resulting from reorganization of personnel when industry facing severe economic downturn resulting in lack of work—Adjudicator finding work functions done by complainant, apart from authoring, continued by other employees of appellant—Appeal allowed—*Flieger v. New Brunswick*, [1993] 2 S.C.R. 651 holding "discontinuance of function" will occur when that set of activities forming office no longer carried out as result of decision of employer acting in good faith—Bundle of work functions formerly performed by respondent decentralized or performed outside of operations by aircraft manufacturer—No evidence decision to terminate respondent's employment not "good faith" decision required by *Flieger*—Adjudicator not making specific finding appellant acted in bad faith—Erred in interpretation of s. 242(3.1) and application thereof to factual record before him—Adjudicator lacking jurisdiction to make award—Motions Judge correspondingly erred in law in upholding award—Appeal allowed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 242(3.1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16).

CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD. V. HUSAIN
(A-193-95, Stone J.A., judgment dated 5/5/98, 4 pp.)

MARITIME LAW**PRACTICE**

Motion by plaintiffs, master, officers, crew of *M.V. Sheduva* to review taxing officer's taxation under RR.

MARITIME LAW—Continued

3(1)(c), 346(2), 1007(8)—Plaintiffs complaining High Sheriff of Newfoundland, marshal, did not perform duties of office of marshal, not entitled to full amount of marshal's costs as taxed—Seeking extension of time for instituting review of taxing officer's taxation of marshal's account—Marshal requesting application be dismissed as instituted out of time—Captain Logunov of *M.V. Sheduva* stating criminal acts of aggression by director of owner, persons named in affidavit have caused crew to fear for own safety, safety of families from whom separated over time span of many months—None of directors' crimes nor embassy's interference could be attributed to marshal—14 days usual delay within which interlocutory motions can be brought under Court's current rules—Plaintiffs entitled to justice under law—Have themselves carried out some of substantive law, rendered it effective by thwarting owners' nefarious schemes—Request for extension of time limitation granted—Federal Court Act, s. 13 making provincial sheriffs *ex officio* marshals of Court—No indication High Sheriff of Newfoundland not validly appointed marshal, operating as such with tacit approval of legislature of Newfoundland—R. 1007(8) providing no time limit for making motion to review taxing officer's taxation—Marshal not so diligent in performing duties as he could, should have been—Plaintiffs took necessary principal role in completing appraisal, sale of *Sheduva* to avoid loss of first priority claim for wages—Marshal performed minimum of marshal's role herein—Adequately paid for services if account for \$7,089.50 reduced to, paid at \$2,089.50—Effect to leave more for plaintiffs' claim—Plaintiffs entitled to party and party costs of motion to review taxing officer's taxation—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 3(1)(c), 346(2), 1007(8)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 13.

LOGUNOV V. SHEDUVA (THE) (T-2514-96, Muldoon J., order dated 24/4/98, 13 pp.)

Motion to strike action on ground not within Court's jurisdiction, or for summary judgment on ground pleadings not raising genuine issue for trial—Defendant NFL Holdings Ltd. (NFL) registered owner of ship *Prince Nova*—C. Mitchell McLean President, C.E.O. of NFL—In 1997 NFL deciding to sell ship—Plaintiffs alleging notwithstanding intentions of parties vessel to be sold to plaintiffs for asking price and subsequently resold to third party buyer, NFL signing firm, irrevocable option to sell directly with third party buyer in October 1997—Alleging wrongful interference with economic relations between plaintiffs and third party buyer; wrongful inducement of third party buyer, NFL Holdings to breach agreements with plaintiffs; loss of anticipated profits from sale of ship—Defendants alleging, other than 30-day option entered into with plaintiffs in May 1997, option agreement with third party buyer, not at any time restricting right to sell ship to purchaser of its choice—Nature of agreement, terms in dispute—Cannot be resolved on basis of pleadings, contradictory affidavits upon which

MARITIME LAW—Concluded

no cross-examination—Although not expressly pleading contract, breach, sufficient plaintiffs pleading agreement, NFL's actions causing loss of anticipated profits—Claim for damages arising out of breach of agreement of sale for ship within Court's maritime jurisdiction pursuant to Federal Court Act, s. 22(2)—In considering preliminary issue questioning jurisdiction of Court, Court assuming allegations concerning claim can be proven at trial, unless clear from evidence presented on preliminary motion no basis to claim—That standard not met here—Alleged agreement clearly disputed—Issue awaiting determination by trial judge—Claim of interest in proceeds of sale of ship within Court's jurisdiction under s. 22(2)(a)—Court to determine at trial what agreement existed; that determination leading to decision whether cause of action within Court's maritime jurisdiction—Claim against defendant C. Mitchell McLean not within Court's jurisdiction, since claim in tort against private citizen—If claim against NFL found at trial to be agreement for purchase of ship, contravened by NFL's grant of option to purchase exercised by third party purchaser, then within Court's jurisdiction in relation to maritime law—Fundamental principle summary judgment will not issue unless case so without merit not deserving consideration by trier of fact at future trial—Summary judgment will not be granted neither where genuine issue for trial nor if significant issues of difference where credibility or witnesses may be important to determining facts—Genuine issues for trial, particularly nature of agreement between parties in relation to sale of ship—Summary judgment not warranted—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 22 (as am. by S.C. 1996, c. 31, s. 82).

AMIRAULT V. PRINCE NOVA (THE) (T-521-98, MacKay J., order dated 1/5/98, 15 pp.)

PATENTS

Application for judicial review of Minister of Health's decision to issue notice of compliance (NOC) to Apotex Inc. for drug Apo-lovastatin—Four different microbes for manufacture of lovastatin identified in various documents: terreus microbe to which Merck's patent applied, and in respect of which its NOC's had been issued; flavipes microbe named in NDS filed by Apotex for manufacture of Apo-lovastatin in 1993, and in its re-filed NDS, accepted for review in 1995; obscurus microbe named in 1995 NDS; fuckelii microbe named in detailed statement of fact and law pursuant to Cullen J.'s order of December 1993 in prohibition proceeding to prevent Minister from issuing NOC to Apotex in respect of its NDS for Apo-lovastatin—Issues (1) whether Apotex failed to comply with Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5; (2) whether Apotex made material misrepresentations to Minister in submissions in request for NOC for Apo-lovastatin; (3) whether Minister exceeded or fettered jurisdiction, or exercised powers for improper purpose, in granting NOC—

PATENTS—Continued

Application dismissed—(1) *Eli Lilly and Co. v. Nu-Pharm Inc.* (1996), 69 C.P.R. (3d) 1 (F.C.A.) standing for proposition so long as its requirements (allegation must be attached to new drug submission (NDS), must be completed by detailed statement, and must be served on first person; in addition, proof of service must be provided to Minister) met, s. 5 not mandating particular sequence of compliance—Any sequence that can be inferred from wording of s. 5 to be interpreted as directory, rather than mandatory—At relevant time, Minister had NDS for Apo-lovastatin on file that satisfied all requirements under Food and Drugs Regulations—Does not matter whether NDS "new" or "re-filed", or same filed with Minister in 1993—NDS review process separate and distinct from prohibition proceedings provided for under NOC Regulations, s. 6—NOA, not NDS, underpinning prohibition proceedings—NDS not forming part of record in prohibition proceedings under s. 6, and not playing substantive role in determining outcome of such proceedings—Similarly, content of NDS, at any given point in time, however amended, not material to substantive effect of allegation, and any ongoing prohibition proceedings—NDS approval process and prohibition proceedings in relation to allegation separate and distinct—While allegation must be attached to NDS, validity of allegation with respect to claim for medicine itself or claim for use of medicine only needs to be linked to proposed method of manufacture of medicine specified in NDS prior to issuance of NOC—Opportunity to challenge allegation not diminished by fact notice of allegation given first, as containing sufficient information for first person to determine whether to seek prohibition order and for court to proceed to determine whether one should be granted—Conversely, interpretation requiring NOA to be served contemporaneously with, or later than, NDS would artificially extend 30-month legislative stay, whenever NDS delayed, or must be re-filed—Interpretation affording first person opportunity to needlessly extend time before which competitor can enter market, rather than simple opportunity to seek summary determination on merits of particular allegation, should be rejected as fundamentally incompatible with objectives of Act and NOC Regulations—Irrelevant, with respect to issue herein, that detailed statement prepared by Apotex in 1993 found to be insufficient by Cullen J. in December 1993, and that his decision not appealed—Notice of allegation and detailed statement had been provided to applicants, albeit more than three years earlier than date on which NDS updated, and proof of service filed with Minister—Apotex complied with order for better detailed statement in early 1994—Requirement of providing proof of service of NOA to Minister designed to ensure Minister will only grant NOC once first person had opportunity to challenge allegation under s. 6—Whether Minister receives such proof of service in advance of, contemporaneous with, or after any given NDS filed or amended can in no way affect his ability to confirm whether NOC should issue, based upon restrictions imposed under s. 7—Therefore clear Apotex has complied with s.

PATENTS—Concluded

5—All requirements of s. 5 met, albeit in different sequence than submitted by Merck Frosst—(2) No serious misrepresentations made to Minister—Evidence concerning pre-clinical studies in 1991 and 1992 indicating conducted in context of Apotex obtaining compulsory licence where identity of microbe or process by which lovastatin manufactured not significant—Regardless of whether Apotex actually knew microbe infringing at time of filing of 1993 NDS, in light of findings concerning interpretation of NOC Regulations, s. 5 above, there can be no misrepresentation before Minister regarding identity of microbe as Minister, at this stage, not concerned with allegation of non-infringement—Pursuant to s. 7, point in time at which Minister must be satisfied that requirements of s. 5 met: prior to granting NOC—Also, Apotex's NDS made in respect of Apo-lovastatin tablets, not process by which lovastatin made—Only when Minister ready to issue NOC for Apo-lovastatin, manufactured using specific microbe, that link had to exist between allegation in respect of specific microbe, and proposed manufacturing process referred to in NDS—(3) Minister did not act improperly in granting NOC—Minister not under any duty to inform Merck of deemed withdrawal of 1993 NDS or to otherwise become involved in prohibition proceeding—Duty restricted to ensuring requirements of regulations met prior to issuance of NOC—Minister not under any obligation to ensure that second person's NDS linked, at all times, to NOA and detailed statement, or to inform first person of any differences that may exist between them—Neither Minister nor representatives under any duty to inform Court of withdrawal of NDS—Minister's role with respect to information provided by Apotex to protect public interest with respect to safety and effectiveness of drugs, not to preserve proprietary rights of either Apotex or Merck Frosst—Insufficient evidence that Minister's past consulting practice and procedures give rise to legitimate expectation that would require consultation prior to Minister making change to 1994 Notifiable Change Policy—Merck Frosst had no legitimate expectation as has not demonstrated it had been directly affected by policy change—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5, 6, 7.

MERCK & CO., INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-1273-97, Wetston J., order dated 31/3/98, 35 pp.)

PENITENTIARIES

Application for judicial review of decision of Regional Transfer Board approving involuntary transfer of applicant from medium security Saskatchewan Penitentiary to maximum security Edmonton institution—Applicant found by Regional Transfer Board to have been involved in intended escape—Applicant grieved decision, also sought judicial review—Legislative scheme for grievances with respect to prison inmates found in Corrections and Conditional Release

PENITENTIARIES—Concluded

Act, Regulations—On its face, legislative scheme providing for grievances adequate alternative remedy to judicial review—Grievances to be handled expeditiously, time limits provided in Commissioner's Directives—In *Hutton v. Canada (Chief of Defence Staff)*, [1998] 1 F.C. 219 (T.D.), complaint filed with Canadian Human Rights Commission required internal armed forces grievance procedure to be suspended by reason of provision similar to Regulations, s. 81(1)—Complaint to Human Rights Commission rendered internal grievance procedure inadequate alternative remedy to judicial review as internal grievance procedure temporarily precluded by filing of Human Rights complaint while judicial review was not—*Hutton* exceptional case—Applicant should not be able to manipulate requirement to exhaust adequate alternative remedies before seeking judicial review—In present case, filing of judicial review itself precluding grievance from proceeding by reason of s. 81(1)—However, judicial review within Court's control, as contrasted with Canadian Human Rights proceeding in *Hutton* over which Court had no control—Court to decide whether grievance process constituted adequate alternative remedy—Judicial review discretionary remedy—Court not precluded from determining adequate alternative remedy exists simply because applicant has filed judicial review application—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 81.

GIESBRECHT V. CANADA (T-377-98, Rothstein J., order dated 8/5/98, 7 pp.)

PRACTICE

Motion for extension of time to file reply—(1) Improper to file reply as exhibit to affidavit when reply cannot be filed without leave—(2) Agent lawyer purporting to sign reply seeking to file *per* solicitors of record—*Per* latin for "by"—Thus ink signature of agent purporting to be signed by typed name of solicitor of record—Should have been (a) ink signature "pro" (for) typed name; or (b) typed name "per" (by) ink signature—Where agent with limited authority signing with or without revealing principal, may sign ink signature *per. proc.* (or p.p.) followed in some cases by name of person for whom agent signing—*Per. proc.* usage operates as notice of limited authority of agent and not suitable for filings in registry—Time for filing extended.

MIKHAIL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1007-98, Giles A.S.P., order dated 8/6/98, 2 pp.)

AFFIDAVITS

Motion to compel answers to questions objected to during cross-examinations—Cross-examination differing from

PRACTICE—Continued

examination for discovery in that person examined witness, not party; answers evidence not admissions; absence of knowledge acceptable answer; production of documents only required if witness having custody, control of document; rules of evidence more limited—Most objections based on relevance—Formal relevance determined by reference to issues of fact as defined in pleadings in action or by affidavits in judicial review application—Thus cross-examination of deponents of affidavit limited to facts sworn to by deponent, deponent of any other affidavits filed in proceeding—Even when fact sworn to, not having legal relevance unless existence or non-existence can assist in determining whether remedy sought can be granted—As judicial review applications should be heard expeditiously, in summary way, parties should not be allowed to waste time, effort in interminable questioning on matters having no conceivable impact on outcome—Law clear Merck, as patentee, holder of notice of compliance (NOC) for medicine not having any right to raise non-compliance by Minister with Food and Drug Act or Regulations in respect of issuance or NOC to another drug manufacturer—Neither lack of standing nor justiciability, but fact not their concern preventing Merck from raising such matters—Minister charged with protection of public health, safety—No private interest of applicants arising from alleged failure to perform duties with respect to other persons—Patented Medicine (Notice of Compliance) Regulations giving Merck right by implication to enforce compliance by both Apotex, Minister with those Regulations, and to object to issuance of NOC on ground of non-compliance therewith—Purpose to provide additional patent protection to patentee—Having nothing to do with public health, safety—Merck having right to raise non-compliance with Patented Medicine (Notice of Compliance) Regulations as result of non-concordance or lack of sequence in timing between Apotex' new drug submissions and notice of allegation made pursuant to Regulations—Questions going to establish factual foundation for argument having legal relevance—(1) Questions relating to parts of Apotex' 1993, 1995 new drug submissions for Apo-lovastatin permitting identification of micro-organism(s) intended to be used in production process allowed—(2) Questions relating to withdrawal of any new drug submission by Apotex respecting lovastatin allowed—(3) Questions relating to "notifiable change" regarding Apo-lovastatin—Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870—Patented Medicine (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

MERCK FROSST CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-1273-97, Hugessen J., order dated 10/10/97, 15 pp.)

Action involving claim for tax, penalties, interest assessed on improper basis, paid in error—Federal Crown did correct thing through refund authorized by Order in Council, ought not be party herein—Provincial Crown unjustly enriched by

PRACTICE—Continued

reason of plaintiff's payments, has refused to make refund—In triumph of law over justice, plaintiff having no claim at law, no remedy against provincial Crown—Action struck out—Provincial Crown denying fairness, justice by refusing to review plaintiff's case—Plaintiff could not succeed against federal Crown as having no reasonable cause of action—As preliminary matter, counsel for province of British Columbia sought to speak to own affidavit—Practice to be discouraged and, except in special circumstance, to be barred as totally improper—Solicitor not competent to conduct litigation in which he is witness—Improper, unacceptable for solicitor to take affidavit even in interlocutory matter where he attests to matters of substance and might expose himself to being cross-examined on matters covered by solicitor and client privilege—To require counsel to comment upon evidence given by another counsel engaged as such in same action not in interests of legal profession—Situation leading to complete impropriety as Bench would be called upon to discuss with counsel weight to be attached to evidence—Counsel, in swearing affidavit on behalf of client, should be circumspect about needlessly lending good name, reputation to someone who has no sense of justice or honor, for it reflects not only on counsel but in the eyes of honest lay litigant and perhaps of public generally, and lowers esteem in which they hold legal profession—No remedy for plaintiff even though provincial Crown unjustly enriched.

GAJIC v. M.N.R. (T-673-98, Hargrave P., order dated 19/5/98, 11 pp.)

COSTS

Taxation of revised bill of costs at party and party level—On June 5, 1996, Federal Court of Appeal allowed appeal with costs in both Appeal and Trial Division, set aside judgment of Trial Division of September 17, 1993, dismissed cross appeal without costs, as between parties, declared certain claims of subject patent valid and enjoined respondent and others from inducing use, by Hydro-Québec or New Brunswick Electric Power Commission, of LIM apparatus as part of SLAR or any similar apparatus where such use would constitute infringement of patent—One of longest patents trials on infringement and validity ever before Court—Taxation of cost philosophy stated in *Sanmammias Compania Maritima S.A. v. The Netuno* (1995), 102 F.T.R. 181 (F.C.T.D.): under old regime, parties could not expect to recover all costs under tariff relating to party and party costs; general philosophy under new rule party and party costs should bear reasonable relationship to actual costs of litigation; however, party who has not been diligent will have to pay for consequences in determination of taxation of costs—Revised bill of costs presented at \$537,635.18 representing approximately 60% of plaintiff-appellant's costs for litigation—Litigation unique for not

PRACTICE—Continued

having severed issues of damages under R. 480: ultimately this further complicated trial—Complexity evidenced by fact judgment rendered 15 months after trial, and Court of Appeal took about 6 weeks to deliberate—FCA's reasons in review of Trial Judge's rationale indicating litigation more complex throughout than reflected in November 1994 taxation of defendant's bill of costs further to trial judgment, and Court should now adjust accordingly—Test for value assigned should be neutral; not relative to difficulty or effort by individual solicitor, but rather what were challenges and consequences of subject litigation: *Carlile v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)* (1997), 97 DTC 5284 (F.C.A.)—Whereas plaintiff sought tens of millions of dollars in damages, none awarded—Solicitor-client costs herein will approximate actual costs of litigation—Party and party costs allowed under new rule will bear reasonable relationship to actual costs—Federal Court of Appeal settled issues apparently without undue or novel difficulties—Plaintiff asserting defendant caused unnecessary costs by contesting motions even if they did not proceed, and so seeks fees for contested motions which did not proceed—Situation covered by Tariff B, Part II, item 4, concerning uncontested motions, not item 5 concerning contested situations—R. 344(6) applicable—Tariff B addressing all taxable events in litigation but not necessarily all events, i.e. settlement discussions—No basis to argument permissible if amount taxed for given individual event exceeded actual amount for event paid by client to lawyer, as total dollars on taxation allowed for all taxable events would be less than actual dollars paid by client to his lawyers for all of those taxable events—Note: as process of taxation rough and ready justice, some latitude appropriate and supplementation of evidence allowed in argument for taxation—Where litigant pressures opponent for something, meets resistance or apathy, prepares and files motion, prepares for anticipated contested hearing, secures capitulation after incurring significant costs and appears in Court to get consent order to ensure compliance, Tariff B not expressly including this as taxable event, but R. 344(6)(b) possible avenue of relief—Although appellant had to resurrect his case partly through demonstrating Trial Judge failed to appreciate respondent's experts not at odds with appellant's experts on relevant points, as confirmed by Court of Appeal, latter did not appear to have much difficulty in resolving issues, and preparation of memorandum of fact and law not warranting maximum—Disbursements—Given importance of expert witness to plaintiff's case, and given success on appeal relative to resurrection of plaintiff's technical evidence, \$31,297 bill justified—Plaintiff claimed \$51,334 for expert evidence given by chartered accountant on issues of profits realized by, or damages caused by, defendant as result of infringement justified (\$21,000,000 in revenue received by defendant relative to technology; potential savings of \$185,000,000 for Hydro-Québec and New Brunswick Electric Power Commission if they had used technology)—Also argued given absence of R. 480 order severing hearing

PRACTICE—Continued

of damages, considerable dollars potentially at stake, expert's experience in Court proceedings and extent of actual work required, expense, in full, prudent in circumstances then, regardless of fact Court of Appeal ultimately held did not have to address profits and damages—\$39,252 allowed—Nothing allowed for preparation of expert not called as expert witness as plaintiff decided to call other expert with more expertise—Nothing allowed for third parties performing work (organization of documents, copies of legal authorities, historically addressed within ordinary partial indemnification of professional fees associated with solicitor having conduct of litigation—Appellant's miscellaneous costs characterized as akin to "shoebox" accounting approach for variety of things over course of litigation—Including meals to entertain potential investors to finance litigation and conversion of part of residence to office dedicated to litigation—Only minimal amounts allowed—1,600 receipts, taken cumulatively, stretched credibility, and coloured almost all of others having no detail whatsoever as to participants, purpose, relevance—Technology and streamlining significant today: practice of law and phenomenon of litigation have reacted in measured stages; as example, use of computer-assisted research of jurisprudence outlined in *Recovery of Legal Research Expenses in Taxations and Assessments of Costs*, Advocate, vol. 55, Part 1, January 1997, p. 79—Appellant appeared to assert discount, during life of litigation, and to be borne by Ontario Hydro, on the outfitting and operation of his personal residence until challenged on cross-examination—As for financing, and judging by number of meals and toll calls throughout, several participants but not one name of any investor, potential or actual, nor accounts of funds raised disclosed on record—No dollars taxable therefor—Granting of interest on taxed costs not function of taxing officer, matter for presiding judge—Appellant presented \$537,635.18, and several thousand dollars subsequently, for taxation—Revised bill of costs of appellant taxed and allowed at \$22,813—Revised bill of costs for plaintiff taxed and allowed at \$221,980—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344(6) (as am. by SOR/87-221, s. 2), Tariff B (as am. *idem*, s. 8).

DABLEH V. ONTARIO HYDRO (A-539-93, Stinson T.O., taxation dated 31/3/98, 89 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS

Application for order dismissing plaintiffs' action—Wetston J. dealing with earlier motion of defendants, striking out entire statement of claim, without leave to amend—Decision under appeal by plaintiffs—Wetston J.'s order not dismissing plaintiffs' action—Defendants urging that where no reason to suppose plaintiffs could save cause of action by amendment of statement of claim, action should

PRACTICE—Continued

be dismissed—Where Court strikes out statement of claim and there is no reason to believe cause of action might be saved by amendment of statement, Court may appropriately dismiss action—Order dismissing action should include specific provision injunction order be dissolved—Where plaintiffs' statement of claim struck out, without leave to amend, no underlying action to support continuance of interlocutory injunction—Application allowed.

COCA-COLA LTD. V. PARDHAN (T-2685-95, MacKay J., order dated 28/5/98, 8 pp.)

PLEADINGS*Amendments*

In appeal with respect to conditions of release imposed by order of Trial Division Judge under Immigration Act, s. 40.1(8), appellant filed motion for order to vary record on appeal—Appellant seeking to add two kinds of materials: evidence that was before Motions Judge when made determination under Act, s. 40.1(4)(d) that Ministers' certificate in respect of appellant reasonable; new evidence on impact of order—By Act, s. 40.1(6) there can be no appeal from "reasonableness" determination by judge—Moreover, certain evidence before Motions Judge in proceedings taken *in camera* and in absence of appellant and could not be made subject of debate before this Court—Appeal relates only to release order and conditions thereof—Record revealing appellant agreed to substance of terms, reserving only constitutional issues possibly to be raised in further litigation—Particular terms in release order within discretionary power of Motions Judge and reviewable by Court only in respect of serious error of principle or complete misapprehension of facts—Motion dismissed—With respect to first category of evidence, appellant has failed to specify relevance of any particular item of evidence to any particular issue Court would have to determine concerning terms of release order—Court would also exercise discretion against addition of such evidence at this stage—If appellant thought other public evidence needed, this should have been specified in letter "confirming" content of record—Also, given narrow scope of appeal, non-appealability of "reasonableness" issue, and confidentiality of some of evidence before Motions Judge, circumstances militate against extensive foray into 50 days of evidence before him on "reasonableness" issue—With respect to second category of evidence, new evidence and not demonstrated it comes within criteria for admission of new evidence on appeal—In fact involving events posterior to issue of release order—But issue before Court on appeal from order whether, on basis of relevant material before Motions Judge at time made, he made any reviewable error—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s.

PRACTICE—Concluded

40.1(4) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4), (6) (as enacted *idem*), (8) (as enacted *idem*).

SURESH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-265-98, Strayer J.A., judgment dated 22/5/98, 4 pp.)

PUBLIC SERVICE

Application for judicial review of adjudicator, member of PSSRB, decision accepting jurisdiction to hear grievance referred to adjudication by respondent under PSSRA, s. 92—Application based on ground adjudicator erred in law in determining respondent Marinos employee for purpose of PSSRA, and adjudicator exceeded jurisdiction by ordering reference to adjudication resume and be heard on merits—Individual respondent employed as correctional officer at Cowansville, Quebec—Appointed for three consecutive 90-day periods pursuant to PSEA, s. 21.2—Each offer of employment included term appointment not subject to provisions of PSEA (not qualified for internal competitions and not entitled to file grievance during period of employment)—As respondent worked average of 18 days per month during continuous period of more than six months, adjudicator found respondent not casual employee—Services required on regular basis—Respondent's employment terminated for disciplinary reasons—Termination grieved—Issues standard of review to be applied to review of adjudicator's determination and whether adjudicator erred in concluding respondent employee—Application dismissed—Adjudicator asked herself proper question: whether respondent person employed on casual basis—No legal significance attached to statement in offer of employment she would not be entitled to file grievance—Grievances, as opposed to appeals, dealt with under PSSRA—Respondent certainly person employed in Public Service—Whether she was "person employed on casual or temporary basis" question within jurisdiction of adjudicator—Criteria developed and applied by labour relations boards to assess whether persons casual well established—Essential basis of employer's argument respondent casual as appointed pursuant to PSEA, s. 21.2—Nothing in scheme of Public Service employment legislation which would lead to conclusion that, having been appointed pursuant to PSEA, s. 21.2, person automatically excluded under PSSRA—If Parliament had intended that employees would be excluded automatically when appointed under PSEA, s. 21.2, it could have easily done so by identifying same limitation in PSSRA or by incorporating PSEA, s. 21.2—Main purpose of s. 21.2 to place specific limitations on duration of such appointments and to exclude s. 21.2 appointments from full scope of PSEA protections as specified in s. 21.2(3)—PSSRA approach different—Not so much concerned with

PUBLIC SERVICE—Continued

legal basis of employment but, rather, with type of employee who may be subject to collective bargaining in Federal Public Service—While s. 21.2 provides specific time limitations on casual employment, it does not address substantive nature of being employed on casual basis within meaning of PSSRA—Adjudicator had jurisdiction to determine question before her—Decision not patently unreasonable—Decision open to adjudicator to make, in circumstances, and reasonable—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 92 (as am. by S.C. 1992, c. 43, s. 68)—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21.2 (as enacted by S.C. 1992, c. 54, s. 16).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MARINOS (T-1117-97, Richard J., order dated 9/4/98, 12 pp.)

SELECTION PROCESS*Competitions*

Parties have agreed Appeal Board of Public Service Board (AB) decision should be set aside—Additional relief sought: (1) Application for order applicant's employer did not accommodate disability; (2) respondent asking Court to order Appeal Board of Public Service Board to determine whether applicant, as disabled candidate, has affirmative duty to play proactive role in accommodation of disabilities in order to demonstrate qualifications when participating in competitions—Applicant, visually impaired, participated in closed competition in early 1996 to fill position of Marine Emergency Preparedness Officer with Transport Canada—Obtained 49.5% on written exam—Screened out of competition as pass mark set out at 70%—At issue before Appeal Board whether applicant received proper training on scanner prior to written exam and was offered help with scanning

PUBLIC SERVICE—Concluded

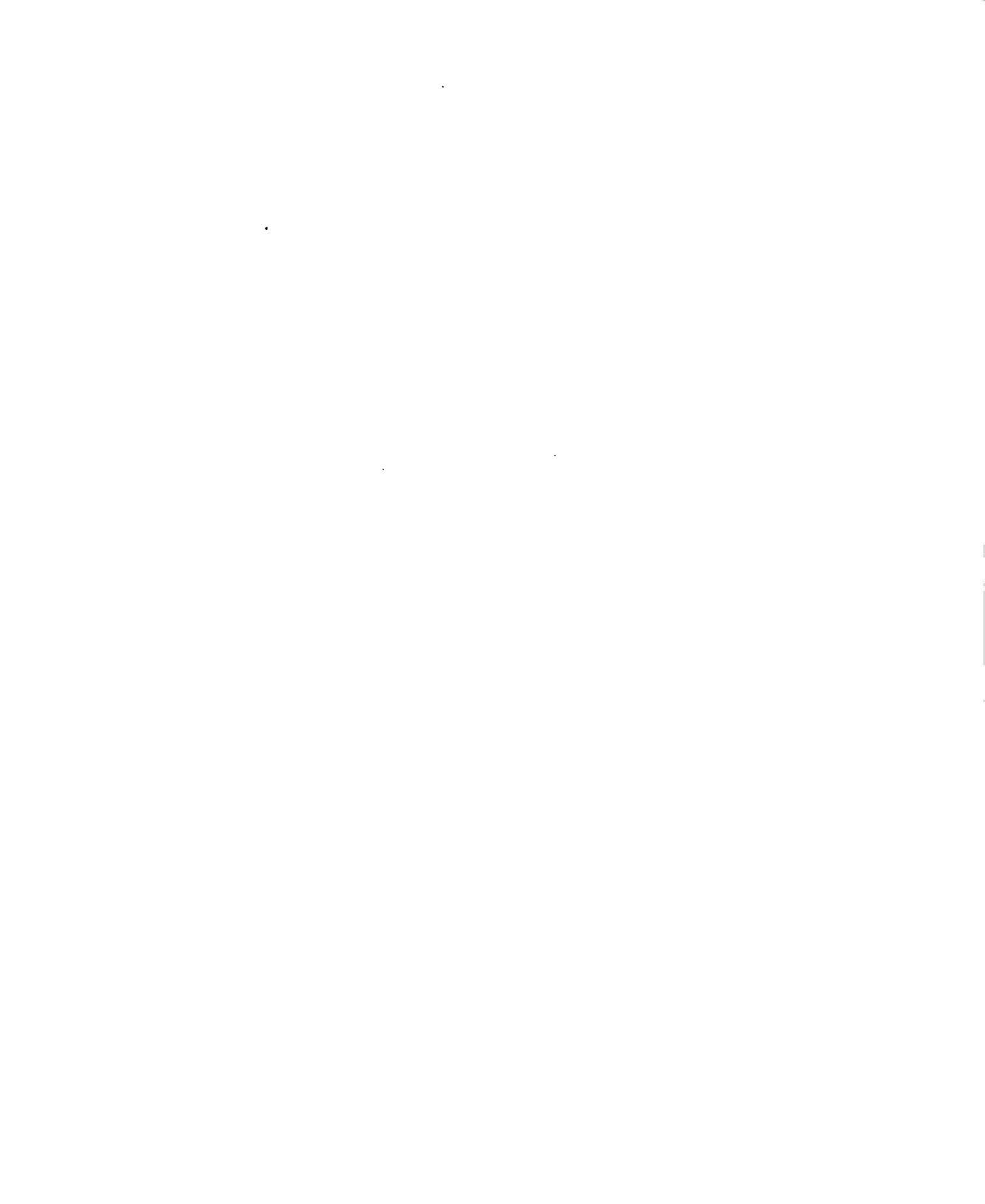
prior to March 29, 1996—Employer, not employee, responsible for accommodation of employee's disability—Accommodation requiring employer to take reasonable steps, short of undue hardship—In determining reasonableness of accommodation, focus on conduct of employer—Adducing evidence to demonstrate other methods of accommodating employee available aids employer in demonstrating reasonableness of measures—Court not ordering Appeal Board to make determination on issue, as incorrectly seeks to examine conduct of employee, rather than reasonableness of measures undertaken by employer—Principal application allowed; additional relief denied.

SCHUT v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1096-97, Cullen J., order dated 8/6/98, 6 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of decision of Deputy Judge of Tax Court of Canada dismissing appeal by applicant under Unemployment Insurance Act, s. 70(2)—Tax Court required to give reasons for decision on appeal under s. 70(2)—Reasons in instant case not identifying particular evidence leading to Judge's finding and not saying why Judge dismissed applicant's appeal—Applicant disputing some facts alleged by Minister, facts crucial and necessary to Minister's decision, and applicant's challenge giving rise to different interpretations of oral and documentary evidence—However, Tax Court of Canada's decision silent on evidence central to case—Duty imposed on Judge by Parliament to give reasons for decision not discharged—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 70(2) (repealed by S.C. 1996, c. 23, s. 155).

GAGNON v. M.N.R. (A-625-97, Létourneau J.A., judgment dated 29/4/98, 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

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un juge suppléant de la Cour canadienne de l'impôt ayant rejeté l'appel intenté par la requérante en vertu de l'art. 70(2) de la Loi sur l'assurance-chômage—Lorsqu'il y a appel en vertu de cette disposition, la CCI est tenue de motiver sa décision—Il est impossible dans le cas présent de connaître les éléments de preuve qui ont amené le juge à conclure comme il l'a fait et de savoir pourquoi il a rejeté l'appel de la requérante—Certains des faits allégués par le ministre, qui étaient cruciaux et nécessaires à sa décision, étaient contestés par la requérante et cette contestation a donné lieu à des interprétations divergentes de la preuve testimoniale et de la preuve documentaire—Or la décision de la CCI de l'impôt est muette sur ces éléments qui sont au cœur du litige—L'obligation imposée au juge par le législateur de motiver sa décision n'a pas été satisfaite—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 70(2) (abrogé par L.C. 1996, ch. 23, art. 155).

GAGNON C. M.R.N. (A-625-97, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 29-4-98, 3 p.)

BREVETS

Demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à Apotex Inc. pour l'Apo-lovastatine—Quatre microbes différents servant à la fabrication de la lovastatine sont mentionnés dans divers documents: le terreus, visé par le brevet de Merck, pour lequel un AC avait été délivré, le flavipes, déclaré dans la PDN déposée par Apotex en 1993, puis redéposée et acceptée pour examen au début de 1995, visant la fabrication de l'Apo-lovastatine, l'obscurus, mentionné dans la PDN de 1995, et le fuckelii, mentionné dans l'énoncé détaillé des faits et du droit produit par suite de l'ordonnance de décembre 1993 du juge Cullen à l'égard de la requête visant à interdire au ministre de délivrer un AC à Apotex relativement à l'Apo-lovastatine—Il s'agit de

BREVETS—Suite

déterminer 1) si Apotex a contrevenu à l'art. 5 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), 2) si Apotex a fait des déclarations inexactes sur des renseignements importants soumis au ministre relativement à sa demande d'AC visant l'Apo-lovastatine, 3) si le ministre a outrepassé ou refusé d'exercer sa compétence, ou a exercé ses pouvoirs à mauvais escient en délivrant l'AC—Demande rejetée—1) L'arrêt *Eli Lilly and Co. c. Nu-Pharm Inc.* (1996), 69 C.P.R. (3d) 1 (C.A.F.) établit que l'art. 5 n'impose aucun ordre particulier et qu'il suffit que les exigences prévues soient remplies (la PDN doit être accompagnée d'une allégation, laquelle doit être complétée par un énoncé détaillé et signifiée à la première personne, et la preuve de la signification doit être fournie au ministre)—Il faut considérer comme indicatif et non impératif tout ordre dont l'existence pourrait être inférée par interprétation—Le ministre disposait, à la date prévue, d'une PDN visant l'Apo-lovastatine qui satisfaisait à toutes les exigences imposées par le Règlement sur les aliments et drogues—Que la PDN ait été «nouvelle», «redéposée» ou identique à celle qui avait été remise au ministre en 1993 est sans importance—Le processus d'examen des PDN est totalement distinct de la procédure de demande d'ordonnance d'interdiction prévue à l'art. 6 du Règlement sur les AC—C'est l'avis d'allégation, et non la PDN, qui sous-tend cette dernière procédure—La PDN ne fait pas partie d'un tel dossier et ne joue aucun rôle fondamental quant à l'issue de l'instance—De la même manière, le contenu d'une PDN à une date quelconque, de quelque façon qu'il ait pu être modifié, est sans rapport avec l'effet essentiel d'une allégation et de toute demande d'ordonnance d'interdiction en cours—Le processus d'approbation des PDN et l'instance visant à obtenir une ordonnance d'interdiction en rapport à une allégation sont tout à fait distincts—L'allégation doit être jointe à la PDN, mais sa validité relativement à la revendication concernant le médicament lui-même ou concernant l'utilisation de celui-ci n'a besoin d'être liée qu'à la méthode de fabrication proposée pour le médicament décrit dans la PDN avant la délivrance de l'AC—Le fait de

BREVETS—Suite

donner d'abord l'avis d'allégation ne met pas en péril la possibilité de contester une allégation, car l'avis fournit assez de renseignements pour que la première personne puisse décider s'il y a lieu de demander une ordonnance d'interdiction et pour que le tribunal saisi puisse déterminer s'il convient de l'accorder—Réciproquement, une interprétation qui exigerait que l'avis d'allégation soit signifié en même temps que la PDN ou postérieurement à celle-ci prolongerait artificiellement la suspension de trente mois prévue par la loi, chaque fois que la PDN est retardée ou qu'elle doit être redéposée—Il convient de rejeter une interprétation qui, au lieu de simplement offrir à la première personne la possibilité de faire déterminer sommairement le bien-fondé d'une allégation donnée, lui permettrait de repousser sans nécessité la date à laquelle un concurrent pourrait entrer sur le marché, car elle est fondamentalement incompatible avec les objets de la Loi et du Règlement sur les AC—Le fait que le juge Cullen a statué, en décembre 1993, que l'énoncé détaillé était insuffisant et qu'il n'y a pas eu appel de cette décision est sans effet sur la question en litige—Les requérants ont reçu un avis d'allégation et un énoncé détaillé, même s'ils ont été transmis plus de trois ans avant la date à laquelle la PDN a été mise à jour, et la preuve de signification a été déposée auprès du ministre—Apotex s'est conformée à l'ordonnance lui enjoignant de fournir des précisions au début de 1994—L'exigence de la preuve de signification de l'avis d'allégation au ministre vise à garantir que le ministre ne délivrera d'AC qu'après que la première personne aura eu la possibilité de contester l'allégation sous le régime de l'art. 6—Que la preuve de signification ait été reçue par le ministre en même temps que le dépôt ou la modification d'une PDN donnée, antérieurement ou postérieurement, ne peut d'aucune façon porter atteinte à son pouvoir de confirmer s'il y a lieu de délivrer un AC, en tenant compte des restrictions prévues à l'art. 7—Il appert donc clairement qu'Apotex s'est conformée à l'art. 5—Toutes les exigences prescrites par l'art. 5 ont été observées, même si elles l'ont été dans un ordre différent de celui que Merck Frosst a présenté—2) Aucune déclaration inexacte grave n'a été faite au ministre—La preuve relative aux études précliniques de 1991 et 1992 établit qu'elles ont été effectuées dans le contexte du processus d'obtention d'une licence obligatoire par Apotex, pour lequel ni l'identité du microbe ni le processus de fabrication de la lovastatine ne revêtaient d'importance—Indépendamment de la question de savoir si Apotex savait que l'utilisation du microbe contrefaisait un brevet au moment où elle a déposé sa PDN de 1993, compte tenu des conclusions relatives à l'interprétation de l'art. 5 du Règlement sur les AC, il ne pouvait y avoir de déclarations inexactes devant le ministre au sujet de l'identité du microbe parce que, à ce stade, le ministre n'examine pas l'allégation de non-contrefaçon—Aux termes de l'art. 7, c'est avant de délivrer un AC que le ministre doit être convaincu que les exigences de l'art. 5 ont été remplies—En outre, la PDN d'Apotex portait sur les comprimés d'Apo-lovastatine et non

BREVETS—Fin

sur le processus de fabrication de la lovastatine—Ce n'est qu'au moment où le ministre était prêt à délivrer un AC pour l'Apo-lovastatine fabriquée au moyen du microbe déterminé qu'un lien devait exister entre l'allégation relative à ce microbe et le processus de fabrication mentionné dans la PDN—3) Le ministre n'a pas agi de façon irrégulière en délivrant l'AC—Il n'était nullement tenu d'informer Merck du retrait présumé de la PDN de 1993 ou de jouer quelque autre rôle dans la demande d'ordonnance d'interdiction—Son obligation se limite à veiller à ce que les exigences réglementaires soient respectées avant de délivrer un AC—Il n'est aucunement tenu de s'assurer de la continuité de l'existence d'un lien entre la PDN de la seconde personne et l'avis d'allégation et l'énoncé détaillé, ni d'informer la première personne de toute différence pouvant exister entre la PDN et ces autres documents—Ni lui ni ses représentants n'avaient l'obligation d'informer la Cour du retrait de la PDN—Relativement aux renseignements fournis par Apotex, le rôle du ministre était de s'assurer, dans l'intérêt public, de la sécurité et de l'efficacité du médicament, non de protéger les droits de propriété d'Apotex ou de Merck Frosst—Il n'y a pas de preuves suffisantes que les pratiques et procédures antérieurement observées par le ministre en matière de consultation ont fait naître une expectative légitime qui l'obligerait à consulter avant de modifier la politique de 1994 concernant les changements à déclaration obligatoire—Merck Frosst n'avait pas d'expectative légitime, et elle n'a pas démontré qu'elle a été directement touchée par le changement de politique—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5, 6, 7.

MERCK & CO., INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-1273-97, juge Wetston, ordonnance en date du 31-3-98, 38 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

Appel en matière de citoyenneté—Pratique—En l'espèce, il s'agit d'une des premières auditions d'un appel en matière de citoyenneté depuis l'entrée en vigueur, le 25 avril 1998, des Règles de la Cour fédérale (1998)—Dans les nouvelles Règles, l'art. 300c) prévoit que la partie 5, qui porte sur les demandes, s'applique aux appels en matière de citoyenneté interjetés en vertu de l'art. 14(5) de la Loi sur la citoyenneté, ce qui enlève le droit d'avoir un appel sous forme de procès *de novo* dans ce cas—L'intimé soutient que l'abrogation des anciennes Règles de la Cour fédérale et le texte des Règles 501(1) et 503 des nouvelles Règles indiquent que toutes les auditions des appels en matière de citoyenneté, y compris les appels interjetés avant l'entrée en vigueur des nouvelles Règles, devraient être régies par celles-ci—En fait, les appels interjetés avant l'entrée en vigueur des nouvelles Règles seraient considérés comme des «demandes» fondées sur le dossier de la Cour de la citoyenneté, plutôt que comme un procès *de novo* prévu par les anciennes Rè-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

gles—Selon la Règle 501(1) et l'art. 44c de la Loi d'interprétation, les nouvelles Règles s'appliquent aux procédures engagées sous le régime des anciennes Règles, mais, si ces dispositions sont interprétées conformément à l'art. 43c de la Loi d'interprétation, il ne doit pas être porté atteinte aux droits acquis lorsque les anciennes Règles ont cessé d'être en vigueur—Les anciennes Règles prévoyaient un appel sous forme d'un procès *de novo* dans lequel les parties avaient le droit de produire des éléments de preuve, alors que les nouvelles règles prévoient un appel par voie de demande fondée sur le dossier de la Cour de la citoyenneté—La Règle 501(1) ne supprime pas le droit d'avoir un appel par voie de procès *de novo* sous le régime des anciennes Règles lorsque ce droit a été acquis au moment où les anciennes Règles ont cessé d'être en vigueur—L'approche de l'intimé connaît une difficulté pratique: les personnes qui ont déposé des appels en matière de citoyenneté bien avant l'entrée en vigueur des Règles de la Cour fédérale (1998) étaient en droit de s'attendre à ce qu'ils aient droit à un procès *de novo*—Elles n'ont pas respecté et, à cause des délais, dans beaucoup de cas, ne pouvaient respecter, les exigences des nouvelles Règles, savoir qu'il faut déposer des affidavits et d'autres documents requis par la partie 5 des nouvelles Règles—Les Règles 501(1) et 503 ne doivent pas être interprétées de manière à considérer un appel en matière de citoyenneté déposé avant l'entrée en vigueur des nouvelles Règles comme ayant été interjeté après l'entrée en vigueur de celles-ci—Les nouvelles Règles ne laissent pas non plus entendre qu'il doit y avoir des ordonnances automatiques prorogeant le délai imparti pour déposer des affidavits ou d'autres documents de manière à se conformer aux nouvelles Règles dans le cas des demandes qui ont été déposées avant l'entrée en vigueur des nouvelles Règles—En conséquence, l'audition des appels en matière de citoyenneté, lorsque l'appel a été déposé à la Cour avant l'entrée en vigueur des nouvelles Règles, devrait se dérouler sous forme de procès *de novo*, et la partie 5 des nouvelles Règles devrait s'appliquer aux appels en matière de citoyenneté déposés à la Cour après l'entrée en vigueur des nouvelles Règles—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 912—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, Règles 300c), 501(1), 503—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 14(5)—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 43, 44c).

CHAN (RE) (T-2842-96, juge Rothstein, ordonnance en date du 19-5-98, 5 p.)

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'appel de la CISR a annulé, pour défaut de compétence, l'appel interjeté contre une décision d'un agent des visas, qui a refusé de délivrer un visa au frère de la demanderesse en tant qu'enfant à charge des parents de cette

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

dernière, lesquels avaient été parrainés par elle—Il s'agit de savoir s'il y a eu violation des règles de l'équité procédurale, vu l'incompétence du représentant de la demanderesse à l'audition de la requête en annulation présentée à la Commission—La prétention est fondée sur la décision *Shirwa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 51 (1^{re} inst.)—La Cour doute sérieusement que la décision rendue dans l'affaire *Shirwa* s'applique de façon générale, car il s'agissait d'une affaire très exceptionnelle dans laquelle le degré d'incompétence professionnelle de l'avocat était très élevé—Demande rejetée—Il n'est pas nécessaire d'aborder la question de savoir si le degré d'incompétence du conseil qui représente le demandeur peut être si élevé que cela donne lieu à une violation de l'équité procédurale de la part de l'organisme juridictionnel pertinent—En l'espèce, la demanderesse ne pouvait s'attendre à être mieux représentée qu'elle ne l'a été par son époux—Les arguments présentés par le ministre dans le cadre de la requête en annulation étaient à peu près irréfutables, vu le libellé de la Loi et la jurisprudence de la Cour—Dans l'arrêt *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 (C.A.F.), la Cour a conclu que, même s'il y a eu violation des règles de la justice naturelle ou de l'équité procédurale, l'affaire ne sera pas nécessairement renvoyée au Tribunal pour que celui-ci procède à une nouvelle audition lorsque le résultat d'une telle audition est déjà certain, comme c'est le cas en l'espèce—Vu le résultat des arrêts *Bailon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] F.C.J. No. 386 (C.A.) (QL), et *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder*, [1992] 2 C.F. 621 (C.A.), de la Cour d'appel, la section d'appel n'avait pas la compétence en droit pour entendre l'appel de la demanderesse et la requête en annulation présentée par le ministre devait être accueillie.

SIDDIQUI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1030-97, juge Hugessen, ordonnance en date du 29-5-98, 6 p.)

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes non admissibles

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le vice-consul a rejeté la demande de résidence permanente au Canada que le requérant a présentée à titre d'immigrant indépendant exerçant la profession de comptable—Le requérant a été déclaré coupable en 1989, à Hong Kong, de vol, de falsification de document et d'emploi d'un document contrefait—L'art. 19(1)c.1(i) de la Loi sur l'immigration interdit l'admission de personnes déclarées coupables à l'étranger d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

ans, «sauf si elles peuvent justifier auprès du ministre de leur réadaptation»—La ministre a rejeté la demande de reconnaissance de la réadaptation de l'intéressé sans fournir les motifs de sa décision, malgré le fait que l'agent des visas ait fortement appuyé la demande—Le vice-consul a déterminé que le requérant était non admissible en vertu de l'art. 19(1)c.1(i)—Le requérant a soutenu que l'agent des visas avait l'obligation de s'informer du fondement de la décision de la ministre, de s'assurer que tous les renseignements pertinents ont été présentés à la ministre—L'avocat a invoqué, par analogie, la jurisprudence portant sur des cas où des agents des visas doivent rendre des décisions en tenant compte de l'opinion que leur présentent des médecins agréés, à moins que cette opinion ne soit pas valable parce que fondée sur une erreur de fait, qu'elle soit manifestement déraisonnable ou inconsistante, incohérente ou formée en contravention des principes de justice naturelle: *Fei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 C.F. 274 (1^{re} inst.)—Demande rejetée—C'est le ministre qui doit être convaincu de la réadaptation; sa responsabilité à cet égard est de nature discrétionnaire—Il ne revenait pas à un fonctionnaire du Ministère de s'interroger sur les motifs pour lesquels la ministre n'était pas convaincue—La situation de la ministre n'est en rien comparable à celle d'un médecin agréé employé de la fonction publique ou travaillant à contrat pour le Ministère—Question certifiée: Un agent des visas a-t-il l'obligation de s'interroger sur le caractère raisonnable de la décision rendue par le ministre en vertu de l'art. 19(1)c.1(i) lorsqu'à la face même du dossier cette décision peut être déraisonnable?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)c.1(i) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).

LEUNG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1061-97, juge Gibson, ordonnance en date du 20-4-98, 8 p.)

Appel traitant d'une question certifiée par le juge Reed ((1997), 135 F.T.R. 206 (C.F. 1^{re} inst.)) en vertu de l'art. 83(1) de la Loi sur l'immigration: La prise en considération, par le décideur, de documents sur le pays d'origine, qui n'ont été ni identifiés à l'intention du réfugié au sens de la Convention ni fournis à celui-ci, quand il a été déclaré un danger pour le public en vertu de l'art. 70(5) de la Loi, contrevient-elle aux principes de la justice naturelle?—L'appelant est né au Viêt-nam en 1971—Il a obtenu le statut de résident permanent du Canada—En mars 1993, il a été déclaré coupable de vol de plus de mille dollars—En mars 1994, il a été déclaré coupable de complot en vue de commettre l'acte criminel consistant à faire le trafic d'un stupéfiant et de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic—En septembre 1995, l'appelant a reçu un avis du Centre d'Immigration Canada à Victoria (C.-B.) concernant la «délivrance possible d'un avis du ministre en vertu du paragraphe 70(5) de la Loi sur l'immigration, selon lequel vous constituez un danger pour le public au Canada»—Dans

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

un document intitulé «Avis du ministre en vertu du paragraphe 70(5) de la Loi sur l'immigration», le délégué du ministre a conclu que l'appelant constituait «un danger pour le public au Canada»—La Cour, dans l'arrêt *Mancia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 565 (C.A.) (QL), a examiné les exigences découlant de l'obligation d'agir équitablement dans des circonstances présentant certaines similitudes avec la présente affaire—Pour tirer sa conclusion, la Cour a tenu compte des éléments suivants: a) la nature de la procédure et les règles en vertu desquelles agit le décideur, b) le contexte de la procédure et c) la nature des documents en cause dans la procédure—Le court délai de quinze jours accordé à l'appelant pour déposer ses observations n'a pas constitué un manquement à l'obligation d'agir équitablement—L'omission de recourir aux services d'un avocat n'a pas porté atteinte à l'équité—Le document contesté (celui préparé par le Haut Commissaire pour les réfugiés à la demande du Ministère) était accessible dans les Centres de documentation au moment où l'appelant a été dirigé vers ces centres—Il est donc clair que le principe énoncé dans l'arrêt *Mancia* s'applique—Réponse négative à la question certifiée, appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(5) (édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 13(3)), 83(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

CHU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-615-97, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 1-5-98, 12 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Demande de contrôle judiciaire à l'égard d'avis d'un représentant du ministre selon lesquels le requérant constituait un danger pour le public, conformément aux art. 46.01(1)e(iv), 53(1)d) et 70(5) de la Loi sur l'immigration—Le requérant a quitté le Guatemala pour arriver au Canada avec sa famille en 1986 et a obtenu le statut d'immigrant reçu en 1990—Depuis 1992, le requérant a été reconnu coupable de différentes infractions pénales—Un représentant du ministre a conclu que le requérant constituait un danger pour le public conformément à chacune des dispositions susmentionnées—Questions liées à l'équité procédurale au sujet, notamment, des lacunes touchant l'avis et la documentation ainsi que de l'omission de tenir compte de certains arguments—La politique relative à la communication complète est pertinente et compatible avec les exigences liées à l'équité procédurale, mais la question de savoir si les lacunes soulevées en l'espèce constituent un motif au sujet duquel la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire dépend des faits de l'affaire—Aucune importance n'est accordée à l'argument concernant l'insuffisance de l'avis—Quant à la question du danger pour le public, une lecture des quelque 34 pages de documents qui ont été envoyés au requérant indique assez clairement les points au sujet desquels des explications devaient être

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

fournies—Compte tenu de l'évidence des questions qui devaient être commentées dans toute réponse à l'avis de danger, le requérant n'a nullement été privé de la possibilité de fournir une réponse entière du fait qu'il n'a pas reçu cet avis—Le lien entre les faits de l'affaire et le risque de danger public est évident d'après les documents fournis, qui indiquent clairement en quoi le requérant pourrait être considéré comme un danger pour le public—Mis à part l'argument incomplet cité dans la «demande visant à obtenir l'avis du ministre», l'agent de réexamen s'est attardé à la situation du pays—Aucune importance n'est accordée à l'argument concernant l'omission de prendre en compte certaines observations—L'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration ne va pas à l'encontre des art. 6, 7, 12 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés—La mesure dans laquelle le requérant peut invoquer le droit prévu à l'art. 6 de la Charte dépend de la question de savoir s'il est un «citoyen du Canada» en qualité de résident permanent—Dans l'arrêt *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), la Cour a répondu par la négative à la question certifiée de savoir si l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration faisait intervenir les droits à la liberté et/ou à la sécurité de la personne conformément à l'art. 7 de la Charte—Il n'existe aucun lien entre la délivrance d'un avis de danger et l'existence d'un traitement cruel et inusité au sens où cette expression est employée à l'art. 12 de la Charte canadienne des droits et libertés—L'analyse fondée sur l'art. 15(1) de la Charte comporte deux étapes—Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit «à la même protection» ou «au même bénéfice» de la loi qu'une autre personne—Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination—Il est impossible que la deuxième partie de l'argument soit retenue—La demande est rejetée—Deux questions sont certifiées—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 (U.K.) [L.R.C. 1985, appendice II, n° 44], art. 6, 7, 12, 15—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 1, art. 73, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9), 53(1*d*) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 17; L.C. 1992, ch. 49, art. 43; 1995, ch. 15, art. 12), 70(5) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; et par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

SOLIS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4898-96, juge Campbell, ordonnance en date du 19-5-98, 18 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration a décidé qu'il n'existait pas

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

suffisamment de raisons d'ordre humanitaire au sens de l'art. 114(2) de la Loi pour justifier l'examen de la demande de résidence permanente que la demanderesse a faite pendant qu'elle se trouvait au Canada—La demanderesse est arrivée au Canada en 1991 et elle a revendiqué le statut de réfugié—Sa revendication a été rejetée en avril 1992 et la Cour fédérale a rejeté sa demande d'autorisation d'appel de la décision de la Commission en septembre 1992—En juin 1992, la GRC a avisé les autorités de l'Immigration que la demanderesse était recherchée en vertu d'un mandat d'arrestation lancé par les autorités chinoises pour le détournement de 1,6 million de yuans RMB d'une banque chinoise—Un rapport a donc été rédigé sous le régime de l'art. 27, indiquant que la demanderesse était inadmissible en application de l'art. 19(1)c.1(ii) de la Loi—En mai 1994, la demanderesse a épousé un citoyen canadien et elle a donné naissance à leur fille en octobre 1994—À la suite d'une entrevue et d'une enquête plus approfondie, l'agente a décidé que la demanderesse était inadmissible pour des motifs d'ordre criminel—La demanderesse soutenait que l'agente avait manqué à son obligation d'agir équitablement en ne l'informant pas de l'existence du mandat d'arrestation avant de rendre sa décision définitive, de sorte que la demanderesse n'a jamais eu l'occasion de faire valoir son point de vue concernant cet élément de preuve—Demande rejetée—Signification de l'expression «éléments de preuve extrinsèques»: éléments de preuve dont la partie requérante ignore l'existence et que l'agent d'immigration a l'intention d'invoquer pour en arriver à une décision touchant cette partie—En l'espèce, même si une copie du mandat d'arrestation n'a pas vraiment été montrée à la demanderesse, on l'a questionnée sur les allégations de détournement de fonds en Chine et sur d'autres éléments des allégations formulées contre elle et on lui a donné l'occasion d'y répondre—Le mandat d'arrestation ne contenait aucun nouveau renseignement que la demanderesse ignorait—On ne pouvait donc pas affirmer que l'agente d'immigration avait manqué à son obligation d'agir équitablement—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)c.1(ii) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 114(2) (mod., *idem*, art. 102).

ZHANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2551-97, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 15-6-98, 6 p.)

Demande visant à obtenir un sursis d'exécution de la mesure de renvoi qui serait mise en œuvre en vertu d'une convocation délivrée au demandeur aux fins de son renvoi le 11 mai 1998—La question est de savoir si, au cours d'une période de probation imposée au demandeur à la suite d'une déclaration de culpabilité d'une infraction criminelle, l'exécution de la mesure de renvoi prise antérieurement contre lui contreviendrait à l'art. 50 de la Loi sur l'immigration—Le demandeur, né en Jamaïque, est arrivé au Canada en 1976 et il y est demeuré à titre de résident permanent—Depuis 1984, il a été déclaré coupable à plusieurs reprises

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

d'infractions relatives à des stupéfiants—Pendant qu'il était incarcéré au centre correctionnel de Maplehurst, le demandeur a fait l'objet d'un rapport à la suite d'une enquête effectuée par un arbitre en vertu de la Loi—Une convocation enjoignait au demandeur de se présenter devant un agent de probation et de liberté conditionnelle dans les deux jours ouvrables suivant sa libération de Maplehurst—Après avoir été libéré en septembre 1997, le demandeur s'est présenté à son agent de probation une fois par mois conformément aux directives de ce dernier—Bien que le demandeur soit assujéti à une ordonnance de probation prononcée par la Cour de l'Ontario (Division générale), une convocation lui enjoit maintenant de se présenter à un lieu et à un moment précis pour être renvoyé du Canada—La convocation vise l'exécution d'une mesure de renvoi prise antérieurement contre le demandeur—La situation dont la Cour est saisie est fondamentalement identique à celle sur laquelle le juge Rothstein s'est prononcé dans l'affaire *Cuskic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 130 F.T.R. 232—Le juge Rothstein a conclu que la convocation visant l'exécution d'une mesure de renvoi contrevient directement à l'ordonnance de probation visée ainsi qu'à l'art. 50(1)a) de la Loi—Ce raisonnement s'applique aussi bien à la présente affaire—Un sursis d'exécution légal d'une mesure de renvoi prévaut en l'espèce, à tout le moins à titre provisoire, jusqu'à ce que la Cour ou la Cour d'appel rende l'une des décisions susmentionnées—Il ne serait pas justifié d'adjuger les dépens sur la base avocat-client—L'ordonnance prononcée adjuge au demandeur des dépens de 1 500 \$—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 50.

CLARKE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3009-97, juge MacKay, ordonnance en date du 7-5-98, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'appel de la CISR a rejeté l'appel interjeté par le demandeur relativement au sursis d'une mesure d'expulsion—La question à trancher est celle de savoir si la signification de l'avis de comparution à une audience de la section d'appel sous le régime de la Règle 33 est suffisante si l'avis est signifié uniquement au demandeur, alors que celui-ci a un avocat inscrit au dossier, ainsi que celle de savoir si le défaut de signifier au demandeur et à son avocat inscrit au dossier la demande sous le régime de la Règle 33 constitue une erreur qui peut être corrigée—Le demandeur est devenu un résident permanent en 1992, et il a été déclaré coupable d'infractions criminelles en 1994—En 1995, un arbitre a ordonné que le demandeur soit expulsé—Le demandeur a interjeté appel de cette décision à la section d'appel qui, en mai 1995, a ordonné le sursis de l'expulsion—Le sursis de la mesure d'expulsion a été prolongé d'un an en novembre 1995—En 1997, le Ministre a déposé une demande en vertu de la Règle 33 en vue d'obtenir la révocation du sursis—La demande devait être signifiée à

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'autre partie—Aucun élément de preuve n'établit que la demande a été signifiée—En avril 1997, l'avis d'audience a été signifié au demandeur par courrier régulier pré-affranchi—Aucune mesure n'a été prise pour signifier ce document à l'avocat inscrit au dossier du demandeur—L'avis d'audience a été envoyé à la dernière adresse donnée par le demandeur—Le demandeur avait déménagé en janvier 1997, sans toutefois en aviser le Ministre ou la section d'appel, bien que ce soit là l'une des conditions du sursis de la mesure d'expulsion—Ni le demandeur, ni son avocat, ne se sont présentés à l'audience—La section d'appel a rejeté l'appel et ordonné que la mesure de renvoi prise contre le demandeur soit exécutée le plus tôt possible—Demande accueillie—Le demandeur a dûment reçu signification de l'avis d'audience lorsque cet avis lui a été envoyé par courrier pré-affranchi à la dernière adresse qu'il avait donnée—Toutefois, dans aucune des causes qui ont été portées à l'attention de la Cour, le Ministre n'a omis d'effectuer la signification à l'avocat inscrit au dossier—La Règle 35(2) prévoit qu'une copie de tout document signifié à une partie doit également être signifiée à l'avocat de cette partie—La question de savoir si l'inscription d'un avocat au dossier est une désignation sans conséquence se pose en l'espèce—Si l'avocat de la partie opposée ne signifie pas des documents comme un avis de convocation et une demande à l'avocat inscrit au dossier, celui-ci est dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions—Lorsqu'une partie retient les services d'un avocat et que l'avocat est inscrit au dossier, cette partie est en droit de s'attendre que l'avocat sera informé des mesures importantes prises dans une instance—Une demande d'annulation de sursis est une mesure très importante qui aurait dû être signifiée à l'avocat inscrit au dossier—Le demandeur n'a pas reçu un avis qui lui permettait de déterminer les prétentions auxquelles il devait répondre (le demandeur a reçu l'avis de convocation, mais non la demande elle-même, qui lui aurait indiqué l'objet de l'audience)—La section d'appel ayant décidé de rejeter l'appel du demandeur sans exiger le respect de ses propres règles concernant la signification à l'avocat et la signification de la demande sous le régime de la Règle 33, il y a eu manquement aux principes de justice fondamentale—Règles de la section d'appel de l'immigration, DORS/93-46, Règles 33, 35(2).

ASHOUR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3201-97, juge McKeown, ordonnance en date du 11-5-98, 6 p.)

STATUT AU CANADA

Personnes ayant un statut temporaire

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent des visas a refusé de délivrer au requérant un permis de travail de trois ans—Le requérant, son beau-frère et une autre personne, tous des citoyens du Pakistan, ont

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

déposé un demande de permis de travail afin de pouvoir travailler au Canada pour une entreprise de matières plastiques constituant une filiale en propriété exclusive d'une compagnie pakistanaise—À l'entrevue (très brève), l'agente d'immigration a conclu que la compagnie avait une existence purement formelle au Canada et qu'elle n'avait aucun employé—Le requérant s'est vu refuser le droit de venir travailler au Canada à titre temporaire, vu l'absence de liens suffisamment forts au Pakistan pour garantir qu'il y retournerait—Demande accueillie—L'agent des visas a violé l'obligation d'équité qui lui incombait lorsqu'il a omis de faire connaître au requérant les éléments du dossier qui lui semblaient problématiques et de donner au requérant l'occasion de répondre aux allégations dont ce dernier n'a pu, raisonnablement, avoir connaissance (l'agent des visas en l'espèce a accordé une entrevue très brève au requérant, présument que les propos du beau-frère du requérant valaient pour ce dernier).

ALI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1617-97, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 14-4-98, 12 pp.)

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a conclu que le revendicateur n'était pas un réfugié au sens de la Convention parce qu'il était exclu en raison de l'art. 1Fa) de la Convention—Le requérant est un citoyen de 80 ans de l'Iran—Pendant vingt ans, il a servi d'indicateur à la SAVAK, la police secrète du shah—Lorsque l'ayatollah Khomeini a pris le pouvoir, le requérant a été emprisonné et torturé pendant dix ans—La SSR a refusé de reconnaître au requérant le statut de réfugié au sens de la Convention sur le fondement qu'il avait participé sciemment aux actes de la SAVAK, laquelle avait commis des crimes contre l'humanité—Demande rejetée—Définition des crimes contre l'humanité dans la jurisprudence de la Cour fédérale—Après avoir examiné la preuve, la Commission était en droit de conclure que le principal objectif visé par la SAVAK était limité et brutal—Le fait que le requérant n'était pas un membre en bonne et due forme de la SAVAK, mais qu'il n'avait servi que d'indicateur, n'est pas un motif d'exonération car, tel qu'il ressort de la preuve, il a participé sciemment et personnellement à des crimes contre l'humanité—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa).

SHAKARABI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1371-97, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 1-4-98, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la formation a conclu que la section E de l'article premier

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de la Convention s'appliquait aux requérantes et qu'elles n'étaient donc pas visées par la définition de réfugié au sens de la Convention—Les requérantes, une mère et sa fille, étaient citoyennes de l'Iran—En 1984, elles ont déménagé en France et y ont obtenu, en 1991, le statut de résidentes permanentes ainsi qu'une «carte de résidence» valide jusqu'en 2001—En 1994, elles ont revendiqué au Canada le statut de réfugié au sens de la Convention, après avoir quitté la France munies de visas d'«aller et retour»—Au moment de l'audition de la revendication du statut de réfugié en mai 1997, les visas d'«aller et retour» avaient expiré—La mère avait détruit son passeport iranien et sa «carte de résidence» française—Pour cette raison, soutient-elle, elle n'a pas le droit de rentrer en France, et l'exclusion prévue à la section E de l'article premier de la Convention (la Convention n'est pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays) ne s'applique pas à elle—Le moment pertinent auquel on doit se demander si la requérante avait le droit de rentrer en France est le moment de la tenue de l'audition devant la formation—La formation a conclu que la mère était détentrice d'une carte de résidence «sans restriction» qui était renouvelable en 2001, et qu'à ce titre, elle avait le droit de sortir de France et d'y rentrer; en conséquence, la section E de l'article premier de la Convention s'appliquait aux requérantes et elles n'étaient donc pas visées par la définition de réfugié au sens de la Convention—Demande rejetée—Le gouvernement a la charge de démontrer qu'il a des motifs raisonnables d'exclure les demandeurs—Le visa d'aller et retour auquel le titulaire d'une carte sans restriction a droit peut être renouvelé; par ailleurs, le titulaire d'une telle carte peut obtenir un nouveau visa d'aller et retour—La requérante avait la charge d'expliquer la raison pour laquelle elles ne pouvaient obtenir une nouvelle carte après avoir détruit la carte qu'elle avait en sa possession—La présentation par l'intimé d'une preuve *prima facie* permettant à la formation de conclure que les requérantes pouvaient rentrer en France entraînait un déplacement du fardeau de la preuve, les requérantes devant alors expliquer la raison pour laquelle elles ne le pouvaient pas—Les requérantes ne se sont pas acquittées de ce fardeau—Les anomalies législatives ou les «échappatoires» du type de celles soulevées dans la décision *Wassiq c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 33 Imm. L.R. (2d) 238 (C.F. 1^{re} inst.) ne seront pas interprétées de façon libérale, ce qui serait à l'avantage des revendicateurs du statut de réfugié au sens de la Convention qui font du shopping de lieu d'asile—Les gestes que les requérantes posent elles-mêmes en vue d'être incapables de rentrer dans un pays leur ayant déjà reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention peuvent fort bien démontrer qu'elles n'ont pas de crainte subjective d'être persécutées dans leur pays d'origine, duquel elles prétendent fuir—Convention des

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1E.

SHAHPARI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2327-97, juge Rothstein, ordonnance en date du 3-4-98, 7 p.)

Le requérant sollicite une ordonnance annulant une décision par laquelle la qualité de demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada (DNR SRC) lui a été refusée—Le 25 octobre 1996, la CISR a conclu que l'art. 1Fc) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés empêchait le requérant d'obtenir le statut de réfugié au sens de la Convention—Avant le 1^{er} mai 1997, le Règlement sur l'immigration prévoyait que la personne à qui la CISR avait refusé de reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention était réputée avoir présenté une demande d'établissement en tant que DNR SRC le jour où la CISR avait rendu sa décision—Le demandeur disposait d'un délai de 15 jours pour présenter des observations au sujet du risque qu'il courait s'il devait retourner dans son pays d'origine—En pratique, ce délai était habituellement prorogé, de sorte que l'intéressé ne présentait ses observations qu'après avoir eu l'occasion de demander l'autorisation d'introduire une instance en contrôle judiciaire de la décision de la CISR et qu'une décision définitive avait été rendue à cet égard—Le Règlement prévoyait également que l'intéressé pouvait présenter des observations supplémentaires dans les 15 jours suivant le prononcé de toute décision définitive sur la demande de contrôle judiciaire—La demande d'autorisation d'introduire une instance en contrôle judiciaire déposée par le requérant a été rejetée le 21 février 1997—Le requérant a, le 2 avril 1997, présenté des observations au sujet des risques auxquels il était exposé—À l'époque, la définition de DNR SRC ne prévoyait pas l'exclusion automatique des personnes visées à l'art. 1Fc)—La procédure suivie ne comportait qu'une seule étape—Le 1^{er} mai 1997, le Règlement a été modifié—La définition de DNR SRC a été modifiée de manière à soustraire à cette définition les personnes visées à l'art. 1Fc) de la Convention; la procédure comportait désormais deux étapes, et le requérant était tenu de présenter d'abord une demande pour qu'il soit décidé s'il était un DNR SRC et, s'il obtenait gain de cause, il lui fallait ensuite présenter une demande d'établissement—Les observations sur les risques ne peuvent être présentées que si l'intéressé répond à la nouvelle définition de DNR SRC—Selon la jurisprudence, en l'absence de dispositions législatives rétroactives valides, les demandes visant l'attribution d'une qualité déterminée doivent être jugées en fonction des critères d'admissibilité qui existent à la date à laquelle la demande est déposée ou, du moins, à la date à laquelle le requérant a fait tout le nécessaire pour mettre sa demande en état—Cette conclusion repose sur deux motifs: 1) la loi est réputée ne disposer que pour l'avenir, sauf si elle prévoit de façon explicite qu'elle s'applique rétroactivement; 2) le principe d'équité

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

exige que la demande présentée par une personne soit examinée en fonction des règles de droit en vigueur au moment de la présentation des arguments, puisque c'est sur le fondement de ces règles de droit que les arguments auront été formulés—Suivant le Règlement, la nouvelle définition de DNR SRC ne s'applique pas expressément à la demande du requérant et ce, par implication nécessaire—Le nouveau Règlement est expressément libellé de manière à ce que la nouvelle définition de DNR SRC s'applique aux demandes pour lesquelles des observations n'ont pas encore été présentées—Si le législateur avait voulu assujettir tous ceux ayant présenté une demande avant le 1^{er} mai 1997 à la nouvelle définition, il l'aurait déclaré en des termes explicites—Demande accueillie—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2 «demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada» (édicte par DORS/93-44, art. 1; DORS/97-182, art. 1)—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fc).

HIRBOD C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2463-97, juge Reed, ordonnance en date du 6-4-98, 11 p.)

Résidents permanents

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente des visas a rejeté la demande de résidence permanente que le demandeur avait déposée dans le cadre de la catégorie investisseur—Le demandeur travaillait pour Inchcape JDH Limited, où il était chargé de la vente de matériel de laboratoire médical en Chine—L'avoir net du demandeur s'élevait à environ 1 300 000 \$—L'agente des visas a refusé la demande car elle n'était pas convaincue que le poste que le demandeur occupait chez Inchcape JDH était compatible avec le niveau de responsabilité requis en matière d'exploitation, de direction ou de contrôle d'une entreprise (voir la définition du terme «investisseur» figurant dans le Règlement sur l'immigration de 1978)—Le demandeur a envoyé une lettre à l'agente des visas dans laquelle il fournissait des renseignements supplémentaires concernant ses responsabilités et demandait le réexamen de sa demande dans le cadre de «la catégorie applicable aux entreprises»—L'agente des visas dit que la lettre du demandeur ne lui a pas été remise avant que la lettre de refus de la demande ne soit envoyée à celui-ci—L'agente des visas a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le demandeur n'était pas visé par la définition d'«investisseur»?—L'agente des visas a-t-elle violé l'obligation d'équité procédurale lorsque, en prenant sa décision, elle a omis de tenir compte de la lettre que lui avait envoyée le demandeur?—Demande accueillie—Il n'est pas nécessaire que le demandeur possède une entreprise pour être admissible en tant qu'investisseur—L'agent des visas doit apprécier les compétences du demandeur pour déterminer si les fonctions de celui-ci équivalent à «exploiter, diriger ou

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

contrôler» une entreprise, et non si celles-ci équivalent à «exploiter, diriger ou contrôler» toute l'entreprise pour laquelle il travaille—L'agente des visas a commis une erreur lorsqu'elle a omis de déterminer si les responsabilités du demandeur étaient compatibles avec celles qui découlent du fait de contrôler une entreprise; elle s'est plutôt demandé si les responsabilités du demandeur équivalaient à contrôler Inchcape JDH Limited—L'agente des visas n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a omis de tenir compte de la lettre, car celle-ci ne faisait que mentionner de nouveau des faits qui étaient déjà connus—Rien ne justifie l'adjudication des dépens en l'espèce, vu l'absence de preuve que la décision a été prise de mauvaise foi, même s'il se peut qu'elle ait été prise de façon négligente: Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, Règle 22—La demande par laquelle le demandeur cherche à obtenir que des dépens soient adjugés est rejetée, mais de justesse—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, 1993, DORS/93-22, Règle 22.

KOO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1431-97, juge Muldoon, ordonnance en date du 1-6-98, 10 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE**

Droit maritime—Appel d'une décision de la Section de première instance qui a rejeté la demande de l'appelante pour des frais de transport impayés réclamés par une entreprise de camionnage pour le transport par route de marchandises en partant du principe qu'il n'y avait pas de lien contractuel entre les parties—Appel rejeté—La Section de première instance n'avait pas la compétence *ratione materiae* pour connaître de l'affaire—Circonstances en l'espèce analogues à celles dans l'arrêt *Matsuura Machiner Corp. c. Hapag Lloyd AG* (1997), 211 N.R. 156 (C.A.F.), dans lequel la Cour a conclu que le transport d'une cargaison par camion n'était pas régi par le droit maritime canadien—L'action de l'appelante n'est pas entièrement liée à une affaire maritime, étant donné qu'elle se rapporte uniquement à des frais impayés réclamés par une entreprise de camionnage pour le transport par route de marchandises.

GARFIELD CONTAINER TRANSPORT INC. C. UNIROYAL GOODRICH CANADA INC. (A-556-94, juge Denault, J.C.A. (de droit), jugement en date du 30-4-98, 2 p.)

DOUANES ET ACCISES**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur—BASF vendait des solvants et des fluidifiants

DOUANES ET ACCISES—Suite

pour automobile—Elle avait recours à des grossistes pour la distribution de ses produits—Les grossistes lui achetaient les produits, puis les revendaient aux utilisateurs—Pour encourager la concurrence entre certains acheteurs appelés «acheteurs des marchés de spécialité», BASF a recommandé aux grossistes d'accorder des réductions de prix—S'ils le faisaient, ils pouvaient demander à BASF une réduction du prix de vente qu'ils avaient payé—BASF défalquait ensuite du montant de ses ventes taxables le montant de la subvention, réduisant ainsi son obligation fiscale—Le ministre a refusé les réductions du prix de vente—Le Tribunal a accueilli l'appel de BASF, statuant que les rajustements effectués étaient directement liés à la détermination du montant réel reçu pour la vente des produits acquis en bout de ligne par des acheteurs du marché de spécialité—L'art. 50 de la Loi sur la taxe d'accise prévoit que la taxe de vente est calculée au moment où les marchandises sont livrées à l'acheteur ou au moment où la propriété des marchandises est transmise, en choisissant celle de ces dates qui est antérieure à l'autre—En conséquence, c'est en fonction de la vente de la marchandise par le fabricant au premier acquéreur de la chaîne de distribution et du «prix de vente» alors payé que le montant de la taxe exigible est calculé—La propriété des marchandises est passée de BASF au grossiste au moment où ce dernier les a reçues—Cette opération fait naître l'obligation fiscale de BASF et sert de base au calcul du montant de la taxe due—Les subventions accordées par BASF aux grossistes constituaient des dépenses promotionnelles sans rapport avec le prix de vente convenu entre BASF et les grossistes—Le programme des marchés de spécialité était conçu afin de pénétrer de nouveaux marchés—Les subventions versées visaient à encourager les grossistes à participer au programme—Il n'existe en droit aucun fondement qui permette à BASF de réduire rétroactivement son prix de vente et, par conséquent, son obligation fiscale—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 50 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 42, art. 4).

CANADA C. BASF COATINGS & INKS CANADA LTD. (T-1092-93, juge Rouleau, jugement en date du 6-4-98, 6 p.)

Requête en radiation de l'avis de requête introductive d'instance en vue d'obtenir une ordonnance annulant la décision du ministre du Revenu national selon laquelle certains produits du tabac correspondent à la définition d'un «bâtonnet de tabac» donnée dans la Loi sur l'accise et la Loi sur la taxe d'accise—La décision a censément été prise par le ministre en acceptant, sans autre commentaire à l'époque ou par la suite, le paiement, par la demanderesse, des taxes et des droits relatifs au produit comme s'il s'agissait de «bâtonnets de tabac»—La demanderesse a mis sur le marché une caisse d'un produit appelé «Mark Ten Presto Pak» et a payé au ministre des droits et des taxes d'accise sur cette caisse; les droits et les taxes en question ont été calculés et

DOUANES ET ACCISES—Fin

payés au taux fixé pour les bâtonnets de tabac, et non au taux supérieur qui s'applique aux cigarettes—Avant de mettre sur le marché son produit «Mark Ten», la demanderesse a obtenu du ministre une conclusion portant que le prototype du produit était un bâtonnet de tabac—Une conclusion n'est pas une «décision» susceptible d'un contrôle judiciaire—La demanderesse veut que le ministre assujettisse son produit «Mark Ten» au taux de droits et de taxes applicables aux cigarettes, de manière à contraindre le ministre à taxer le produit de sa compétitrice comme des cigarettes—Demande accueillie—Une cour peut radier une requête introductive d'instance, mais il faut qu'il soit tout à fait évident que l'affaire ne soulève aucun doute avant de faire droit à une telle demande: *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1998] F.C.J. No. 79 (1^{re} inst.) (QL)—On ne peut présumer que le ministre a pris une décision parce qu'il a reçu et encaissé un chèque—Rien dans la loi n'empêche le ministre de demander à la demanderesse que les droits et les taxes soient payés au taux applicable aux cigarettes—Le fait que le ministre n'ait pas agi ne peut être conçu comme une décision de sa part—Il n'y a aucune décision qui soit susceptible de contrôle si le ministre ne réclame aucun montant de droits et de taxes.

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. C. M.R.N.
(T-241-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 14-4-98, 9 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Pratique—Radiation par la Cour, de son propre chef, d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire d'une mesure d'expulsion prise en juillet 1997 pour cause de retard excessif—Bien qu'il fasse partie de leurs attributions de fournir des installations et des services aux plaideurs, les tribunaux ne peuvent plus se permettre de leur obéir au doigt et à l'œil et ils doivent plutôt utiliser leurs ressources pour parvenir au meilleur résultat global possible—Les plaideurs ont, pour leur part, des obligations à la fois envers les tribunaux et envers les contribuables, et notamment le devoir de faire trancher leurs litiges comme il se doit, et de ne pas les abandonner simplement—Les actions et les demandes abandonnées coûtent cher—Bien que la Règle 1617 (permettant à la Cour de rejeter une demande de contrôle judiciaire en raison d'un retard injustifié) n'existe plus et que l'art. 380*b*) (permettant à la Cour d'inciter les parties à déposer un désistement) ne soit pas encore en vigueur, la Cour a la compétence implicite pour assurer le bon fonctionnement de son système procédural: *Margem Chartering Co. Inc. c. Bocsca (Le)*, [1997] 2 C.F. 1001 (1^{re} inst.)—Les tribunaux ont commencé à rejeter des actions simplement en raison d'un retard, qu'ils qualifient d'abus

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

des procédures—Le fait de laisser une action stagner est préjudiciable au système judiciaire et à l'administration de la justice—La demande de contrôle judiciaire est régie par des règles de procédure sommaire exigeant un déroulement le plus rapide possible—Le fait de retarder l'instance de façon excessive et d'abandonner par la suite la procédure, comme en l'espèce, constitue un abus des procédures qui coûte cher—Demande d'autorisation et de contrôle judiciaire rejetée pour cause de retard excessif—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1617 (éditée par DORS/92-43, art. 19)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, Règle 380(1*b*).

BAHRAMI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3549-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 21-5-98, 5 p.)

DROIT MARITIME**PRATIQUE**

Requête de la part des demandeurs, lesquels sont le capitaine, les officiers et l'équipage du *N.M. Sheduva*, en révision de la taxation de l'officier taxateur en vertu des Règles 3(1*c*), 346(2) et 1007(8)—Les demandeurs se plaignent que le High Sheriff de Terre-Neuve, soit le prévôt, n'a pas accompli les tâches liées à la fonction de prévôt et qu'il n'a pas droit au montant total de la commission du prévôt, telle que taxée—Les demandeurs demandent la prorogation du délai pour présenter la demande de révision de la taxation du compte du prévôt établie par l'officier taxateur—Le prévôt demande le rejet de la demande car elle a été intentée hors délai—Le capitaine Logunov, du *N.M. Sheduva*, déclare que des actes criminels d'agression par l'administrateur du propriétaire et les personnes mentionnées dans ledit affidavit ont fait en sorte que les membres de l'équipage ont craint pour leur sécurité et celle de leurs familles, desquelles ils ont été séparés pendant une période de plusieurs mois—Aucun des crimes des administrateurs ni l'obstruction de l'ambassade ne peuvent être attribués au prévôt—Quatorze jours est le délai normal à l'intérieur duquel les requêtes interlocutoires peuvent être présentées en vertu des règles actuelles de la Cour—Les demandeurs ont droit à ce que justice soit rendue en vertu de la loi—Les demandeurs se sont eux-mêmes chargés d'appliquer une partie du droit substantif et de lui donner force exécutoire en contrecarrant les plans infâmes des propriétaires—Demande de prorogation de délai accordée—L'art. 13 de la Loi sur la Cour fédérale rend d'office les shérifs provinciaux prévôts de la Cour—Il n'y a aucune indication selon laquelle le High Sheriff de Terre-Neuve n'est pas un prévôt dûment nommé, agissant en tant que tel avec l'approbation tacite de la législature de Terre-Neuve—La Règle 1007(8) ne prescrit aucun délai pour produire une requête en révision de la taxation de l'officier taxateur—Le prévôt n'a pas été aussi

DROIT MARITIME—Suite

diligent dans l'exécution de ses fonctions qu'il aurait pu et dû l'être—Les demandeurs ont dû s'approprier le rôle principal en menant à terme l'évaluation et la vente du *Sheduva* plutôt que de subir la perte de leur réclamation prioritaire pour salaires—Le prévôt a joué le rôle le plus minimal qu'il pouvait jouer en l'espèce—Le prévôt est suffisamment payé pour ses services si son compte au montant de 7 089,50 \$ est réduit à 2 089,50 \$ et payé en conséquence—Cela a pour effet de laisser davantage d'argent pour la réclamation des demandeurs—Les demandeurs ont droit aux dépens partie-partie de la requête en révision de la taxation de l'officier taxateur—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 3(1)c, 346(2), 1007(8)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 13.

LOGUNOV C. SHEDUVA (LE) (T-2514-96, juge Muldoon, ordonnance en date du 24-4-98, 13 p.)

Requête visant à radier l'action des demandeurs au motif qu'elle ne relève pas de la compétence de la Cour ou, de façon subsidiaire, à obtenir un jugement sommaire rejetant l'action des demandeurs au motif que les actes de procédure ne démontrent pas l'existence d'une question sérieuse à instruire—La défenderesse NFL Holdings Ltd. (NFL) est la propriétaire inscrite du navire *Prince Nova*—C. Mitchell McLean est le président directeur général de la NFL—En 1997, la NFL a décidé de vendre le navire—Les demandeurs soutiennent que malgré l'intention des parties suivant laquelle le navire devait être vendu aux demandeurs au prix proposé pour être ensuite revendu au tiers acheteur, la NFL avait signé une option ferme et irrévocable de vente directe avec le tiers acheteur, en octobre 1997—Les demandeurs affirment que le défendeur C. Mitchell McLean a porté illégalement atteinte à leurs relations économiques avec le tiers acheteur en négociant directement avec lui et qu'il a illégalement incité le tiers acheteur, la NFL Holdings Ltd., à ne pas respecter les ententes conclues avec les demandeurs; ils affirment avoir perdu les profits prévus de la vente du navire—Les défendeurs soutiennent que, hormis l'option de 30 jours accordée aux demandeurs en mai 1997, le contrat d'option conclu avec le tiers acheteur n'a jamais et d'aucune façon limité le droit de la NFL de vendre le navire à l'acheteur de son choix—La nature de l'entente et de ses modalités sont en litige—Cette question ne peut être tranchée sur le fondement d'actes de procédure et d'affidavits contradictoires au sujet desquels il n'y a pas eu de contre-interrogatoire—Même s'ils n'invoquent pas expressément un contrat, et bris de contrat, il suffit que les demandeurs aient plaidé l'existence d'une entente et que les agissements reprochés à la NFL leur aient causé la perte des profits qu'ils prévoyaient tirer de la vente du navire—Une action en dommages-intérêts fondée sur l'inexécution d'un contrat de vente d'un navire relève de la compétence en droit maritime conférée à notre Cour par l'art. 22(2) de la Loi sur la Cour fédérale—Pour statuer sur une exception

DROIT MARITIME—Fin

préliminaire d'incompétence, la Cour suppose que les allégations relatives à la demande peuvent être prouvées au procès, sauf s'il ressort à l'évidence de la preuve présentée dans le cadre de la requête préliminaire que la demande est mal fondée—Ce critère n'a pas été respecté en l'espèce—L'existence de l'entente est manifestement contestée—La question devra être tranchée par le juge du procès—La prétention des demandeurs selon laquelle ils ont droit à une partie du produit de la vente du navire relève de la compétence de la Cour aux termes de l'art. 22(2)a—Il appartiendra à la Cour de décider, au procès, quelle entente, s'il en est, est intervenue entre les parties; cette décision amènera la Cour à décider si la cause d'action invoquée contre la NFL dans la déclaration relève de sa compétence en droit maritime—L'action visant le défendeur C. Mitchell McLean ne relève pas de la compétence de la Cour, étant donné qu'il s'agit d'une action en responsabilité civile délictuelle visant un simple particulier—S'il est jugé au procès que l'action introduite contre la NFL est une action visant un contrat d'achat du navire qui a été violé par suite de l'octroi par NFL d'une option d'achat qui a été levée par un tiers acquéreur, cette action relèvera de la compétence en droit maritime de la Cour—Un principe fondamental en la matière est que la Cour ne prononcera un jugement sommaire que si la cause est tellement mal fondée qu'elle ne mérite pas d'être examinée par l'arbitre des faits dans le cadre d'un procès à venir—La Cour refuse de rendre un jugement sommaire lorsqu'il existe une question sérieuse à instruire ou lorsqu'il y a des points controversés importants et que la crédibilité des témoins est susceptible d'être importante pour la constatation des faits—Il y a des questions sérieuses à instruire, en particulier celle de la nature de l'entente intervenue entre les parties au sujet de la vente du navire—La Cour ne serait pas justifiée de prononcer un jugement sommaire—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22 (mod. par L.C. 1996, ch. 31, art. 82).

AMIRALTY C. PRINCE NOVA (LE) (T-521-98, juge MacKay, ordonnance en date du 1-5-98, 15 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un tribunal canadien des droits de la personne a rejeté la plainte selon laquelle l'intimé s'est rendu coupable d'un acte discriminatoire fondé sur la race, la couleur ou l'origine nationale ou ethnique, en contravention de l'art. 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—La requérante, la Commission canadienne des droits de la personne, a tenté de produire des preuves circonstancielles visant à établir que les minorités visibles ne sont pas représentées en fonction de leur disponibilité à certains niveaux—Ces preuves n'avaient pas pour but d'établir la discrimination systémique, mais plutôt d'appuyer une plainte en particulier—Le tribunal a établi que la requérante s'est vu interdire de produire des

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

éléments de preuve pour tenter d'illustrer une tendance à la discrimination systémique de la part de l'intimé parce que cela aurait porté préjudice à l'intimé et permis au requérant de faire valoir des prétentions qu'il ne pouvait pas soutenir—Il n'y avait pas de preuve de préjudice réel à l'égard de l'intimé—La décision du tribunal est annulée—S'il n'y a pas de preuve directe d'un comportement illégal, il est possible de prouver la discrimination par inférence, en ayant recours à des preuves circonstancielles—Ce genre de preuve est généralement fonction d'une série de faits qui, individuellement, ne permettraient pas de conclure qu'il y a eu discrimination mais qui, ensemble, pourraient la justifier: Vizekely, B. *Proving Discrimination in Canada*, Toronto: Carswell (1987)—Les statistiques représentent une forme de preuve circonstancielle à partir de laquelle des déductions de comportement discriminatoire peuvent être tirées—Le tribunal a commis une erreur en interdisant aux requérants de produire des éléments de preuve à caractère général d'un problème systémique comme preuve circonstancielle permettant de conclure qu'il y a probablement eu de la discrimination dans ce cas particulier également—L'affaire est renvoyée au tribunal et elle devra être tranchée en fonction du dossier soumis à celui-ci, des données statistiques que cherchent à présenter les requérants et de tout document présenté par l'intimé en réponse à ces données.

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE)
C. CANADA (MINISTÈRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-792-96, juge Richard, ordonnance en date du 6-4-98, 9 p.)

ENQUÊTES

Demande de contrôle judiciaire visant à obtenir l'annulation des conclusions tirées contre le requérant, commandant du Régiment aéroporté du Canada (RAC), par la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie—Le décret en conseil par lequel la Commission a été nommée avait prévu la tenue d'une enquête sur les événements survenus au cours de la période antérieure au déploiement, de la période des opérations sur le théâtre, et de la période qui a suivi le déploiement—La Commission n'a terminé que la première de ces trois phases de l'enquête prévue, et elle était déjà bien engagée dans la deuxième phase de son enquête lorsqu'on a coupé court à ses travaux—Le requérant conteste les décisions de la Commission en invoquant les moyens suivants: 1) la Commission n'a pas pu terminer la phase de son enquête portant sur les opérations sur le théâtre, aussi lui était-il impossible de déterminer l'existence d'un lien de causalité important entre les responsabilités du requérant pendant la période antérieure au déploiement et les événements survenus en Somalie; 2) le requérant n'a pas reçu un préavis suffisant des allégations d'inconduite et n'a pas eu la possibilité d'y répondre avant que les conclusions ne soient tirées contre lui; 3) la Com-

ENQUÊTES—Suite

mission a tiré de façon abusive et arbitraire des conclusions de fait sans tenir compte de la preuve dont elle disposait—Le requérant a formé des soldats dans le cadre d'une mission de maintien de la paix dans le nord-est de la Somalie—La nature de la mission a changé avant que le RAC ne parte pour la Somalie: la mission du RAC est devenue une mission d'imposition de la paix (une telle mission exige éventuellement, et permet, un plus grand recours à la force qu'une mission de maintien de la paix), le déploiement devant s'effectuer à Belet Huen, région beaucoup plus instable de la Somalie—La nouvelle mission est décrite dans le rapport de la Commission comme une mission incertaine, dans une région différente de la Somalie, selon de nouvelles dispositions de commandement et en fonction d'une structure modifiée et de règles d'engagement différentes—Demande accueillie—Vu le mandat confié à la Commission, les allégations d'inconduite ayant trait à l'entraînement et au leadership du RAC avant son déploiement en Somalie constituaient un domaine autonome d'enquête à l'égard duquel la Commission pouvait tirer des conclusions d'inconduite—Les allégations dirigées contre le requérant ne sont pas de même nature que celles qui ont été radiées dans l'arrêt *Addy c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 3 C.F. 784 (1^{re} inst.)—Le requérant aurait dû recevoir le préavis prévu à l'art. 13 de la Loi sur les enquêtes en ce qui concerne, d'une part, la déclaration générale de condamnation que l'on trouve au vol. 1 du rapport de la Commission, déclaration qui précise que plusieurs officiers qui ont comparu devant la Commission ont recouru dans leurs témoignages à de la tromperie et à de l'esquive, ont trahi la confiance du public et qu'il y aurait lieu de réexaminer le statut de ceux d'entre eux qui seraient toujours dans les Forces armées et, d'autre part, la déclaration générale que l'on trouve dans les commentaires introductifs du vol. 4 qui caractérise les individus qui sont par la suite nommément désignés dans ce volume comme étant ceux qui ont blâmé d'autres personnes pour leurs actes, qui ne se sont pas élevés contre les commandements irréguliers qu'ils recevaient et qui, dans leurs fonctions, ont manqué au devoir de s'élever contre des actions irrégulières—Ces déclarations attribuent à des personnes nommément désignées un comportement qui est à la fois moralement et légalement répréhensible—Il s'agit du genre de conclusions pour lesquelles le préavis prévu à l'art. 13 aurait dû être donné—Il est malheureux que ces déclarations générales de condamnation aient été consignées dans le Rapport—Elles peuvent avoir pour effet de ternir la réputation de personnes innocentes et de causer un préjudice considérable à des personnes qui ne méritent pas une telle désapprobation—À tout le moins, le requérant a le droit d'obtenir de la Cour qu'elle déclare que ni le dossier de la Commission ni les documents déposés pour les fins de cette demande de contrôle judiciaire n'appuient la conclusion voulant que sa conduite fût telle qu'elle l'incluait dans l'une ou l'autre de ces déclarations générales—Aucune

ENQUÊTES—Suite

faute n'a été imputée au requérant dans le Rapport en raison des problèmes de discipline au sein du RAC—La conclusion principale énoncée au ch. 35 du Rapport était que le requérant ne s'était pas acquitté de ses importantes responsabilités relatives à la formation parce qu'il n'avait pas inculqué aux membres de ses commandos, par la conception d'un plan de formation approprié et par une supervision directe satisfaisante, une attitude convenant à une mission de maintien de la paix—La Commission a également conclu que le requérant avait omis d'instruire ses commandants sur le but, la portée et les objectifs de l'entraînement—La Commission a donc conclu non seulement que le requérant avait négligé d'organiser, de diriger et de superviser comme il convenait les préparatifs de la formation, mais qu'il avait manqué aussi à son devoir de commandant tel qu'il est défini par analogie avec l'art. 4.20 des Ordonnances et règlements royaux et par les coutumes militaires—Le requérant n'a pas eu un préavis suffisant—Le fait que le requérant avait qualité à part entière pour agir devant la Commission, qu'il avait accès à tous les documents déposés, et qu'il jouissait du droit de contre-interroger les témoins ne réduit pas nécessairement l'obligation de lui donner un préavis concernant précisément ce qui amenait les commissaires à penser que sa conduite pouvait être qualifiée d'inconduite—La quantité de documents remis à la Commission et la durée de ses travaux augmentent plutôt qu'elles diminuent la nécessité de donner un préavis suffisamment détaillé—Le critère applicable pour déterminer si un préavis suffisant a été donné est de savoir si une personne raisonnable considérerait avoir reçu suffisamment de renseignements pour savoir quels aspects de sa conduite peuvent justifier ou étayer une conclusion d'inconduite—On ne pouvait s'attendre à ce que le requérant réfute chaque commentaire négatif dirigé à son endroit, devinant qu'un ou plusieurs de ceux-ci pourraient inquiéter les commissaires—Le requérant n'a pas reçu de préavis suffisant à propos de plusieurs questions que la Commission a fini par invoquer pour justifier ses conclusions d'inconduite contre lui—Le Rapport est une décision au sens de l'art. 18.1(4)d) de la Loi sur la Cour fédérale; l'issue pour l'individu visé étant soit le rejet de l'accusation, soit une conclusion d'inconduite à son égard, il s'agit donc d'un processus décisionnel quasi judiciaire—En outre, les conclusions de la Commission imputant des fautes à des personnes nommément désignées peuvent entraîner des conséquences graves sur leur réputation et leur carrière—Le critère applicable est celui de la décision manifestement déraisonnable—La faute imputée par la Commission au requérant pour le motif qu'il n'avait pas organisé, dirigé et supervisé comme il convenait les préparatifs de la formation du 5 au 21 septembre 1992 est profondément viciée: plusieurs constatations de fait ne sont pas compatibles avec la preuve—Plusieurs conclusions ne sont aucunement étayées par la preuve—La décision était donc manifestement déraisonnable—La conclusion selon laquelle le requérant a manqué à son devoir de commandant tel qu'il est défini par analogie avec l'art. 4.20 des Ordonnances et règlements

ENQUÊTES—Fin

royaux et par les coutumes militaires est également manifestement déraisonnable, compte tenu des mêmes faits—Le recours qui s'impose est une déclaration invalidant l'imputation de fautes au requérant par la Commission telles qu'elles sont énoncées au ch. 35 de son Rapport—Le requérant a droit à une déclaration portant que le dossier n'étaye aucunement la conclusion selon laquelle les deux déclarations générales de condamnation que l'on trouve dans le Rapport s'appliquent à lui.

MORNEAULT C. CANADA (PROCTEUR GÉNÉRAL)
(T-1645-97, juge Reed, ordonnance en date du 27-4-98,
54 p.)

FONCTION PUBLIQUE

Demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision par laquelle l'arbitre, membre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (CRTFP), a accepté d'entendre le grief que l'intimée a soumis à l'arbitrage en application de l'art. 92 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique (LRTFP)—La demande est fondée sur les moyens suivants: l'arbitre a commis une erreur de droit en concluant que l'intimée Marinos était fonctionnaire aux fins de la LRTFP et elle a outrepassé sa compétence en ordonnant la reprise et l'audition au fond du renvoi à l'arbitrage—L'intimée Irène Marinos a travaillé comme agente de correction à l'établissement de Cowansville (Québec), ayant été nommée à ce poste pour trois périodes consécutives de quatre-vingt-dix jours conformément à l'art. 21.2 de la LEFP—Chaque offre d'emploi prévoyait qu'il s'agissait d'une nomination temporaire non assujettie aux dispositions de la LEFP (c.-à-d. que l'intimée n'était pas admissible à participer aux concours internes et qu'elle n'était pas autorisée à déposer de grief au cours de cette période d'emploi)—Étant donné que l'intimée a travaillé en moyenne dix-huit jours par mois au cours d'une période continue de plus de six mois, l'arbitre a conclu que celle-ci n'était pas employée à titre occasionnel et que ses services étaient requis sur une base régulière—Après avoir été renvoyée pour des raisons disciplinaires, l'intimée a déposé un grief au sujet de son congédiement—Les questions à trancher consistent à déterminer la norme de révision à appliquer à l'égard de la décision de l'arbitre et à savoir si celle-ci a commis une erreur en concluant que l'intimée était fonctionnaire—La demande est rejetée—L'arbitre s'est posé la bonne question, soit celle de savoir si M^{me} Marinos était une personne employée à titre occasionnel—Aucune importance juridique n'est accordée à la clause de l'offre d'emploi qui interdisait à l'intimée de déposer un grief—Contrairement aux appels, les griefs sont visés par la LRTFP—Il est indubitable que M^{me} Marinos était une personne employée dans la fonction publique—La question de savoir si l'intimée était employée à titre occasionnel relève de la compétence de l'arbitre—Les critères que les

FONCTION PUBLIQUE—Suite

conseils des relations de travail ont élaborés et appliqués pour décider si une personne est employée à titre occasionnel sont bien reconnus—L'employeur s'est principalement fondé sur le fait que l'intimée a été nommée en application de l'art. 21.2 de la LEFP—Aucun élément des dispositions législatives applicables à l'emploi dans la fonction publique ne permet de conclure qu'une personne nommée aux termes de l'art. 21.2 de la LEFP est automatiquement exclue de la portée de la LRTFP—Si le Parlement avait voulu que les fonctionnaires soient automatiquement exclus lorsqu'ils sont nommés en application de l'art. 21.2 de la LEFP, il aurait pu décréter facilement pareille exclusion en énonçant la même restriction dans la LRTFP ou en intégrant l'art. 21.2 de la LEFP—L'art. 21.2 vise principalement à imposer des restrictions précises quant à la durée des nominations en question et à exclure celles-ci de la portée des protections découlant de la LEFP, comme le prévoit l'art. 21.2(3)—La question est traitée sous un angle différent dans la LRTFP, qui ne porte pas principalement sur le fondement juridique de l'emploi, mais plutôt sur le type d'employé pouvant être visé par la négociation collective dans la fonction publique fédérale—Même si l'art. 21.2 prévoit des périodes précises à l'intérieur desquelles un emploi temporaire peut être exercé, il n'indique pas en quoi consiste exactement la nature de l'emploi exercé à titre occasionnel au sens de la LRTFP—L'arbitre avait compétence pour trancher la question dont elle était saisie et la décision qu'elle a rendu n'était pas manifestement déraisonnable—Il s'agit d'une décision raisonnable qu'elle pouvait prendre dans les circonstances—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 92 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68)—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21.2 (édicte par L.C. 1992, ch. 54, art. 16).

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. MARINOS (T-1117-97, juge Richard, ordonnance en date du 9-4-98, 11 p.)

PROCESSUS DE SÉLECTION*Concours*

Les parties ont convenu que la décision du comité d'appel de la Commission de la fonction publique soit radiée—Elles ont fait des demandes additionnelles: (1) Demande en vue d'obtenir une ordonnance statuant que l'employeur du demandeur n'a pas pris les mesures d'accommodement nécessaires concernant son invalidité;—(2) L'intimé demande à la Cour d'ordonner au comité d'appel de la Commission de la fonction publique de déterminer si le demandeur, en qualité de candidat invalide, avait l'obligation positive de jouer un rôle proactif dans les adaptations demandées en raison de son invalidité afin de démontrer ses compétences dans le cadre de sa participation à des con-

FONCTION PUBLIQUE—Fin

cours—Le demandeur, visuellement handicapé, a participé à un concours interne au début de 1996 concernant le poste d'agent de préparation des urgences en mer à Transports Canada—Il a obtenu 49.5 % à l'examen écrit—Sa candidature a été rejetée étant donné que la note de passage était fixée à 70 %—Le comité d'appel devait déterminer si le demandeur a reçu la formation appropriée sur un scanner avant l'examen écrit et si on lui a offert de l'aide concernant la lecture des documents au scanner avant le 29 mars 1996—C'est l'employeur, et non l'employé, qui a la responsabilité de fournir des mesures d'accommodement à un employé souffrant d'invalidité—Les mesures d'accommodement exigent que l'employeur prenne des mesures raisonnables à moins que cela ne cause une contrainte excessive—Pour déterminer le caractère raisonnable des mesures d'accommodement, il faut mettre l'accent sur la conduite de l'employeur—Déposer une preuve visant à démontrer que d'autres méthodes d'accommodement étaient disponibles permet à l'employeur d'établir le caractère raisonnable de ces mesures—La Cour n'a pas ordonné au comité d'appel de se prononcer sur cette question, étant donné que ce n'est pas la conduite de l'employé qui doit être examinée, mais bien le caractère raisonnable des mesures prises par l'employeur—La demande principale est accueillie, mais les demandes additionnelles sont rejetées.

SCHUT C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-1096-97, juge Cullen, ordonnance en date du 8-6-98, 6 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel d'une cotisation établie contre la demanderesse par le MRN en vertu de l'art. 160(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le juge de la Cour de l'impôt a-t-il commis une erreur en concluant que le mari de la demanderesse lui avait transféré indirectement des biens en effectuant des paiements hypothécaires relativement à la résidence dont la demanderesse était devenue la seule propriétaire?—La demanderesse était devenue responsable d'une partie de l'impôt dû par son mari à la défenderesse pour les années d'imposition 1990, 1991, 1992 et 1993—La demanderesse et son mari ont acheté une résidence en 1985 en qualité de tenants conjoints—L'achat a été financé en partie au moyen d'un prêt hypothécaire qui leur a été consenti par la Banque Toronto Dominion—Le 8 avril 1987, la résidence a été transférée à la demanderesse seule, sans contrepartie—Le ministre a établi une cotisation de 38 857,48 \$ au nom de la demanderesse en vertu de l'art. 160 de la Loi—Ce montant a ensuite été réduit à 15 219,56 \$—La politique fiscale qui sous-tend l'art. 160(1) consiste à empêcher un contribuable de transférer ses biens à son conjoint afin de faire échec aux efforts déployés par

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

le ministre pour percevoir l'argent qui lui est dû—Le mari avait-il «transféré des biens . . . indirectement . . . de toute autre façon» à son épouse?—Le juge de la Cour de l'impôt a eu raison de conclure que l'époux de la demanderesse lui a transféré des biens indirectement en ce qui concerne la partie des paiements hypothécaires imputables au principal de l'emprunt—Le terme «biens» figurant dans l'art. 160(1), s'entend de «biens de toute nature», y compris «de l'argent»—Les termes «indirectement . . . de toute autre façon» figurant dans l'art. 160(1) renvoient à toute façon détournée dont un bien de quelque nature peut être transmis d'une personne à une autre—La dette de la demanderesse a diminué grâce aux paiements et la valeur nette de son bien a augmenté—Le paiement à la Banque n'était qu'un moyen pour transmettre les fonds indirectement du mari à la demanderesse—Demande rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 160(1).

MEDLAND C. CANADA (A-18-97, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 25-5-98, 14 p.)

Déductions

Appel contre la décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a jugé que les contribuables intéressés peuvent déduire de leur revenu leur part proportionnelle d'un paiement incitatif à la location de 1 200 000 \$—Dix-huit médecins, exerçant au sein d'une société, ont signé un accord de cotenance dans l'intention d'aménager un bâtiment à usage de bureaux, dans lequel la société prendrait des bureaux à bail—Le reste du bâtiment serait donné à bail—En fait, il s'agit d'un accord sur la copropriété du fonds de terre à acquérir en fiducie par une compagnie à constituer à cette fin, laquelle ferait fonction de mandataire ou simple fiduciaire—Le fonds de terre a été acquis par le simple fiduciaire en fiducie pour les 18 copropriétaires—Chaque copropriétaire détenait la même part dans la compagnie simple fiduciaire, qui devait construire et exploiter le nouveau bâtiment—En mai 1985, la société et le simple fiduciaire ont signé un bail par lequel la première s'engageait à prendre à bail une partie de l'immeuble; ce bail prévoyait aussi un paiement incitatif à la location de 1 200 000 \$—Toutes les recettes réalisées et dépenses engagées par le simple fiduciaire au titre du bâtiment sont passées aux cotenanciers—Le paiement incitatif à la location de 1 200 000 \$ n'était pas inclus dans le revenu des contribuables en l'espèce à titre de revenu de la société, que ce soit aux fins comptables ou fiscales—Il est manifeste qu'ils y voyaient un avantage non imposable au titre du capital—Par contre, en calculant le revenu tiré de l'immeuble pour les années d'imposition 1985 à 1988, chacun des médecins a déduit sa part respective du paiement incitatif versé par le simple fiduciaire à la société, à titre de dépense locative différée, amortie sur dix ans—Le ministre soutient au premier chef qu'il «est artificiel et abusif de la part du bailleur de se verser à lui-même un paiement incitatif à la

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

location»—Appel accueilli—La société et la cotenance ne sont pas deux entités juridiques distinctes—En common law et du point de vue fiscal, une société n'est pas une personne juridique, distincte des associés—Il est de droit strict que les véritables locataires en vertu d'un bail signé par la société sont les associés pris individuellement à la date du bail—En l'espèce, chacun des 18 médecins associés doit être réputé avoir été un locataire en vertu du bail—Selon les principes de droit en matière de mandat, le simple fiduciaire ne peut être réputé être le bailleur—Lorsque le simple fiduciaire signa le bail avec la société en 1985, il l'a fait en tant que mandataire des 18 copropriétaires—Il n'était pas une partie à ce contrat—En leur qualité de mandants, les 18 copropriétaires doivent être réputés être les bailleurs—Ainsi donc, les 18 médecins associés et cotenants étaient à la fois locataires et bailleurs en vertu du bail—Pour trancher l'appel, il suffit de se référer à l'art. 18(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu, qui interdit de déduire un débours ou dépense sauf s'il a été «fait ou engagé par le contribuable en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien»—On ne saurait dire qu'un paiement à soi-même soit conforme aux principes ordinaires d'échanges commerciaux ou aux usages commerciaux reconnus—Le ministre aurait pu aussi invoquer la règle de common law qui interdit le contrat avec soi-même—Il s'ensuit que l'accord portant versement du paiement incitatif à la location de 1 200 000 \$ n'avait aucun effet juridique, et qu'il ne saurait être considéré comme un débours ou dépense fait ou engagé dans le but de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, au sens de l'art. 18(1)a) de la Loi—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)a).

CANADA C. ROBINSON (A-8-96, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 25-3-98, 11 p.)

Entreprise agricole

Appel par un contribuable de nouvelles cotisations relatives à ses années d'imposition 1977, 1978, 1979 et 1980—Le demandeur est un avocat qui pratique le droit à son compte—Le 19 mai 1982, des avis de nouvelles cotisations furent émis à son égard l'informant qu'il lui restait un solde à payer relativement aux années d'imposition en question—Il a contesté les nouvelles cotisations et signifié un avis d'opposition au ministre—La procureure du demandeur a fait certains aveux lors de l'interrogatoire préalable—Celui-ci a nié avoir donné le mandat à son procureur de faire de tels aveux—Il a demandé à la Cour de les retirer, ce qui lui fut refusé—Une partie ne peut retirer un «aveu formel» sans obtenir au préalable l'autorisation de la Cour ou le consentement de la partie adverse—Un aveu fait par le procureur d'une partie dans le cadre d'un interrogatoire préalable constitue un aveu formel qui ne peut être retiré sans autorisation de la Cour—La rétractation d'aveu relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour—Le tribunal doit déterminer s'il y a un point jugable qui devrait passer

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

en jugement dans l'intérêt de la justice et qui ne devrait pas se résoudre par une admission de fait—Les aveux faits par le procureur d'une partie ne peuvent être retirés au simple motif que la partie nie avoir expressément autorisé son représentant à les faire—Il s'agit de savoir si les pertes agricoles subies par le demandeur au cours des années 1977 à 1980 sont entièrement déductibles ou si leur déductibilité est assujettie au plafond fixé par l'art. 31 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Il s'agit aussi de savoir si l'agriculture, ou une combinaison de l'agriculture et d'une autre source de revenu, constitue la principale source de revenu du demandeur—Il faut comparer l'agriculture aux autres activités du contribuable eu égard à trois facteurs: le capital investi, le temps consacré et la rentabilité actuelle et future, afin de déterminer si l'agriculture est une activité principale ou non—C'est l'effet cumulatif des trois critères qui compte—Le critère de l'investissement dans une entreprise agricole est respecté—Quant au second critère, celui du temps consacré, le témoignage du demandeur est peu crédible—Il n'a pas convaincu la Cour qu'il passait plus de temps à son entreprise agricole qu'à son cabinet d'avocats—L'entreprise agricole du contribuable ne respectait pas non plus le troisième critère, celui de la rentabilité—En l'espèce, il n'y a jamais eu de rentabilité actuelle ou potentielle puisque le demandeur n'a jamais possédé assez de terres pour assurer une entreprise rentable—La source principale de revenus du contribuable provenait, dans les années en question, des revenus de profession et non de l'entreprise agricole—Les dépenses d'intérêts doivent être refusées à cause de la restriction prévue à l'art. 31 de la Loi—Les avis de nouvelles cotisations émis à l'endroit du demandeur sont maintenus, sauf quant à la somme de 5 000 \$ ajoutée au revenu professionnel du demandeur—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 31 (mod. par S.C. 1973, ch. 14, art. 7; 1979, ch. 5, art. 9).

ARCHAMBAULT C. CANADA (T-1640-83, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 12-5-98, 16 p.)

Il échet d'examiner si le demandeur peut invoquer l'exemption du «matériel agricole» pour demander réparation à la suite d'une saisie effectuée en compensation d'une dette fiscale en souffrance—À la suite de la saisie effectuée en exécution d'un bref de *fieri facias* en date du 27 avril 1995, le matériel en question a été vendu pour la somme de 16 350 \$ et, après défalcation des dépenses nécessaires, le ministre du Revenu national en a recouvré 8 014,03 \$—Il s'agit de savoir s'il y a eu avis «d'au moins huit jours» au sens de l'art. 16(2) de la Loi sur l'exécution des jugements du Manitoba—L'annonce de la vente a été affichée le 23 septembre 1994, et la vente a eu lieu le 30 septembre 1994—L'avis n'a été donné que sept jours à l'avance, le jour de l'affichage n'entrant pas en ligne de compte—Si on applique le mode de calcul de la Loi d'interprétation fédérale, il n'y a eu qu'avis de six jours—Dans l'un ou l'autre cas, l'avis n'a pas été donné suffisamment à

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

l'avance—Le terme «municipalité» figurant à l'art. 16(2) signifie le lieu où l'action en justice relative à la saisie devait avoir lieu—Cette action en justice était centrée au Palais de justice de Winnipeg—Il y a eu «avis public»—Il s'agit de savoir si le matériel saisi était raisonnablement nécessaire à la conduite régulière et efficace de l'exploitation agricole du demandeur pendant les 12 mois qui suivirent la saisie—À partir de 1970, sa ferme sylvicole était très active et productive—Au moment de la saisie, il était le propriétaire de 2 200 arbres plantés sur deux terrains de son frère, et qu'il avait le droit d'enlever pour la vente—Le matériel en question était nécessaire pour la mise en valeur du potentiel prouvé de son exploitation agricole durant cette période—Il a fait la preuve de ses prétentions dans cette action—Restitution au demandeur de la somme de 8 014,03 \$ recouvrée par Revenu Canada—Loi sur l'exécution des jugements, L.R.M. 1987, c. E160, art. 16(2), 23(1)e—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21.

FEGOL C. M.R.N. (T-2836-94, juge Campbell, jugement en date du 31-3-98, 8 p.)

Gains en capital

Appel d'un jugement de la C.C.I. selon lequel l'achat et la vente d'actions en 1990 ne constituaient pas «un risque de caractère commercial»—Contrat de travail accordant une option d'achat d'actions—Le 3 janvier 1990, l'appelant a levé la dernière option qui lui avait été consentie et a acquis des actions ordinaires—Cet achat a été intégralement financé au moyen d'un prêt bancaire—L'appelant a exercé ses droits ce jour-là au lieu d'attendre une date plus rapprochée de la date d'expiration de l'option, en partie parce qu'il craignait que ne survienne un événement qui l'empêcherait, à titre d'initié, de lever son option plus tard—En 1989, les perspectives à long terme de la société semblaient plus rassurantes que ses perspectives à court terme pour 1990 et 1991—En outre, il a exercé les derniers droits d'option qui lui restaient en partie pour garantir son admissibilité au dividende spécial afférent aux actions ordinaires dont, en tant qu'initié, il prévoyait la déclaration—Au moment de la levée de son option, l'appelant craignait de manquer de liquidités pour rembourser les emprunts qu'il avait contractés—Chute constante du cours des actions de la société pendant l'année 1990—Le 28 novembre 1990, l'appelant a vendu les actions qu'il avait acquises par voie de levée d'option avec l'intention de les racheter peu de temps après—Dans sa déclaration de revenus pour l'année 1990, l'appelant a déclaré l'opération, qui s'est soldée par une perte, en tant qu'opération de capital, car il ne savait pas que l'acquisition et la disposition subséquente d'actions ordinaires pouvaient être déclarées comme faisant partie d'un «risque de caractère commercial»—Il a par la suite essayé de déduire cette perte en tant que perte d'entreprise subie dans le cadre d'un «risque de caractère commercial»—L'appelant soutient que la C.C.I. n'a pas tenu compte des raisons qui l'ont poussé à acquérir

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

les actions en question, c.-à-d. rembourser sa dette, bien qu'il fût soumis aux restrictions applicables aux initiés—Appel rejeté—Il ne fait aucun doute que la C.C.I. a abordé la question de savoir si la revente à profit était le facteur qui avait motivé l'appelant à acheter les actions—Elle a appliqué le bon critère: savoir si, au moment de l'achat, l'appelant avait l'intention de revendre les actions à profit dès que possible—Le jugement *Californian Copper Syndicate v. Harris* (1904), 5 T.C. 159 (Scot. Ct. of Ex.) a établi le critère général à appliquer pour distinguer un gain en capital d'un revenu commercial tiré d'un risque de caractère commercial: le gain réalisé correspond-il simplement à la plus-value obtenue par suite de la réalisation de la sûreté, ou s'agit-il d'un gain obtenu dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise dans l'exécution d'un plan visant la réalisation de profits?—Le fait que la présente opération constitue une opération isolée ne fait pas perdre à une opération qui comporte les «caractéristiques d'une opération commerciale» sa nature de risque de caractère commercial—De telles «caractéristiques d'une opération commerciale» permettent de tirer des inférences sur la question de savoir si le contribuable se livrait à une opération commerciale ou s'il ne faisait qu'un placement—La question est de savoir si les opérations visées constituent un risque de caractère commercial, et non de savoir si elles font de la personne qui les a effectuées une personne qui exploite une entreprise: *Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow*, [1955] 3 All E.R. 48 (H.L.)—La question de savoir si une personne a acheté des actions avec ses propres fonds ou avec de l'argent emprunté ne constitue pas un facteur important pour décider si leur acquisition et leur vente subséquente constitue ou non un placement: *Irrigation Industries Limited v. The Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 346—La C.C.I. a statué que l'acquisition des actions ne faisait pas partie d'un plan visant la réalisation de profits, mais qu'elle traduisait plutôt le simple désir de l'appelant de bénéficier de la générosité de ses employeurs—La C.C.I. n'a renvoyé ni aux préoccupations exprimées par l'appelant au sujet de sa marge brute d'autofinancement, ni aux obligations auxquelles l'appelant était assujéti en tant qu'initié—On peut inférer de la conclusion de la C.C.I. suivant laquelle rien ne prouve que l'appelant souhaitait vendre le plus tôt possible que, même si l'appelant n'était peut-être pas en mesure de vendre les actions plus tôt, il n'y avait aucun indice clair, au moment de l'achat, qu'une vente aussi rapide que possible était son principal objectif—Il était loisible à la C.C.I. d'inférer, à partir des déclarations des experts-comptables, que les opérations effectuées au sujet des actions étaient motivées par une personne qui désirait obtenir un rendement sur son investissement plutôt qu'un profit rapide—La C.C.I. a déclaré que «[l]e désir de réaliser un profit n'était pas absent, mais il n'était pas primordial»—Elle a jugé le degré de motivation insuffisante pour qualifier l'opération de 1990 d'opération imputable au revenu—Il était loisible à la C.C.I. de conclure que l'opération n'avait pas un nombre suffisant des caractéristiques

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

d'un risque de caractère commercial, et qu'il s'agissait plutôt d'un placement, ce qui, en droit, ne permettait pas à l'appelant de changer d'idée à mesure que le temps passait et que les conditions évoluaient.

ROBERTSON C. CANADA (A-243-96, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 26-3-98, 18 p.)

INJONCTIONS

Requête pour obtention d'une ordonnance confirmant la radiation de la déclaration et l'annulation de l'injonction interlocutoire—Le juge Wetston a radié la totalité de la déclaration sans autoriser de modification—Il n'a pas traité de la demande d'annulation ou de modification de l'injonction interlocutoire frappant les défendeurs—Aucune source canadienne ne traite de cette question—*Halsbury's Laws of England*, vol. 24, 4^e éd., par. 1024, page 543, mentionne brièvement que le rejet d'une action emporte automatiquement l'annulation de toute injonction interlocutoire en vigueur—Même si cet énoncé est exact, le problème en cause est plus précis—Il ressort clairement de l'ordonnance et des motifs du juge Wetston qu'il n'a pas rejeté l'action—Une demande de rejet de l'action pourrait maintenant être accueillie puisqu'il n'y a plus de déclaration pour l'appuyer—Mais les termes de l'ordonnance elle-même sont clairs: la déclaration est radiée; les dépens de la requête sont adjugés; l'action elle-même subsiste; aucuns frais de l'action ne sont octroyés, contrairement à la conséquence normale du rejet d'une action—L'ordonnance du juge Wetston n'a pas annulé l'injonction interlocutoire—La requête est rejetée avec dépens.

COCA-COLA LTÉE C. PARDHAN (T-2685-95, juge Hugessen, ordonnance en date du 20-4-98, 4 p.)

PÉNITENCIERS

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le Comité régional des transfèrements a approuvé le transfert involontaire du demandeur du pénitencier de la Saskatchewan à sécurité moyenne à l'établissement d'Edmonton à sécurité maximum—Le Comité régional des transfèrements a conclu que le demandeur avait participé à une tentative d'évasion—Le demandeur a déposé un grief pour se plaindre de cette décision; il en a en plus demandé le contrôle judiciaire—Le régime législatif de règlement des griefs concernant les détenus est établi par la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et son règlement d'application—À première vue, le régime législatif régissant les griefs constitue un autre voie de recours appropriée par rapport au contrôle judiciaire—Les griefs doivent être traités rapidement et les directives du commissaire fixent des délais—Dans l'affaire *Hutton c. Canada (Chef d'état-major de la défense)*, [1998] 1 C.F. 219 (1^{re}

PÉNITENCIERS—Fin

inst.), une plainte déposée auprès de la Commission canadienne des droits de la personne emportait la suspension de la procédure interne de règlement des griefs des Forces armées en raison d'une disposition semblable à l'art. 81(1) du Règlement—En raison de la plainte déposée devant la Commission des droits de la personne, la procédure interne de règlement des griefs ne constituait pas une autre voie de recours appropriée par rapport au contrôle judiciaire parce que le dépôt de la plainte en matière de droits de la personne faisait temporairement obstacle à la procédure interne de règlement des griefs, alors que le contrôle judiciaire pouvait suivre son cours—L'affaire *Hutton* portait sur une situation exceptionnelle—Il est nécessaire d'empêcher un demandeur de pouvoir jouer à sa guise avec l'obligation d'épuiser ses autres voies de recours appropriées avant de demander le contrôle judiciaire d'une décision—En l'espèce, c'est le dépôt de la demande de contrôle judiciaire qui a empêché le grief de suivre son cours en raison de l'art. 81(1)—Toutefois, la Cour a une emprise sur la demande de contrôle judiciaire, alors qu'elle n'avait aucun pouvoir sur la procédure devant la Commission canadienne des droits de la personne dans l'affaire *Hutton*—C'est à la Cour qu'appartient le pouvoir de décider si une procédure de règlement de griefs constitue une autre voie de recours appropriée—Le contrôle judiciaire est un recours discrétionnaire—La Cour ne peut être empêchée de décider qu'il existe une autre voie de recours appropriée simplement parce qu'un demandeur a déposé une demande de contrôle judiciaire—Demande rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 81.

GIESBRECHT C. CANADA (T-377-98, juge Rothstein, ordonnance en date du 8-5-98, 7 p.)

PRATIQUE

Requête en prorogation du délai de dépôt d'une réponse—(1) Le dépôt d'une réponse comme pièce jointe à un affidavit lorsque la réponse ne peut pas être déposée sans autorisation est incorrect—L'avocat agent a prétendu signer la réponse «*per*» les avocats inscrits au dossier—«*Per*» est un mot latin qui signifie «*par*». Par conséquent, la signature manuscrite de l'agent prétend être celle de l'avocat inscrit au dossier dont le nom est imprimé—Cela aurait dû être a) la signature manuscrite suivie de «*pro*», soit «*pour*» puis du nom imprimé ou b) le nom imprimé suivi de «*per*» (*par*) et de la signature manuscrite—Lorsqu'un agent possédant un pouvoir limité signe, avec ou sans identification de son commettant, il peut signer de sa main en faisant suivre sa signature de la mention «*par procuration*» («*per proc.*») ou «*p.p.*», en indiquant dans certains cas le nom de la personne au nom de laquelle il signe—La mention «*par procuration*» sert d'avis quant au pouvoir limité de l'agent et ne convient

PRATIQUE—Suite

pas pour le dépôt de documents au greffe—Le délai de dépôt est prorogé.

MIKHAIL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1007-98, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 8/6/98, 2 p.)

AFFIDAVITS

Requête visant à enjoindre à des témoins de répondre à des questions visées par des oppositions élevées pendant le contre-interrogatoire—Le contre-interrogatoire diffère de l'interrogatoire préalable en ce que la personne interrogée est un témoin, non une partie; les réponses données sont des éléments de preuve, non des aveux; le témoin peut légitimement répondre qu'il ignore quelque chose, il n'a à produire un document que s'il en a la garde ou la possession; les règles relatives à la pertinence sont plus restreintes—La plupart des objections sont fondées sur la pertinence—La pertinence formelle est liée aux questions de fait définies dans les actes de procédure, pour une action, et dans les affidavits, pour une demande de contrôle judiciaire—L'auteur d'un affidavit produit dans le cadre d'une instance ne peut donc être contre-interrogé que sur les faits qu'il y a déclaré—Même si un fait est énoncé dans un affidavit, il n'est juridiquement pertinent que lorsque son existence ou son inexistence peut contribuer à déterminer si le redressement demandé peut ou non être accordé—Comme les demandes de contrôle judiciaire sont entendues dans de brefs délais, selon une procédure sommaire, les parties ne devraient pas être admises à gaspiller temps et efforts en d'interminables interrogatoires sur des sujets qui n'ont vraisemblablement aucune incidence sur l'issue du litige—La loi est claire: en tant que breveté et titulaire d'un avis de conformité (AC) à l'égard d'un médicament, Merck n'a pas le droit d'invoquer l'inobservation, par le ministre, de la Loi sur les aliments et drogues ou de son règlement d'application, en ce qui concerne la délivrance d'un AC à un autre fabricant de médicaments—Ce n'est pas l'absence de qualité pour agir ou de justiciabilité qui empêche Merck de soulever cette question, mais le fait qu'elle ne la concerne pas—C'est le ministre qui est chargé de veiller à la protection de la santé et de la sécurité publiques—Sa prétendue omission de s'acquitter de ses obligations vis-à-vis d'autres personnes ne confère aucun droit d'ordre privé aux requérantes—Le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) confère tacitement à Merck le droit de contraindre Apotex et le ministre à se conformer au Règlement et de s'opposer à la délivrance d'un avis de conformité en cas d'inobservation de ce dernier—Il a pour objet de conférer une mesure de protection supplémentaire du brevet—Il n'a rien à voir avec la santé et la sécurité publiques—Merck a le droit de soulever la question de l'inobservation du Règlement découlant de l'absence de synchronisme entre les présentations de drogue nouvelle d'Apotex et les avis

PRATIQUE—Suite

d'allégation déposés en application du règlement—Les questions qui visent à établir le fondement factuel de l'argument ont une pertinence sur le plan juridique—1) Les questions se rapportant aux extraits de la présentation de drogue nouvelle (1993 et 1995) d'Apotex pour l'Apolovastatine qui permettent d'identifier le ou les micro-organismes devant être utilisés dans le procédé de fabrication sont autorisées—2) Les questions se rapportant au retrait de toute présentation de drogue nouvelle par Apotex relativement à la lovastatine sont autorisées—3) Les questions se rapportant à tout «changement devant être obligatoirement déclaré» visant l'Apo-lovastatine sont autorisées—Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-1273-97, juge Hugessen, ordonnance en date du 10-10-97, 17 p.)

La présente instance se rapporte à une demande de remboursement de l'impôt, des pénalités et des intérêts établis sur une base erronée et payés par erreur—La Couronne fédérale a fait ce qui convenait en effectuant un remboursement conformément à un décret; elle ne devrait donc pas être partie à l'instance—La Couronne provinciale, qui s'est enrichie d'une façon injustifiée par suite des paiements effectués par le demandeur, a refusé de rembourser celui-ci—Le droit l'a emporté sur la justice car le demandeur n'a pas de cause d'action en droit et ne dispose d'aucun redressement contre la Couronne provinciale—Action radiée—La Couronne provinciale n'a pas agi d'une façon équitable et juste à l'égard du demandeur en refusant que l'affaire soit examinée—Le demandeur ne peut pas avoir gain de cause contre la Couronne fédérale car il n'existe aucune cause raisonnable d'action—À titre de question préliminaire, l'avocat de la province de la Colombie-Britannique a demandé l'autorisation de parler de son propre affidavit—On ne devrait pas encourager cette pratique et on devrait peut-être même l'empêcher, sauf dans certaines circonstances spéciales, étant donné que cela n'est absolument pas approprié—Un avocat ne peut occuper à un litige dans lequel il est également témoin—Il est irrégulier et inacceptable de la part d'un avocat de faire une déclaration sous serment et ce, même dans le cadre d'une procédure interlocutoire, lorsque cette déclaration porte sur des questions de fond, car il s'expose ainsi à être contre-interrogé sur des questions faisant l'objet du privilège procureur-client—Il n'est jamais dans l'intérêt de la profession d'avocat d'obliger un avocat à faire des observations sur un élément de preuve présenté par un autre avocat qui occupe dans la même affaire—Cette situation amènerait la Cour à avoir à discuter avec l'avocat de l'importance à accorder à sa propre preuve, ce qui n'est absolument pas approprié—En souscrivant un affidavit pour le compte d'un

PRATIQUE—Suite

client, l'avocat devrait hésiter à prêter inutilement son nom ou à mettre inutilement en jeu sa réputation pour un client qui n'a pas la moindre idée de ce qu'est la justice et l'honneur; non seulement cela nuit à l'avocat, mais aussi cela porte atteinte à l'estime que le plaideur profane honnête, et peut-être le grand public, ont pour les avocats en général—Le demandeur ne dispose d'aucun recours, et ce, même si la Couronne provinciale s'est enrichie d'une façon injustifiée.

GAJIC C. M.R.N. (T-673-98, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 19-5-98, 11 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Taxation d'un mémoire de frais révisé sur la base des dépens entre parties—Par un jugement daté du 5 juin 1996, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel et adjugé les frais tant en appel qu'en première instance; elle a infirmé le jugement que la Section de première instance avait rendu le 17 septembre 1993; elle a rejeté l'appel incident sans adjuger les dépens entre les parties; elle a déclaré que certaines revendications du brevet en cause étaient valides et elle a interdit à l'intimée et à d'autres d'inciter Hydro-Québec ou la Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick à utiliser l'élément MIL du SLAR ou tout élément similaire dans les cas où pareille utilisation constituerait une contrefaçon du brevet—La présente affaire a donné lieu à l'un des plus longs procès portant sur la contrefaçon et la validité d'un brevet dont la Cour ait jamais été saisie—Le principe applicable en matière de taxation des dépens a été exposé dans l'arrêt *Sanmammias Compania Marittima S.A. v. The Netuno* (1995), 102 F.T.R. 181 (C.F. 1^{re} inst.): sous l'ancien régime, les parties ne pouvaient s'attendre à recouvrer tous leurs dépens en vertu du tarif des dépens entre parties; la nouvelle règle pose pour principe général que les dépens entre parties doivent avoir un rapport raisonnable avec le coût réel du litige; cependant, la partie qui ne fait pas diligence en supportera les conséquences en ce qui concerne la taxation des dépens—Le mémoire de frais révisé, qui s'élève à 537 635,18 \$, représente environ 60 p. 100 des frais que le demandeur (appelant) a engagés à l'égard du présent litige—Le présent litige était unique en son genre puisque les questions liées aux dommages-intérêts n'ont pas été séparées en vertu de la Règle 480: en fin de compte, cela a eu pour effet de compliquer le procès—Les intervalles qui se sont écoulés montrent jusqu'à quel point le présent litige était complexe: le jugement a été rendu 15 mois après l'instruction et la Cour d'appel fédérale a mis l'affaire en délibéré pendant environ six semaines—Les motifs prononcés par la Cour d'appel fédérale, lorsqu'elle a examiné le raisonnement du juge de première instance, montrent que ce litige a toujours été plus complexe que ce qu'indiquait la taxation du mémoire de frais de la défenderesse, effectuée le 2 novembre 1994 à la suite du prononcé

PRATIQUE—Suite

du jugement de première instance; la Cour devrait donc maintenant rajuster les montants en conséquence—Le critère à appliquer pour attribuer la valeur devrait être neutre; il ne devrait pas être lié aux efforts exigés d'un avocat donné ou aux obstacles qu'il a dû surmonter, mais plutôt au contexte de l'ensemble du litige, à la nature des contestations et aux conséquences de la controverse: *Car'lile c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)* (1997), 97 DTC 5284 (C.A.F.)—Le demandeur cherchait à obtenir des dizaines de millions de dollars en guise de dommages-intérêts, mais il n'a rien obtenu—Les frais sur la base procureur-client correspondent à peu près au coût réel du présent litige—Les dépens entre parties accordés en vertu de la nouvelle règle ont un rapport raisonnable avec les frais réels—La Cour d'appel fédérale a tranché toutes les questions sans que des problèmes indus ou nouveaux se posent—Le demandeur a affirmé que la défenderesse avait fait en sorte que des frais inutiles soient engagés en contestant des requêtes même si elles n'ont pas été entendues; il cherche donc à obtenir des honoraires pour des requêtes qui n'ont pas été entendues—L'affaire est visée par le tarif B, partie II, poste n° B4, qui traite des requêtes non contestées, et non par le poste n° B5, qui concerne les affaires contestées—La Règle 344(6) s'applique—Le tarif B porte sur tous les événements taxables dans le litige, mais pas nécessairement sur tous les événements, par ex. les discussions qui ont lieu en vue d'un règlement—N'est pas fondé l'argument selon lequel si le montant taxé pour un événement particulier donné excédait le montant que le client a réellement versé à son avocat à cet égard, cela serait permis parce que le montant total accordé au moment de la taxation pour tous les événements taxables serait inférieur au montant que le client a réellement versé à ses avocats à l'égard de tous ces événements taxables—Note: vu que le processus de taxation constitue dans une certaine mesure une justice sommaire, il est donc opportun d'avoir une certaine latitude et d'accepter la présentation d'éléments de preuve additionnels dans les plaidoiries relatives à la taxation—Lorsqu'un plaideur exerce des pressions sur son adversaire qui résiste ou ne fait rien, le plaideur prépare et dépose une requête, il se prépare en prévision de l'audience, son adversaire capitule après que des frais élevés ont été engagés et le plaideur comparait devant la Cour en vue d'obtenir une ordonnance sur consentement, le tarif B n'inclut pas expressément cela comme un événement taxable, mais la Règle 344(6)b prévoit une voie de recours possible—Bien que l'appelant se soit vu obligé de ranimer le débat en partie en démontrant que le juge de première instance avait omis de tenir compte du fait que les experts de l'intimée s'entendaient avec ses propres experts sur certains points pertinents, comme l'a confirmé la Cour d'appel, celle-ci n'a pas semblé avoir beaucoup de difficulté à régler les questions litigieuses, et la préparation du mémoire des faits et du droit ne justifiait pas l'attribution du maximum—Débours—Vu l'importance du témoin expert pour la cause du demandeur, et compte tenu du fait que le demandeur avait réussi en appel à revenir sur la preuve

PRATIQUE—Suite

technique, son compte de 31 297 \$ était justifié—Le demandeur a réclamé un montant de 51 334 \$ relativement au témoignage d'expert rendu par le comptable agréé sur la question des profits réalisés par la défenderesse par suite de la contrefaçon et sur la question du préjudice causé par la défenderesse par suite de la contrefaçon (revenus de 21 000 000 \$ reçus par la défenderesse à l'égard de cette technique; économies de 185 000 000 \$ qu'auraient pu réaliser Hydro-Québec et la Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick si elles avaient utilisé la technique en cause)—Étant donné qu'aucune ordonnance n'a été rendue en vertu de la Règle 480 en vue de la tenue d'une audience distincte à l'égard de la question des dommages-intérêts et compte tenu du montant considérable qui peut être en jeu, du fait que l'expert avait de l'expérience en tant que témoin et de la quantité de travail qu'il fallait faire, il était prudent, dans ces conditions, d'engager cette dépense au complet, indépendamment du fait que la Cour d'appel fédérale a en fin de compte statué qu'elle n'avait pas à examiner la question du profit et du préjudice—Montant de 39 252 \$ accordé—Aucun montant n'est accordé relativement à la préparation d'un expert qui n'a pas été appelé à témoigner, le demandeur ayant décidé de faire témoigner un autre expert ayant une plus grande expertise—Aucun montant n'est accordé relativement à des tiers qui ont fait du travail (organisation de documents, copies des ouvrages et arrêts cités) qui a toujours été associé par le passé au paiement partiel ordinaire des honoraires professionnels de l'avocat qui s'occupait de la conduite du litige—L'appelant a dit que les frais divers engagés pour diverses choses tout au long du litige avaient été comptabilisés d'une façon fort rudimentaire—Ils comprenaient les repas avec des investisseurs éventuels en vue du financement du litige, et la transformation d'une partie de la résidence en bureau aux fins du litige—Des montants minimes seulement sont accordés—Les 1 600 \$ reçus, considérés dans leur ensemble, étaient loin d'être crédibles et avaient pour effet de fausser presque tous les autres reçus, aucun détail n'étant fourni au sujet des participants, du but ou de la pertinence—La technologie et la rationalisation sont importantes de nos jours: la pratique du droit et les litiges s'en sont peu à peu ressentis; par exemple, la recherche jurisprudentielle assistée par ordinateur dont il est question dans *Recovery of Legal Research Expenses in Taxations and Assessments of Costs*, Advocate, vol. 55, partie I, janvier 1997, page 79—L'appelant semble avoir bénéficié d'une réduction, pendant toute la durée du présent litige, et ce, aux frais d'Ontario Hydro, en ce qui concerne l'organisation et l'utilisation de sa résidence personnelle tant que la chose n'a pas été contestée pendant le contre-interrogatoire—Quant au financement, à en juger par le nombre de repas et d'appels interurbains, il y avait plusieurs participants, mais dans le dossier aucun investisseur, existant ou éventuel, n'est désigné et aucun compte rendu des fonds obtenus n'est fait—Il n'y a donc aucun montant taxable à cet égard—C'est le juge qui préside l'audience et non l'officier taxateur qui a discrétion lorsqu'il

PRATIQUE—Suite

s'agit de fixer les intérêts relatifs aux frais taxés—L'appelant a réclamé un montant de 537 635,18 \$ et par la suite plusieurs milliers de dollars aux fins de la taxation—Le mémoire de frais révisé de l'appelant est taxé et admis, au montant de 22 813,96 \$—Le mémoire de frais révisé du demandeur est taxé et admis, au montant de 221 980,64 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 344(6) (mod. par DORS/87-221, art. 2), tarif B (mod., *idem*, art. 8).

DABLEH C. ONTARIO HYDRO (A-539-93, officier taxateur Stinson, taxation en date du 31-3-98, 89 p.)

PLAIDOIRIES*Modifications*

Dans un appel relatif aux conditions de mise en liberté imposées par l'ordonnance du juge de première instance en application de l'art. 40.1(8), l'appelant a déposé une requête visant à obtenir une ordonnance qui modifierait le dossier à l'occasion de l'appel—L'appelant cherche à ajouter deux sortes de documents: la preuve dont disposait le juge des requêtes lorsqu'il a conclu en vertu de l'art. 40.1(4)*d*) que l'attestation délivrée par le ministre à l'égard de l'appelant était raisonnable; de nouveaux éléments de preuve sur l'impact de l'ordonnance—En application de l'art. 40.1(6), il ne peut y avoir appel de la conclusion quant au «caractère raisonnable» tirée par le juge—De plus, une partie du témoignage devant le juge des requêtes dans cette procédure a été rendue à huis clos, en l'absence de l'appelant, et ne saurait faire l'objet du débat devant la Cour—L'appel se rapporte uniquement à l'ordonnance portant libération et aux conditions posées par cette ordonnance—Il ressort du dossier que l'appelant a accepté l'essentiel des conditions, se réservant de soulever probablement les questions constitutionnelles dans un autre litige—Les conditions particulières dans l'ordonnance de libération relevaient du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes et pouvaient être revues par la Cour seulement à l'égard d'une grave erreur de principe ou d'une interprétation complètement fautive des faits—Requête rejetée—Pour ce qui est de la première catégorie de preuve, l'appelant n'a pas précisé la pertinence d'un élément de preuve particulier par rapport à une question précise que la Cour devrait trancher concernant les conditions de l'ordonnance de libération—La Cour exercerait son pouvoir discrétionnaire contre l'ajout d'une telle preuve à ce stade—Si l'appelant croyait que d'autres éléments de preuve publics s'imposaient, il aurait dû préciser cela dans la lettre «confirmant» le contenu du dossier—De même, étant donné la portée restreinte de l'appel, le fait que la question du «caractère raisonnable» ne peut faire l'objet d'aucun appel et la confidentialité de certains éléments de preuve devant le juge des requêtes, les circonstances militent contre une incursion approfondie dans les cinquante jours de témoignage devant lui sur la question

PRATIQUE—Fin

du «caractère raisonnable»—Pour ce qui est de la seconde catégorie de preuve, il s'agit de nouveaux éléments de preuve, et il n'a pas été démontré qu'ils étaient visés par les critères de l'admission de nouveaux éléments de preuve en appel—En fait, ils portent sur des événements survenus ultérieurement au prononcé de l'ordonnance de libération—Mais, à l'occasion de l'appel interjeté de l'ordonnance de libération, la question que la Cour a à trancher est de savoir si, compte tenu des documents pertinents dont disposait le juge des requêtes au moment du prononcé de cette ordonnance, il a commis une erreur susceptible de contrôle—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 40.1(4) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e supp.), ch. 29, art. 4), (6) (édicte, *idem*), (8) (édicte, *idem*).

SURESH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-265-98, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 22-5-98, 5 p.)

REJET DES PROCÉDURES

Demande en vue d'obtenir une ordonnance de rejet de l'action des demanderesse—Le juge Wetston, sur requête antérieure des défendeurs, a radié la totalité de la déclaration, sans autorisation de l'amender—Les demanderesse ont interjeté appel de la décision—L'ordonnance du juge Wetston ne porte pas rejet de l'action des demanderesse—Les défendeurs font valoir que, comme il n'y a aucune raison de supposer que les demanderesse pourraient sauver leur droit de poursuite en modifiant leur déclaration, l'action devrait être rejetée—Lorsque la Cour radie une déclaration et que rien ne permet de croire que le droit de poursuite pourrait être préservé par la modification de la déclaration, elle peut à bon droit rejeter l'action—Toute ordonnance de rejet de l'action devrait prévoir expressément la levée de l'injonction—En cas de radiation de la déclaration des demanderesse, sans autorisation de modification, il n'y a plus d'action sous-jacente permettant à l'injonction interlocutoire de subsister—Demande accueillie.

COCA-COLA LTD. C. PARDHAN (T-2685-95, juge MacKay, ordonnance en date du 28-5-98, 10 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Appel d'un jugement par lequel la Section de première instance a confirmé la sentence d'un arbitre portant que le licenciement de l'intimé était injuste—L'art. 242(3.1)*a*) du Code canadien du travail interdit l'instruction d'une plainte par l'arbitre lorsque le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste—L'employeur a prétendu que la décision de procéder au licenciement était due à la réorganisation du personnel découlant du ralentissement très marqué de l'économie dans l'industrie, entraînant un manque de travail—L'arbitre a

RELATIONS DU TRAVAIL—Suite

conclu que, mis à part les fonctions de création de didacticiels, le travail exécuté par le plaignant a continué d'être effectué par d'autres employés de l'appelante—Appel accueilli—Selon l'arrêt *Flieger c. Nouveau-Brunswick*, [1993] 2 R.C.S. 651, il y a «suppression d'une fonction» lorsque l'ensemble d'activités qui constitue un poste n'est plus exécuté par suite de la décision arrêtée de bonne foi par l'employeur—La majeure partie des fonctions exécutées auparavant par l'intimé ont été décentralisées ou étaient exécutées à l'extérieur de l'entreprise de l'appelante par l'avionneur—Aucune preuve n'établissait que la décision de licencier l'employé n'avait pas été prise de bonne foi comme l'exige l'arrêt *Flieger*—L'arbitre n'a pas conclu

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

expressément que l'appelante avait agi de mauvaise foi—Il a commis une erreur dans son interprétation de l'art. 242(3.1) et dans son application subséquente à la situation factuelle dont il était saisi—L'arbitre n'avait pas compétence pour rendre la sentence qu'il a rendue—Le juge des requêtes a commis une erreur de droit en la confirmant—Appel accueilli—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242(3.1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 16).

LIGNE AÉRIENNES CANADIEN INTERNATIONAL LTÉE C.
HUSAIN (A-193-95, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 5-5-98, 4 pp.)



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